

**UNIVERSIDAD DE LA LAGUNA**

**El mantenimiento de los servicios esenciales  
de la comunidad en caso de huelga**

**Autor: Vivero Serrano, Juan Bautista**

**Directores: Manuel Carlos Palomeque López  
y Manuel Álvarez de la Rosa**

**Departamento de Derecho Financiero, del Trabajo y de la Seguridad Social**

A mis padres, a mi hermano y a  
Veronica Basso.

A los profesores del Colegio  
Público Maestro Juan de Ávila y  
del Instituto Público San Juan  
Bautista de la Concepción, de  
Almodóvar del Campo (C-Real),  
que tanto contribuyeron en mi  
formación.

Mientras le preparaban la cicuta, Sócrates aprendía un aria para flauta. “De qué te va a servir”, le preguntaron. “Para saberla antes de morir”.

(Cioran, citado por Italo Calvino, Por qué leer los clásicos, 1992).

## ÍNDICE SISTEMÁTICO

ABREVIATURAS MÁS UTILIZADAS .....	10
INTRODUCCIÓN .....	12

### **CAPÍTULO I**

#### **LA HUELGA COMO DERECHO FUNDAMENTAL**

A. HUELGA Y DERECHO: UNA HISTORIA DE REPRESIÓN Y UN PRESENTE DE DESCONFIANZA.....	18
B. LA HUELGA COMO DERECHO FUNDAMENTAL .....	28
1. La huelga como derecho en la Constitución de 1978 .....	28
2. La huelga como derecho fundamental .....	34
2.a. Concepción integral de los derechos fundamentales y derecho de huelga .....	34
2.b. Los valores que fundamentan el derecho de huelga .....	36
2.c. Una explicación del descrédito actual de la huelga: tensión entre valores de signo contrario .....	41
3. La articulación jurídico-constitucional del derecho fundamental de huelga .....	46
3.a. La huelga como derecho subjetivo .....	46
3.b. La huelga como derecho subjetivo de carácter fundamental .	49
4. La huelga como derecho social: función del derecho fundamental de huelga.....	54
4.a. La huelga como derecho social: instrumento al servicio de la igualdad material .....	54
4.b. Función y modelos normativos de huelga-derecho .....	58
4.c. El modelo normativo de huelga-derecho vigente en España..	66
C. RELEVANCIA DEL CARÁCTER FUNDAMENTAL DEL DERECHO DE HUELGA EN EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA HUELGA EN LOS SERVICIOS ESENCIALES.....	72

### **CAPÍTULO II**

#### **EL MANTENIMIENTO DE LOS SERVICIOS ESENCIALES DE LA COMUNIDAD EN CASO DE HUELGA**

A. LA HUELGA EN LOS SERVICIOS ESENCIALES: UN FENÓMENO SOCIAL DE CRECIENTE IMPORTANCIA PARA EL DERECHO .....	78
1. Contexto sociológico e importancia del fenómeno .....	78
2. La respuesta del Ordenamiento jurídico al importante fenómeno social: la protección selectiva de los usuarios .....	80
3. La influencia de otros criterios jurídicos .....	84

B. FUENTES DE LA REGULACIÓN JURÍDICA DE LA HUELGA EN LOS SERVICIOS ESENCIALES.....	89
1. Vigente sistema de fuentes de la huelga en los servicios esenciales .	90
1.a. La Constitución española de 1978 .....	90
1.b. Fuentes ordinarias: regulación legal-gubernativa y regulación jurisprudencial .....	91
1.b.1. La regulación legal-gubernativa: convalidación y reinterpretación del artículo 10.2 DLRT .....	93
1.b.2. Las disposiciones de la autoridad gubernativa: naturaleza jurídica .....	96
1.b.3. La regulación jurisprudencial .....	100
1.c. El papel marginal de otras fuentes: autonomía colectiva y autorregulación .....	101
2. Crítica del vigente sistema de fuentes y posibles alternativas .....	106
C. CONCEPTO DE SERVICIOS ESENCIALES .....	118
1. Concepto de servicios esenciales .....	119
1.a. Complejidad y técnicas de definición del concepto de servicios esenciales .....	119
1.b. Definición de servicios esenciales en Derecho comparado e internacional .....	122
2. El concepto de servicios esenciales en el Ordenamiento español .....	127
2.a. El panorama anterior a la definición del Tribunal Constitucional .	127
2.b. La definición del Tribunal Constitucional: las características de los servicios esenciales .....	130
2.c. Idoneidad de los derechos fundamentales para definir los servicios esenciales .....	138
2.d. Materialización en el concepto de servicios esenciales del criterio jurídico de la protección selectiva de los usuarios perjudicados por el ejercicio del derecho de huelga: servicios esenciales <i>stricto sensu</i> y servicios esenciales por asimilación .....	141
2.e. Definición jurisprudencial de servicios esenciales y límites inmanentes de los derechos fundamentales .....	144
3. Lectura crítica del vigente concepto de servicios esenciales .....	147
3.a. Ausencia de definición legal, confusa aproximación del TC y recurso genérico a las categorías de los derechos fundamentales y de los bienes constitucionales .....	147
3.b. La confusa doctrina de la imposible fijación apriorística del concepto jurídico indeterminado de servicios esenciales y otros aspectos críticos .....	151
3.c. Valoración crítica de la concreción del concepto de servicios esenciales efectuada por la autoridad gubernativa y del correspondiente control judicial .....	154
4. La conveniencia de una nueva definición del concepto de servicios esenciales .....	156

4.a. Definición por vía de cláusula general .....	157
4.b. Enumeración de los servicios globalmente considerados esenciales y de las prestaciones esenciales .....	163
D. CATÁLOGO DE SERVICIOS ESENCIALES .....	168
E. CONCEPTO DE MANTENIMIENTO DE LOS SERVICIOS ESENCIALES	183
..	
1. Modelos teóricos de regulación de la huelga en los servicios esenciales y concepto de mantenimiento .....	183
2. La definición del concepto de mantenimiento dada por el Tribunal Constitucional .....	186
3. Distinción entre servicios esenciales y mantenimiento de los servicios esenciales .....	191
4. Excepciones al mantenimiento de los servicios esenciales como compatibilidad de intereses: graduación de los servicios esenciales .....	193
5. La extensión del régimen jurídico del mantenimiento de los servicios esenciales a las medidas de conflicto de los trabajadores autónomos: la experiencia italiana .....	196

### **CAPÍTULO III**

#### **EL ESTABLECIMIENTO DE SERVICIOS MÍNIMOS (I)**

A. PLURALIDAD DE MEDIDAS GARANTIZADORAS DEL MANTENIMIENTO DE LOS SERVICIOS ESENCIALES .....	202
1. Pluralidad de medidas garantizadoras en la fórmula constitucional del 28.2 y situación práctica: el establecimiento de servicios mínimos como medida habitual .....	202
2. Medidas garantizadoras distintas de los servicios mínimos .....	204
2.a. Posibles medidas garantizadoras del mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad .....	205
2.b. El papel de las anteriores medidas en el Ordenamiento español	209
2.b.1. Especial consideración del preaviso ampliado y de la publicidad de las consecuencias del conflicto .....	212
2.b.2. El arbitraje obligatorio y el mantenimiento de los servicios esenciales .....	218
2.b.3. Especial consideración de las técnicas de sustitución de los trabajadores huelguistas .....	221
2.b.4. Medidas garantizadoras del mantenimiento de los servicios esenciales en el marco de los estados excepcionales: militarización y prestaciones personales obligatorias .....	224
3. Articulación de las distintas medidas garantizadoras .....	230
B. SERVICIOS MÍNIMOS .....	234
1. Concepto de servicios mínimos .....	234
2. Distinción entre servicios esenciales y servicios mínimos .....	241

3. Distinción entre servicios mínimos en los servicios esenciales y servicios mínimos de seguridad y mantenimiento .....	246
4. El establecimiento de servicios mínimos: ¿ concreción de un concepto jurídico indeterminado o potestad discrecional? .....	253
5. La fijación de servicios mínimos como procedimiento complejo: quién y cómo se fijan los servicios mínimos .....	259
<b>C. COMPLEMENTO TÉCNICO Y FUNCIONAL DE LOS SERVICIOS MÍNIMOS .....</b>	<b>263</b>
1. Autonomía conceptual .....	263
2. Concepto de complemento técnico y funcional de los servicios mínimos .	265
3. Complemento técnico y funcional y poderes del empresario .....	270
4. Criterios para la designación de los trabajadores encargados de prestar los servicios mínimos .....	272
<b>D. EL MANTENIMIENTO DE LOS SERVICIOS ESENCIALES Y EL ESTABLECIMIENTO DE SERVICIOS MÍNIMOS EN LA TEORÍA DE LOS LÍMITES DEL DERECHO FUNDAMENTAL DE HUELGA .....</b>	<b>277</b>
1. El mantenimiento de los servicios esenciales y el establecimiento de servicios mínimos en la teoría de los límites del derecho fundamental de huelga .....	280
1.a. El mantenimiento de los servicios esenciales como límite externo del derecho de huelga .....	280
1.b. Tipos de límites según el modo de afectar el derecho: el mantenimiento de los servicios esenciales como requisito procedimental del ejercicio del derecho de huelga .....	283
1.c. El mantenimiento de los servicios esenciales como límite <i>stricto sensu</i> subjetivo: los servicios mínimos como habitual técnica garantizadora del mantenimiento .....	290
1.d. El mantenimiento de los servicios esenciales como límite inmanente expreso .....	293
2. Los «límites de los límites» de los derechos fundamentales .....	300
2.a. El principio de justificación constitucional y de motivación suficiente .....	302
2.b. El principio de proporcionalidad .....	303
2.c. El contenido esencial .....	306

## **CAPÍTULO IV EL ESTABLECIMIENTO DE SERVICIOS MÍNIMOS (II)**

<b>A. TITULARIDAD DEL ESTABLECIMIENTO DE SERVICIOS MÍNIMOS: LA AUTORIDAD GUBERNATIVA .....</b>	<b>310</b>
1. La titularidad desde el punto de vista constitucional .....	310
2. La titularidad en la legalidad ordinaria: la autoridad gubernativa .....	313
2.a. Identificación de la autoridad gubernativa en un contexto de descentralización política y administrativa .....	315

2.b. Autoridad gubernativa competente en un determinado conflicto huelguístico .....	323
2.b.1. Administración Pública competente .....	324
2.b.2. Órgano u órganos competentes .....	328
2.c. Delegación de la competencia .....	331
2.d. Intervención efectiva de la autoridad gubernativa y papel de otros sujetos: imparcialidad funcional .....	334
3. Puntos críticos del vigente sistema y alternativas .....	337
<b>B. PROCEDIMIENTO DE FIJACIÓN DE SERVICIOS MÍNIMOS .....</b>	<b>351</b>
1. Los distintos métodos de fijación de servicios mínimos empleados por la autoridad gubernativa .....	351
1.a. Descripción y crítica .....	351
1.b. Otros posibles métodos de fijación de servicios mínimos .....	358
2. Procedimiento administrativo a seguir en la fijación de servicios mínimos: audiencia de los interesados .....	362
<b>C. MOTIVACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO DE FIJACIÓN DE SERVICIOS MÍNIMOS, ADECUACIÓN MATERIAL Y OTROS REQUISITOS</b>	<b>368</b>
1. La motivación suficiente de los servicios mínimos .....	369
1.a. Fundamento constitucional de la motivación suficiente .....	369
1.b. Contenido y finalidad de la motivación .....	372
1.c. El cumplimiento de la motivación: “divorcio” entre la teoría y la práctica .....	379
2. Otros requisitos formales: notificación y publicación .....	385
3. Adecuación material: el principio de proporcionalidad .....	388
3.a. Fundamento del principio de proporcionalidad y conceptos sobre los que se proyecta .....	389
3.b. Articulación del juicio de proporcionalidad .....	393
3.c. Otras posibles técnicas de control de la adecuación material de los servicios mínimos .....	402
<b>D. EFECTOS DEL ESTABLECIMIENTO DE SERVICIOS MÍNIMOS .....</b>	<b>404</b>
1. Efectos en caso de cumplimiento de los servicios mínimos .....	404
2. Efectos en caso de incumplimiento de los servicios mínimos .....	406
2.a. Efectos sobre el ejercicio del derecho de huelga .....	407
2.a.1. Efectos sobre la calificación jurídica de la huelga .....	409
2.a.2. Efectos sobre la trabajadores infractores: responsabilidad disciplinaria .....	414
2.a.3. Efectos sobre los sujetos colectivos de representación de los trabajadores .....	422
2.b. Efectos sobre los poderes del empresario .....	424
2.c. Efectos sobre el mantenimiento de los servicios esenciales: poderes de la autoridad gubernativa .....	425



E. FIJACIÓN DE SERVICIOS MÍNIMOS Y CONTROL JUDICIAL .....	427
1. Control judicial del acto administrativo de fijación de servicios mínimos	427
1.a. Competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa ..	428
1.b. Suspensión cautelar .....	431
1. c. Inversión del <i>onus probandi</i> .....	434
1. d. Efectos del control judicial .....	436
1. e. Breve referencia a otras cuestiones procesales .....	440
2. Control judicial del complemento técnico y funcional y de las consecuencias de la imposición de servicios mínimos .....	445
3. Deficiencias del control judicial y reforma necesaria .....	454
CONCLUSIONES .....	458
BIBLIOGRAFÍA .....	488

## ABREVIATURAS MÁS UTILIZADAS

Aa.	Aranzadi Administrativo
AA.VV.	Autores Varios
ACARL	Asociación de Cajas de Ahorros para Relaciones Laborales
<i>AL</i>	<i>Actualidad Laboral</i>
AN	Audiencia Nacional
Ar.	Aranzadi. Repertorio de Jurisprudencia
As.	Aranzadi Social
ASEC	Acuerdo sobre Solución Extrajudicial de Conflictos Laborales (BOE, 8 de febrero de 1996)
ATC	Auto del Tribunal Constitucional
ATS	Auto del Tribunal Supremo
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC.AA.	Comunidades Autónomas
CC.OO	Comisiones Obreras
Cdo.	Considerando
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
CLS	Comité de Libertad Sindical de la Organización Internacional de Trabajo
CE	Constitución Española de 1978
CEC	Centro de Estudios Constitucionales
CES	Consejo Económico y Social
CP	Código Penal
<i>DL</i>	<i>Documentación Laboral</i>
DLRT	Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, de relaciones de trabajo
<i>DS</i>	<i>Droit Social</i>
ELA	Euzko Langillien Alkartasuna (Sociedad de Trabajadores Vascos)
ET	Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores
FDUCM	Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid
F. J.	Fundamento Jurídico
<i>GDLRI</i>	<i>Giornale di Diritto del Lavoro e delle Relazioni Industriali</i>
<i>GS</i>	<i>Gaceta Sindical</i>
IEE	Instituto de Estudios Económicos
IELSS	Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social
IES	Instituto de Estudios Sociales
ISE	Instituto Sindical de Estudios
LODES	Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio
LOFAGE	Ley 6/1997, 14 de abril, de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado
LOFCS	Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad
LOLS	Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical
LOPJ	Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial

LPL	Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral
LRJAP	Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, modificada por la Ley 4/1999, de 13 de enero
MTSS	Ministerio de Trabajo y Seguridad Social
OIT	Organización Internacional del Trabajo
PLOH	Proyecto de Ley Orgánica de Huelga, aprobado por el pleno del Senado el día 1 de abril de 1993 (consensuado con los sindicatos)
<i>RAP</i>	<i>Revista de Administración Pública</i>
RD	Real Decreto
<i>REDC</i>	<i>Revista Española de Derecho Constitucional</i>
<i>REDA</i>	<i>Revista Española de Derecho Administrativo</i>
<i>REDT</i>	<i>Revista Española de Derecho del Trabajo</i>
<i>RFDUCM</i>	<i>Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid</i>
<i>RIDL</i>	<i>Rivista Italiana di Diritto del Lavoro</i>
<i>RL</i>	<i>Relaciones Laborales</i>
<i>RIT</i>	<i>Revista Internacional del Trabajo</i>
<i>RPS</i>	<i>Revista de Política Social</i>
<i>RT</i>	<i>Revista de Trabajo</i>
RTVE	Radio Televisión Española
SAN	Sentencia de la Audiencia Nacional
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STCT	Sentencia del Tribunal Central del Trabajo
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
TC	Tribunal Constitucional
TCE	Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (Roma, 25 de marzo de 1957), según versión consolidada por el Tratado de Amsterdam
TS	Tribunal Supremo
UGT	Unión General de Trabajadores

## INTRODUCCIÓN

La posibilidad de estudiar la disciplina jurídica de la huelga en los servicios esenciales me fue sugerida por el profesor Umberto Romagnoli en el tórrido verano boloñés de 1994. Por aquel entonces yo trabajaba en un banco italiano y la investigación en la que pretendía adentrarme respondía exclusivamente a una inquietud intelectual. El profesor Romagnoli me sugirió tres temas de investigación: la huelga en los servicios esenciales, la laboralización del empleo público y la representatividad sindical. Mi elección fue inmediata, seguramente porque la palabra huelga fue una de las primeras que formaron parte de mi vocabulario infantil. Desde muy niño las palabras padre, trabajo, huelga, despido y paro me acompañaron de tal manera que cuando me propusieron investigar sobre la huelga es como si me hubieran pedido reconstruir la vida de mi padre y de sus compañeros de trabajo en los difíciles años setenta y ochenta.

Sentimientos aparte, la sugerencia del profesor Romagnoli toma cuerpo de la mano del profesor Carlos Palomeque una vez instalado yo en el seno del Área de Derecho del Trabajo de la Universidad de Salamanca. Sabia y pacientemente guiado por el profesor Palomeque la investigación va perfilándose hasta alcanzar su forma actual, dejando en el camino la primera perspectiva en la que predominaba el Derecho comparado.

Una de las dudas que creo asaltan a todo doctorando, desde luego a mí sí, es si la investigación que están llevando a cabo merece o no la etiqueta material de tesis doctoral. No ya si la investigación tiene o no la suficiente calidad, que también, sino si puede o no ser considerada una tesis doctoral. No creo que esta duda pueda ser resuelta acudiendo al esotérico artículo 7.2 del RD 778/1998, de 30 de abril, según el cual: «La tesis doctoral consistirá en un trabajo original de investigación sobre una materia relacionada con el campo científico, técnico o artístico propio del programa de doctorado realizado por el doctorando».

Y no lo creo porque parece una fórmula —trabajo original de investigación— pensada más para las Ciencias experimentales que para el Derecho, además de que no sirve para distinguir la tesis doctoral de otros trabajos de investigación originales, como la monografía, el comentario normativo, etc. En mi opinión, la vara de medir debe ser

otra: una tesis doctoral, en el campo jurídico al menos, es el matrimonio del investigador con la ciencia del Derecho. Metáforas aparte, es la ocasión que el investigador tiene de demostrar que maneja las categorías que conforman la teoría general del Derecho y que lo hace conforme a las técnicas que otorgan al Derecho *status* científico. El tema sobre el que se proyecta la investigación es la excusa para manejar cuántas categorías y cuántas técnicas sean necesarias para dotar a ese tema de la elaboración sistemática que justifica la labor de los teóricos del Derecho.

Así las cosas, creo que la investigación que ahora introduzco cumple suficientemente el requisito fundamental que en mi opinión caracteriza a una tesis doctoral. En efecto, la disciplina jurídica de la huelga en los servicios esenciales es un materia que requiere para su elaboración sistemática de numerosas categorías jurídicas más o menos generales, como los derechos fundamentales, los límites de los derechos fundamentales, los límites de los límites de los derechos fundamentales, los intereses jurídicos, la conceptos jurídicos indeterminados, las potestades discrecionales, la actuación de la Administración en materia social, el control judicial de la actuación administrativa, etc. Y, por supuesto, de numerosas categorías jurídico-laborales, como el papel de la autonomía colectiva, la repercusión del establecimiento de servicios mínimos en la relación individual de trabajo, etc. Además, claro está, de todas las categorías específicas de la relación jurídica de conflicto en la que el derecho de huelga se inserta.

Si numerosas y variadas son las categorías jurídicas empleadas no menos cuantioso y rico es el material normativo, jurisprudencial y bibliográfico que el tema elegido permite utilizar: normas constitucionales, laborales, administrativas y procesales, fundamentalmente; multitud de actos administrativos; copiosa jurisprudencial del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo; centenares de obras doctrinales ... Quizá se echen en falta normas convencionales, pero el tema hasta ahora no ha sido objeto de esta específica fuente laboral. En cuanto al Derecho comparado e internacional, igualmente copioso, se toma en consideración cuando se estima conveniente para apoyar una determinada argumentación, para plantear una concreta problemática, etc. Lo mismo puede decirse del material histórico, utilizado con parquedad y con carácter instrumental.

En definitiva, la disciplina jurídica de la huelga en los servicios esenciales es una materia que permite el manejo de multitud de categorías jurídicas, específica e inespecíficamente laborales, y eso es lo que en mi opinión otorga a una investigación el calificativo de tesis doctoral. Si la tesis doctoral es el matrimonio del investigador con la Ciencia, la disciplina jurídica de la huelga en los servicios esenciales es una novia con una generosa dote.

En todo caso, y por retomar la vaporosa fórmula «trabajo original de investigación», creo que el tema elegido y la manera cómo ha sido afrontado pueden encajarse perfectamente en dicha fórmula. Aun diría más, se trata de un tema que por su envergadura puede y debe ser objeto de nuevas propuestas sistemáticas, quizá bajo la fórmula de tesis doctorales. Un vistazo a los manuales de Derecho del Trabajo y de Derecho Sindical ponen de manifiesto, en mi opinión, que esta materia no está suficientemente perfilada y que en general no se conoce con la misma precisión que otras materias laborales de la misma transcendencia. Lo mismo puede decirse de las monografías que tratan incidentalmente este tema.

Seguramente ello se deba a que los centenares de artículos que de manera parcial abordan la huelga en los servicios esenciales, pese a tener en general tono crítico, siguen en exceso el ritmo marcado por la autoridad gubernativa y por los tribunales; se preocupan más del caso concreto que de la construcción de conceptos, reglas, principios y técnicas generales. Por otra parte, que yo sepa sólo dos tesis doctorales se han ocupado hasta el momento de este complejo y poliédrico tema. La primera, obra de Antonio Baylos<sup>1</sup>, data de 1981 y dedica especial atención a la construcción, magistral por cierto, de los criterios que otorgan singularidad a la huelga ejercida en el ámbito de los servicios esenciales, dejando sólo apuntados otros muchos aspectos: singularmente, el establecimiento de servicios mínimos. La segunda, obra de Susana Torrente<sup>2</sup>, data de 1995 y sigue dejando temas por tratar, seguramente porque dedica mucha atención al tratamiento histórico y al derecho de huelga de los funcionarios públicos.

---

<sup>1</sup> A. BAYLOS GRAU, *El derecho de huelga en los servicios esenciales para la comunidad*, Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid (ejemplar reprografado), Madrid, 1981. Posteriormente es publicada bajo el título *Derecho de huelga y servicios esenciales*, Tecnos, Madrid, 1987 (segunda edición de 1988, que es la que se maneja en esta investigación).

Por todo lo hasta ahora dicho me pareció que la disciplina jurídica de la huelga en los servicios esenciales merecía una tesis doctoral. Y para acabar de disipar las dudas que siempre asaltan a quien intelectualmente se muestra crítico consigo mismo nada mejor que seguir la opinión del profesor Palomeque, para quien nunca está de más reflexionar sobre las instituciones básicas del Derecho del Trabajo, entre las que sin duda se encuentra la huelga en los servicios esenciales. Finalmente, el auxilio prestado por el profesor Álvarez de la Rosa en el último año ha sido determinante para acabar de rechazar las dudas machaconamente presentes en las noches de insomnio.

Tras esta larga, personal y excesivamente sentimental presentación de la historia y de la justificación de la investigación, parece conveniente describir *grosso modo* su contenido. En el primer capítulo se sientan las cimientos de la investigación a través de la consideración de la huelga como derecho fundamental. Sólo a partir de esa consideración puede entenderse el vigente régimen jurídico de la huelga en los servicios esenciales, puede criticarse y pueden formularse las alternativas que se estimen más oportunas. En los capítulos segundo y tercero se aporta el material conceptual necesario para entender la institución estudiada: el contexto sociológico; las fuentes; el concepto de servicios esenciales y el de mantenimiento de los servicios esenciales; las medidas garantizadoras del mantenimiento, con los servicios mínimos a la cabeza; el complemento técnico y funcional de los servicios mínimos; y la inclusión del mantenimiento de los servicios esenciales en la teoría de los límites del derecho fundamental de huelga. En el cuarto y último capítulo se describe minuciosamente el régimen jurídico material y procesal del mantenimiento de los servicios esenciales a través del establecimiento de servicios mínimos. La tesis se cierra con las conclusiones y con la bibliografía manejada y citada en las notas a pie.

En el tratamiento se combinan, por lo demás, la descripción, la crítica y la construcción con distinto alcance, según la materia de que se trate. Y por mucho que el estudio sea eminentemente teórico se huye en la medida de la posible de la pura especulación y se intentan considerar los aspectos prácticos, a lo que sin duda ayuda una copiosísima jurisprudencia en la que se evidencian muchos de esos problemas prácticos.

---

<sup>2</sup> S. TORRENTE GARI, *El ejercicio del derecho de huelga y los servicios esenciales*, Cedecs, Barcelona, 1996.

Para concluir, el mantenimiento de los servicios esenciales está llamado a adquirir renovada importancia en el inmediato futuro de la mano de las “huelgas” protagonizadas por los cada vez más importantes trabajadores autónomos. Con el tiempo el Ordenamiento español, como ya ha hecho el italiano, acabará construyendo un régimen jurídico del mantenimiento de los servicios esenciales aplicable tanto a las huelgas técnico-jurídicas, las protegidas por el artículo 28.2 CE, como a las “huelgas” de trabajadores autónomos, amparadas en la libertad de empresa del artículo 38 CE; y, por supuesto, al cierre patronal *ex* artículo 37.2 CE. El título que se da a esta tesis, situando en primer lugar el mantenimiento de los servicios esenciales y en segundo lugar la huelga, es un indicio de lo que en el futuro puede llegar a suceder: lo importante será el mantenimiento de los servicios esenciales y lo secundario que dicho mantenimiento se refiera a la huelga de los asalariados o a la de los trabajadores autónomos. En todo caso, aquí sólo se estudia el mantenimiento de los servicios esenciales en caso de huelga protegida por el artículo 28.2 CE.



## **CAPÍTULO I**

### **LA HUELGA COMO DERECHO FUNDAMENTAL**

## **A. HUELGA Y DERECHO: UNA HISTORIA DE REPRESIÓN Y UN PRESENTE DE DESCONFIANZA**

La Constitución española de 1978 eleva la huelga a la condición de derecho fundamental. Esta calificación jurídica es el resultado de una difícil evolución histórica, cuyo hilo conductor es la desconfianza con que el Poder y de su mano el Derecho contemplan la citada medida conflictiva.

Se utiliza el término desconfianza porque sirve por su amplitud y ausencia de significación jurídica para englobar las distintas técnicas en que se ha concretado, determinando la calificación de la huelga como delito, como incumplimiento contractual y como derecho subjetivo fuertemente limitado. En realidad, es mucho más correcto hablar de una historia de represión y de un presente de desconfianza, porque no es lo mismo reprimir penal o laboralmente la huelga que limitarla luego de haberla considerado derecho subjetivo de los trabajadores.

Como fácilmente podrá imaginarse toda huelga manifiesta, asimismo, una profunda desconfianza por parte de los trabajadores y de sus organizaciones hacia el Poder y el Derecho, cuyos mecanismos y técnicas tradicionales más que facilitar la satisfacción de las reivindicaciones obreras pretenden “anestesiárselas”, cuando no eliminarlas directamente<sup>1</sup>.

La posición que el Ordenamiento jurídico ha asumido históricamente respecto del fenómeno huelguístico puede reconducirse, siguiendo la más clásica de las elaboraciones doctrinales, a los sistemas de huelga-delito, huelga-libertad y huelga-derecho, en

---

<sup>1</sup> En este sentido, P. CALAMANDREI, «Significato costituzionale del diritto di sciopero», en *Rivista Giuridica del Lavoro*, 1954 I, p. 233.

Sobre esta cuestión resulta especialmente significativa la intervención del entonces Senador Vida Soria en el seno de la Comisión Constitucional del Senado Constituyente, del siguiente tenor: «La constitucionalización del derecho de huelga es una enorme concesión que la clase obrera hace a la burguesía, una vez que admite y propugna su integración en el ordenamiento jurídico {...} Aceptar, por parte de la clase obrera, e incluso propugnar que el derecho se constitucionalice es una manifestación clara de la madurez del movimiento obrero, ya que integra su arma principal, el derecho de huelga, dentro del ordenamiento jurídico, a sabiendas de que de esa manera el ejercicio de su derecho a la huelga va a ser limitado por el conjunto del ordenamiento jurídico». Vid., *Constitución española. Trabajos parlamentarios*, edición preparada por F. Garrido Falla, cuatro volúmenes, Cortes Generales, Madrid, 1980, pp. 3363 ss.

consonancia con su consideración como hecho socialmente dañoso, socialmente indiferente o socialmente útil<sup>2</sup>. La sucesión de esos sistemas a lo largo de la historia es ciertamente tortuosa. Efectivamente, el tránsito del sistema de huelga-delito al de huelga-libertad y de éste al de huelga-derecho no ha sido lineal, sino al contrario lleno de idas y venidas y de continuos solapamientos, lo cual se complica todavía más si se tiene en cuenta a los distintos países del área occidental<sup>3</sup>.

El sistema de huelga-delito o fase de prohibición del medio de lucha obrera comienza con la revolución industrial y la difusión a gran escala del modo de producción capitalista, cuya base ideológica, el liberalismo, postula un rechazo absoluto de todo fenómeno colectivo obrero, desde las asociaciones de trabajadores hasta cualquier acción conflictiva. Paradigmáticas resultan a este respecto la Ley francesa Le Chapelier — 1791— y la Combination Act inglesa —1800—. Rechazo frontal que en un primer momento supone una reacción al todavía reciente e importante régimen gremial<sup>4</sup>. Adviértase que el liberalismo destierra los cuerpos intermedios entre el Estado y el

---

<sup>2</sup> La elaboración que tantas veces ha sido utilizada por la doctrina posterior se debe a P. CALAMANDREI, «Significato costituzionale del ...», op. cit., pp. 222 ss. Para M. O. SÁNCHEZ MARTÍNEZ, *La huelga ante el Derecho. Conflictos, valores y normas*, Dykinson, Madrid, 1997, pp. 72-73, por contra, las huelgas no son nunca contempladas por el Derecho como buenas o útiles, sino como innecesarias o necesarias y como evitables o inevitables, determinando la combinación de estos últimos términos los instrumentos jurídicos a utilizar.

E. DÍAZ, «Sobre la licitud de la huelga en el derecho italiano actual», en *Revista de Estudios Políticos*, 1961, núm. 115, p. 91, propone la introducción en la anterior tipología clásica de un segundo sistema intermedio de huelga-incumplimiento contractual, en el que ésta deja de ser sancionada públicamente, pero persisten las sanciones jurídico-privadas, reservando la calificación de huelga-libertad para la situación en la cual la huelga deja de ser sancionada pública y privadamente, es decir, jurídicamente irreprochable, si bien no adquiere la categoría de derecho. En este mismo sentido, posteriormente, A. MARTÍN VALVERDE, «Regulación de la huelga, libertad de huelga y derecho de huelga», en AA.VV., *Sindicatos y relaciones colectivas de trabajo*, Colegio de Abogados de Murcia, Murcia, 1978, pp. 91-92.

<sup>3</sup> Cfr., entre otros muchos, R. VARANINI, «Breve storia del diritto di sciopero nei vari paesi» en *Quaderni di Rassegna sindacale*, 1970, núm. 25, pp. 25 ss.; M. MAGNO, «Storia breve dello sciopero nel mondo: sommario», en *Quaderni di Rassegna Sindacale*, 1972, núm. 38, pp. 145 ss.; G. LEFRANC, *La huelga: historia y presente*, Laia, Barcelona, 1975; G. P. CELLA (a cura di), *Il movimento degli scioperi nel XX secolo*, Il Mulino, Bologna, 1979; y H. SINAY y J. C. JAVILLIER, *La grève*, en *Traité de Droit du Travail*, dirigido por G. H. Camerlynck, Dalloz, Paris, 1984, pp. 8 ss. Recientemente, M. O. SÁNCHEZ MARTÍNEZ, *La huelga ante ...*, op. cit., pp. 71 ss.

Desde una perspectiva más general, B. WEBB y S. WEBB, *Historia del sindicalismo 1666-1920*, MTSS, Madrid, 1990.

<sup>4</sup> Vid., R. F. VILLAVERDE, «Las coligaciones industriales y las huelgas de obreros ante el derecho», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1902, núm. 101, p. 128 y G. DE RUGGIERO, *Historia del liberalismo europeo*, trad. C. G. Posada, Pegaso, Madrid, 1944, pp. LXXXVIII-LXXXIX.

individuo<sup>5</sup>, en este caso el trabajador, siendo los gremios el principal cuerpo intermedio por lo que a las relaciones de producción se refiere. Los gremios constituyen un sistema de organización del trabajo incompatible con los nuevos postulados del liberalismo y de su sistema económico, el capitalismo, y todo lo que pueda estar mínimamente relacionado con ellos, como las incipientes coligaciones obreras, es rechazado con la máxima contundencia, con el Derecho Penal. Con el tiempo la represión penal, sin dejar de hundir sus raíces en los principios teóricos del liberalismo, pasa a castigar al fenómeno obrero en sí mismo, verdadero antagonista de las fuerzas del privilegio económico, capaz de atentar contra el orden económico capitalista a través de la paralización del proceso productivo<sup>6</sup>.

A finales del siglo XIX la evolución del Estado liberal, la mayor sensibilidad social de los reformistas liberales y, sobre todo, la incesante lucha obrera permiten la despenalización primero del asociacionismo obrero y después de parte del fenómeno huelguístico, aquél menos beligerante, subsistiendo la represión penal para el resto<sup>7</sup>. Se entra, así, en el sistema de huelga-libertad o fase de tolerancia. Tolerancia o neutralidad por parte del Estado y del Derecho público, que no del Derecho privado y burgués de las obligaciones y contratos, que justifica, previa la calificación de la huelga tolerada públicamente como incumplimiento contractual —de ilícito civil ha hablado la doctrina—, la máxima represión empresarial: el despido. Se ha dicho a este respecto con acierto que «{...} El sistema de huelga libertad sigue operando, desde luego, sobre un dispositivo

---

<sup>5</sup> Máximos exponentes de esta filosofía son Hobbes y Rousseau, si bien hay que tener en cuenta que estos autores están pensando exclusivamente en la forma de gobierno a instaurar; es respeto de ésta, y no del ámbito económico y laboral, de la que proclaman la eliminación de los cuerpos intermedios. Cfr., T. HOBBS, *Leviatán*, edición preparada por C. Moya y A. Escotado, Editora Nacional, Madrid, 1970, p. 405, cuando establece: «{...} otra enfermedad de una república es {...} el gran número de corporaciones, que son como muchas pequeñas repúblicas en los intestinos de una mayor, semejantes a las lombrices en las entrañas de un hombre natural»; y J. J. ROUSSEAU, *Contrato social*, trad. F. de los Ríos Urruti, Espasa-Calpe, Madrid, 1987, p. 55, cuando dice: «{...} importa, pues, para poder fijar bien el enunciado de la voluntad general, que no hay ninguna sociedad parcial en el Estado y que cada ciudadano opine exclusivamente según el mismo».

<sup>6</sup> En este sentido, J. RIVERO LAMAS, «La regulación jurídica de la huelga en España», en *Revista del Colegio de Abogados de Zaragoza*, 1975, núm. 59, p. 35.

El personaje público más representativo de esta nueva óptica, por lo que a España se refiere, es Antonio Cánovas del Castillo. Vid., a este propósito, M. O. SÁNCHEZ MARTÍNEZ, *La huelga ante ...*, op. cit., p. 93, notas 67 a 70.

<sup>7</sup> Para comprender este período histórico y las razones que están detrás de la tolerancia pública del asociacionismo obrero y de determinadas medidas conflictivas resulta imprescindible la obra de M. C. PALOMEQUE LÓPEZ, *Derecho del Trabajo e ideología. Medio siglo de formación ideológica del Derecho español del trabajo (1873-1923)*, Tecnos, Madrid, 1995.

de represión de la huelga, en esta ocasión, más refinado, en la medida en que no compromete al poder político en primera persona, sino que se desplaza hacia las áreas de competencia del poder privado del empresario»<sup>8</sup>. Por supuesto, también durante la anterior fase de represión penal en la práctica era la represión privada empresarial la más efectiva y la más utilizada.

Demostrando que las conquistas sociales tienen, a veces, un camino de ida y vuelta el periodo de entreguerras supone en muchos países el regreso a la penalización del fenómeno sindical, incluida la huelga, esta vez sobre la base de postulados ideológicos distintos: la negación del conflicto de clases y la consiguiente comunidad de intereses dentro de la empresa, propia de los estados corporativo-autoritarios. Es el caso de Italia —entre otras, la Carta del Trabajo de 21 de abril de 1927—, de Alemania —Ley de 20 de enero de 1934— y del régimen francés de Vichy —Carta del Trabajo de 4 de octubre de 1941—, entre otros países<sup>9</sup>.

Finalizada la segunda guerra mundial la nueva concepción del Estado, el Estado social, intervencionista, asistencial o Estado del bienestar, que de todas estas formas se le ha llamado, posibilita el tránsito, en gran parte de los países occidentales, del sistema de huelga-delito o de huelga-libertad al de huelga-derecho, ya sea como derecho subjetivo ordinario o como derecho subjetivo fundamental<sup>10</sup>. Subsisten, eso sí, importantes zonas de represión penal y contractual, al hilo de las limitaciones impuestas al recién reconocido derecho<sup>11</sup>. Limitaciones cuya excesiva e inmotivada presencia desemboca, las más de las veces, en un ejercicio de la huelga al margen del Derecho<sup>12</sup>.

---

<sup>8</sup> F. DURÁN LÓPEZ, *Derecho de huelga y legalización del conflicto de clases*, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1975, p. 35.

<sup>9</sup> Vid., M. O. SÁNCHEZ MARTÍNEZ, *La huelga ante ...*, op. cit., pp. 100-101.

<sup>10</sup> Vid., M. O. SÁNCHEZ MARTÍNEZ, *La huelga ante ...*, op. cit., pp. 163 ss. En todo caso, esta nueva fase histórica es tratada en el siguiente apartado, dedicado a la huelga como derecho fundamental, al que se remite.

Antes de la segunda guerra mundial el sistema de huelga-derecho, con importantes limitaciones *de iure* y *de facto*, había sido implantado en México, a través del artículo 123 de su Constitución revolucionaria de 1917, y en Estados Unidos —Wagner Act de 1935—, en la época del New Deal.

<sup>11</sup> A este propósito cabe mencionar cómo en Francia el sistema de huelga-derecho, formalmente implantado con la Constitución de 1946, hubo de esperar su aplicación práctica a una Ley de 11 de febrero de 1950, que establecía que el ejercicio del derecho de huelga no resolvía el contrato de trabajo, como seguía sosteniéndose en los primeros años de vigencia de la Constitución, sino que lo suspendía. Una vez que se hubieron admitido las verdaderas consecuencias jurídicas del sistema de huelga-derecho, la desconfianza del Poder se canalizó mediante el establecimiento de múltiples e injustificadas

Cuando del plano internacional se pasa al caso español, lo primero que cabe advertir es que también el país de Cervantes ha conocido las distintas fases anteriormente descritas, con parecidas idas y venidas y con semejantes solapamientos, si bien el sistema de huelga-delito, primero en la larga etapa del Estado liberal y después en la no menos duradera “noche franquista”, ha asumido un lamentable papel protagonista<sup>13</sup>.

El sistema de huelga-delito de coligación se abre en España con el Código Penal de 1822 —art. 416— y posteriormente con el Código Penal del revolucionario año 1848 —art. 450—, lo que no significa que antes de esas fechas no se reprimieran las luchas obreras y campesinas, sino que se hacía arbitrariamente, al margen del Derecho —*arbitrium principis o quod principis placuit legis habet vigorem*—<sup>14</sup>. Más criticable

---

limitaciones al recién reconocido derecho. Vid., G. LEFRANC, *La huelga: historia ...*, op. cit., pp. 189-190.

Las limitaciones del derecho de huelga son tratadas en otros apartados de esta investigación, a los que se remite. Vid., *infra*, capítulo primero, apartado B, epígrafe 4.b., y capítulo tercero, apartado D.

<sup>12</sup> Siguiendo con el ejemplo francés, el carácter excesivamente restrictivo de la Ley de 1963 —huelgas en los servicios públicos— comportó una frecuente inobservancia de la misma, como manifiestan C. DURAND y P. DUBOIS, *La grève*, Colin, Paris, 1975, p. 173. Esto mismo sucedió en España con motivo de la inobservable regulación contenida en el DLRT de 1977, tal y como demuestra M. C. PALOMEQUE LÓPEZ, «Conflictos y luchas colectivas», en AA.VV., *La transición política y los trabajadores*, Ediciones de la Torre, Madrid, 1978, p. 121.

<sup>13</sup> De la evolución histórico-jurídica de la huelga en España se han ocupado muchos autores. Así, entre otros, J. M. ALMANSA PASTOR, «La huelga laboral en España tras la modificación del artículo 222 del código penal español», en *RPS*, 1966, núm. 72, pp. 49-94; M. ÁVILA ROMERO, *Conflictos colectivos, huelgas y cierre patronal. Recopilación de la legislación española, comentada a través de la jurisprudencia y las memorias de la Fiscalía del Tribunal Supremo (1869-1980)*, IES, Madrid, 1981; M. C. PALOMEQUE LÓPEZ, *Derecho Sindical Español*, Tecnos, Madrid, 1994, pp. 283 ss.; A. OJEDA AVILÉS, *Derecho Sindical*, Tecnos, Madrid, 1995, pp. 438 ss.; S. TORRENTE GARI, *El ejercicio del ...*, op. cit., pp. 51 ss.; M. O. SÁNCHEZ MARTÍNEZ, *La huelga ante ...*, op. cit., pp. 75 ss.; y R. GONZÁLEZ DE LA ALEJA, *La titularidad del derecho de huelga. En especial de la función pública: perspectivas jurídico-críticas*, Comares, Granada, 1999, pp. 6 ss. En estas obras pueden encontrarse abundantes referencias —normativas, jurisprudenciales y bibliográficas— sobre los distintos periodos.

Con especial atención a la represión penal de la huelga en España, véase, J. GARCÍA MURCIA, «La protección del Estado y de los intereses de la comunidad frente al conflicto colectivo de trabajo: del código penal de 1848 al de 1928», en *RPS*, 1985, núm. 147, pp. 25-53 y E. FABIÁN CAPARROS, «Aproximación histórica al tratamiento jurídico de la huelga en España. Siglo y medio de represión penal de la huelga de trabajadores (1822-1975)», en *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, 1992, núm. 5, pp. 21-42.

Resulta conveniente conectar la historia jurídica de la huelga con la historia del sindicalismo. A este propósito, vid., M. TUÑÓN DE LARA, *El movimiento obrero en la historia de España*, Taurus, Madrid, 1972 y M. R. ALARCÓN CARACUEL, *El derecho de asociación obrera en España (1839-1900)*, Ediciones de la Revista de Trabajo, Madrid, 1975. Desde una perspectiva todavía más general, A. MARTÍN VALVERDE, «La formación del Derecho del Trabajo en España» en AA. VV., *La legislación social en la historia de España. De la revolución liberal a 1936*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1987, pp. XI-CXIV.

<sup>14</sup> En este sentido, A. OJEDA AVILÉS, *Derecho Sindical*, op. cit., p. 438.

resulta, sin embargo, que el Código Penal de 1870 —art. 556—<sup>15</sup> siguiera considerando la huelga como delito de coligación, cuando buena parte de los países europeos se hallaban a caballo entre la fase prohibitiva y la de tolerancia<sup>16</sup>.

El sistema de huelga-libertad, en su versión de incumplimiento contractual, se abre normativamente con la Ley de 27 de abril de 1909 sobre huelgas y coligaciones<sup>17</sup>, si bien siete años antes la Fiscalía del Tribunal Supremo —circular de 20 de junio de 1902— y el Ministerio de Gobernación —circular de 21 de junio de 1902— habían impartido ordenes tendentes a la despenalización de parte de las huelgas que se venían produciendo, al considerarlas una manifestación de la libertad personal y de la dignidad humana<sup>18</sup>.

Con la segunda República —Ley de contrato de trabajo de 21 de noviembre de 1931, artículo 91<sup>19</sup>— se pasa de la huelga-incumplimiento contractual a un verdadero sistema de huelga-libertad, en el que ésta *grosso modo* deja de ser castigada pública y privadamente, si bien subsisten la represión penal y contractual de buena parte de las huelgas utilizadas por la clase obrera. Tras la guerra civil y el triunfo del bando franquista se regresa a las cavernas de la tipificación penal del movimiento obrero<sup>20</sup>, sobre unos postulados ideológicos claramente corporativo-autoritarios que se expresan en la declaración XI. 2. del Fuero del Trabajo de 1938<sup>21</sup> y que se plasman jurídicamente en

---

<sup>15</sup> Tanto el CP de 1870 como el de 1848 pueden consultarse en AA. VV., *La Legislación social en la historia de España*. De la revolución liberal a 1936, Congreso de los Diputados, Madrid, 1987, pp. 19-20 y 30.

<sup>16</sup> Así lo manifiesta R. FERNÁNDEZ VILLAVERDE, «Las coligaciones industriales ...», op. cit., p. 586. En general sobre este primer período de represión penal, D. E. ALLER, *Las huelgas de los obreros*, Tipografía de los Huérfanos, Madrid, 1886.

<sup>17</sup> Dicha Ley puede consultarse en M. AVILA ROMERO, *Conflictos colectivos, huelgas y cierre patronal*, IES, Zaragoza, 1981, pp. 76-78.

<sup>18</sup> Para comprender las soluciones normativas de este período nada mejor que la obra de M. C. PALOMEQUE LÓPEZ, *Derecho del Trabajo e ...*, op. cit. Vid., también, para este período y para otros, especialmente para la Dictadura de Primo de Rivera y para la II República, A. MONTOYA MELGAR, *Ideología y lenguaje en las leyes laborales de España (1873-1938)*, Civitas, Madrid, 1992.

La Circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 1902 puede consultarse en M. AVILA ROMERO, *Conflictos colectivos, huelgas ...*, op. cit., pp. 21-26.

<sup>19</sup> Vid., M. AVILA ROMERO, *Conflictos colectivos, huelgas ...*, op. cit., p. 206.

<sup>20</sup> En realidad, en el último tramo de la dictadura de Primo de Rivera se recuperó la represión penal del movimiento huelguístico de motivación política, a partir del Código Penal de 1928 —art. 290, que establece un delito de sedición—, agravado por la Ley de Defensa de la República de 31 de octubre de 1931.

<sup>21</sup> Puede consultarse en L. E. DE LA VILLA, *Materiales para el estudio del sindicato*, IELSS, Madrid, 1984, p. 163.

varias leyes, especialmente en el artículo 222 del Código Penal de 1944 —delito de sedición—<sup>22</sup>.

Si bien la represión penal continúa durante toda la dictadura, su campo de acción disminuye progresivamente, dando lugar a zonas de huelga-incumplimiento contractual. Así, mediante la Ley 104/65<sup>23</sup> se modifica el artículo 222 del Código Penal, que pasa de tipificar un delito objetivo a otro de intención, con la consiguiente expulsión del precepto penal de una gran cantidad de huelgas económico-profesionales<sup>24</sup>. También desde el punto de vista de la responsabilidad contractual se producen importantes avances, gracias a la doctrina jurisprudencial gradualista que deja de convalidar el despido por la mera participación en huelga, exigiendo un cierto grado de protagonismo o participación activa<sup>25</sup>.

Al final de la dictadura y durante la transición se aprueban dos normas —el Decreto-Ley 5/75 de conflictos colectivos de trabajo y el Real Decreto-Ley 17/77, de relaciones de trabajo— que aparentemente reconocen el derecho de huelga. Ahora bien, un análisis detenido de las mismas exige concluir que se está ante un derecho de huelga sólo retórico, que encubre, en el primer caso, un sistema de huelga-incumplimiento, y, en el segundo, de huelga-libertad<sup>26</sup>.

---

<sup>22</sup> Para el período franquista, véase, especialmente, F. VALDÉS DAL-RÉ, «Notas para una reelaboración crítica del marco normativo de la huelga(1936-1975)», en *RT*, 1975, núm. 52, pp. y J. M. ALMANSA PASTOR, «La huelga laboral ...», op. cit., pp. 72 ss. Sobre las bases ideológicas del régimen franquista en materia laboral, véase, A. V. SEMPERE NAVARRO, *Nacionalsindicalismo y relación de trabajo (La doctrina nacionalsindicalista de la “relación de trabajo” y sus bases ideológicas)*, Akal, Madrid, 1982.

El artículo 222 del CP de 1944 puede consultarse en M. AVILA ROMERO, *Conflictos colectivos, huelgas ...*, op. cit., pp. 279-280.

<sup>23</sup> Vid., L. E. DE LA VILLA, *Materiales para el ...*, op. cit., pp. 262-263.

<sup>24</sup> Vid., J. M. ALMANSA PASTOR, «La huelga laboral ...», op. cit., pp. 84 ss.

<sup>25</sup> Sobre la doctrina judicial gradualista, véase, por todos, M. ÁLVAREZ ALCOLEA, «La participación activa en huelga ilegal como causa de despido. Estudio jurisprudencial», en *RPS*, 1979, núm. 124, pp. 183-190. Recientemente, A. CEINOS SUÁREZ, *La jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de huelga*, Comares, Granada, 2000, pp. 93-98. Ambas obras contienen una copiosa recopilación de la citada jurisprudencia gradualista.

<sup>26</sup> Cfr., F. VALDÉS DAL-RÉ, «Notas para una ... », op. cit., pp. 221 ss.; J. MONTALVO CORREA, «La huelga en el Real Decreto-Ley 17/77, de 4 de marzo, de relaciones de trabajo», en AA.VV., *Relaciones de Trabajo. Comentarios al Real Decreto-Ley 17/77, de 4 de marzo*, ICNDLCP, Madrid, 1977, pp. 99 ss.; F. DURÁN LÓPEZ, «La nueva regulación de la huelga y el cierre patronal», en *RPS*, 1977, núm. 115, pp. 48 ss.; y R. SASTRE IBARRECHE, *Derecho sindical y transición política*, Tecnos, Madrid, 1987, pp. 174 ss. Los tres últimos autores comentan el DLRT con un tono acertadamente crítico. En igual tono se pronuncian varios laboralistas en un artículo publicado en el diario *El País*, el 12 de abril de 1977, bajo el título «Un paso atrás en el camino de la democracia». Una



Un verdadero sistema de huelga-derecho no se conoce en España hasta la Constitución de 1978<sup>27</sup>, con un enorme retraso respecto al resto de países de nuestro entorno jurídico. Retraso que, por otra parte, afecta, en mayor o menor medida, a todas las instituciones que conforman un sistema democrático en general y un sistema democrático de relaciones laborales en particular. Desde el momento en que la huelga está llamada a jugar un papel de extraordinaria relevancia en ambos sistemas no podía esperarse un reconocimiento del derecho de huelga previo a la implantación de los citados sistemas democráticos, en los que el mismo cobra plenamente sentido<sup>28</sup>.

Ahora bien, la experiencia del resto de países adheridos al sistema de huelga-derecho, ya sea con carácter de derecho subjetivo ordinario o de derecho subjetivo fundamental, difícilmente podía pasar inadvertida en España. Esa experiencia pone de manifiesto cómo el acceso de la huelga a la condición de derecho subjetivo de los

---

valoración favorable del DLRT en M. ALONSO GARCÍA, «La aproximación a un modelo democrático de relaciones laborales y el Real Decreto-Ley núm. 17/77, de 4 de marzo», en AA.VV., *Lecciones de Derecho del Trabajo en homenaje a los profesores Bayón Chacón y Del Peso y Calvo*, FDUCM, Madrid, 1980, pp. 61 ss.

Finalmente, un análisis de las normas de 1975 y 1977 específicamente centrado en el ámbito de los servicios públicos se encuentra en A. BAYLOS GRAU, «La militarización en los servicios públicos», en *Cuadernos de Derecho del Trabajo*, 1977, núm. 3, pp. 96 ss.

<sup>27</sup> En el debate constitucional no hubo planteamientos frontalmente contrarios a la constitucionalización del derecho de huelga, lo que no significa que no hubiera importantes discrepancias sobre los intereses defendibles, sobre la necesidad de establecer límites, sobre su ubicación constitucional, etc., que serán tenidos en cuenta en otros lugares de esta tesis. Se han ocupado del debate constitucional en materia de huelga, principalmente, J. VIDA SORIA, «Génesis de las normas laborales en la Constitución española de 1978», en AA.VV., *Estudios de Derecho del Trabajo en memoria del Prof. G. Bayón Chacón*, Tecnos, Madrid, 1980, pp. 247-261; A. MONTOYA MELGAR, «Sindicatos, convenios y conflictos colectivos: el debate constitucional», en AA.VV., *Los trabajadores y la Constitución*, Selsa, Madrid, 1980, pp. 181-200; T. FREIXES SANJUÁN, *Los derechos sociales de los trabajadores en la Constitución*, MTSS, Madrid, 1986, pp. 71 ss.; y A. BAYLOS GRAU, *Derecho de huelga y ...*, op. cit., pp. 25-27, nota 1.

El material indispensable para consultar el debate constitucional se encuentra en *Constitución española. Trabajos parlamentarios*, op. cit.

<sup>28</sup> La estrecha e ineludible conexión entre la democracia y el reconocimiento del derecho de huelga es un *prius* mayoritariamente aceptado por la doctrina. Así, entre otros muchos, E. TIERNO GALVÁN, en E. Tierno Galván y M. Muñoz Alonso, *La huelga. Cara y Cruz*, Ed. 99, Madrid, 1974, p. 54; F. DURÁN LÓPEZ, *Derecho de huelga ...*, op. cit., p. 133; y A. MARTÍN VALVERDE, «Regulación de la huelga ...», op. cit., pp. 93-95. Este último autor en «Huelga laboral y huelga política: un estudio de modelos normativos», en AA.VV., *El Derecho del Trabajo ante el cambio social y político*, Instituto de Relaciones Laborales, Zaragoza, 1977, p. 75, conecta el reconocimiento constitucional del derecho de huelga con la necesidad de legitimar democráticamente la futura Constitución española, en los siguientes términos: «{...} un texto constitucional a la altura del último cuarto del siglo XX no tendrá credibilidad democrática {...} si en él no se reconoce el derecho de huelga».

La misma conexión existe entre el derecho de huelga y el conjunto de derechos sindicales y las clásicas libertades civiles y políticas, sin cuyo reconocimiento no cabe hablar de democracia. Sobre este particular resulta muy interesante el documento *Derechos sindicales y su relación con las libertades civiles*, 7º Informe de la Conferencia Internacional del Trabajo, OIT, Ginebra, 1969.

trabajadores no es ajeno a la histórica desconfianza con que el Poder y de su mano el Derecho contemplan el principal instrumento de presión de los trabajadores. Por supuesto, la desconfianza se articula ahora a través de técnicas jurídicas más sofisticadas y difíciles de desenmascarar, al tiempo que ejercen una menor presión restrictiva sobre el fenómeno huelguístico, pero, en todo caso, no ha desaparecido. Evidentemente, esas sofisticadas técnicas a las que se alude son las limitaciones en sentido amplio que por todas partes “encorsetan” y “adelgazan” a la huelga, elevada ya a la categoría de derecho<sup>29</sup>.

La construcción normativa, jurisprudencial y doctrinal de los límites del derecho de huelga, así como su aplicación práctica, no siempre justificadas, son la moderna expresión de la histórica desconfianza de la que se viene hablando<sup>30</sup>. En este sentido, y

---

<sup>29</sup> Una excelente exposición de las diferentes técnicas limitativas del derecho de huelga utilizadas en los diferentes Estados integrantes del Consejo de Europa, en O. KAHN-FREUND, «Il diritto di sciopero. La sua estensione e i suoi limiti», en *Rivista di Diritto del Lavoro*, 1978, pp. 375-475.

<sup>30</sup> Aunque esta tesis sea jurídica y, consecuentemente, los límites que se estudian sean los jurídicos no está de más efectuar algunas consideraciones de tipo sociológico sobre el particular. Así, junto a los citados límites jurídicos existen los no menos importantes límites fácticos de los derechos, es decir, «situaciones sociales o económicas, como el analfabetismo, o la escasez que “limitan el ejercicio de los derechos”, como por ejemplo la libertad de expresión, o el derecho a la cultura para el que no sabe leer o escribir, o el derecho al trabajo en caso de escasez y de paro» (G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Curso de Derechos fundamentales. Teoría general*, BOE-Univ. Carlos III, Madrid, 1995, pp. 588-589. Cfr., igualmente, P. HÄBERLE, *Le libertà fondamentali nello stato costituzionale*, NIS, Roma, 1993, pp. 147 ss.). Esta terrible y sutil guadaña de los límites *de facto* opera en el ámbito de la eficacia de los derechos, más que en el de su validez, siendo especialmente incisivos en el campo de los derechos sociales, incluido el derecho a la huelga. Su cantidad y su capacidad limitadora superan con creces las pretensiones de esta nota. No obstante, merece la pena reflexionar sobre algunos de estos límites, como por ejemplo la precariedad laboral, la globalización económica y la presión de los medios de comunicación. Estos límites fácticos son buena expresión de la capacidad que la clase dominante tiene de neutralizar a nivel de estructura las conquistas de la clase trabajadora a nivel de superestructura (F. GALGANO, *Le Istituzioni dell'economia capitalistica*, Zanichelli, Bologna, 1980, pp. 30 ss.), y han afectado a la huelga en sus distintas fases: como delito, como incumplimiento contractual y como derecho. Téngase en cuenta que se está aludiendo a situaciones socio-económicas adicionales a aquella que estructuralmente caracteriza al trabajador por cuenta ajena y que justifica la propia existencia del Derecho del Trabajo y del derecho de huelga.

Sobre la virtualidad limitadora del ejercicio del derecho de huelga por parte de la precariedad laboral —alcanza aproximadamente una cuota del 33 %— casi no merece la pena hablar, habida cuenta de que cualquier jurista que sea capaz de quitarse la “venta formal” de la validez y de la titularidad indistinta del derecho de huelga para trabajadores por tiempo indefinido y por tiempo determinado y observar la geología de la eficacia del derecho, no podrá por menos que llegar a la conclusión de que mientras para los trabajadores por tiempo indefinido la desertificación es sólo una amenaza, para los trabajadores temporales la arena bajo los pies es ya una realidad. La metáfora puede parecer exagerada, pero sí es cierto que la condición laboral, sindical, de seguridad social y de seguridad laboral que desde un punto de vista material ostentan los trabajadores temporales es notablemente inferior a la de los trabajadores indefinidos. A lo apenas dicho habría que añadir la situación en la que se encuentran multitud de trabajadores, indefinidos o temporales, que prestan sus servicios en pequeñas y medianas empresas donde la influencia del Derecho del Trabajo en general y del derecho de huelga en particular

puesto que el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad es hoy día el principal límite del derecho de huelga, cuando al final de esta investigación haya quedado expuesto el régimen jurídico del citado mantenimiento se estará en condiciones de determinar hasta qué punto dicho régimen está plenamente justificado y hasta qué punto el mismo está sirviendo como moderna expresión de la histórica desconfianza<sup>31</sup>.

---

es marginal, así como del “ejercito” de trabajadores de la economía sumergida, para los que hablar del derecho de huelga es una utopía.

Qué decir, por otra parte, de la potencialidad limitadora del derecho de huelga —aunque también, y esto es más peligroso, del resto de derechos fundamentales y del entero sistema democrático— por parte de los nuevos “Dioses paganos”: la Globalización Económica, los Mercados Financieros, la Europa Monetaria, la Competitividad ... La oportunidad que estos “modernos Dioses” ofrecen a las fuerzas del privilegio económico para reforzar *de facto*, cuando no *de iure*, sus postulados, bajo la permanente amenaza de la inversión en países socialmente menos exigentes, es devastadora para los trabajadores, rehenes de la prepotencia del pensamiento económico único. Sobre algunas nuevas amenazas para los derechos fundamentales, vid., G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Curso de Derechos ...*, op. cit., pp. 171 ss.

No menos peligrosa y restrictiva para el derecho fundamental de huelga se muestra la información desfavorable y satanizadora del mismo transmitida por gran parte de los medios de comunicación, con el beneplácito, cuando no la instigación, del gobierno de turno, olvidando interesadamente —la comunidad de intereses entre los medios de comunicación y los centros de poder económico a nadie escapa— que se está ante un derecho fundamental, base junto al resto de derechos, también fundamentales, del “edificio democrático” en el que todos convivimos.

<sup>31</sup> Téngase en cuenta que en Derecho comparado, tanto en los países desarrollados como en los menos desarrollados, son muchos los autores que entienden que los servicios esenciales están siendo utilizados sustancialmente para limitar el derecho de huelga, en el sentido de cercenarlo, cuando no imposibilitarlo. Así, con rotundidad, L. MADHUKU, «El derecho de huelga en África Meridional», en *RIT*, 1997, núm. 4, p. 562.

## **B. LA HUELGA COMO DERECHO FUNDAMENTAL**

Cualquier tratamiento jurídico de la huelga que pretenda hacerse en la actualidad tiene que partir necesariamente de su condición de derecho fundamental. La huelga ejercida en el campo de los servicios esenciales no sólo no es una excepción en este sentido sino que probablemente sea el ámbito donde más fácilmente se advierte la importancia del carácter fundamental.

No se pretende en este apartado estudiar el entero régimen jurídico-constitucional del derecho de huelga<sup>1</sup>, sino un aspecto previo y básico, a saber, el fundamento y el concepto de la huelga como derecho fundamental.

### **1. LA HUELGA COMO DERECHO EN LA CONSTITUCIÓN DE 1978**

La huelga perseguida pública y privadamente en el marco del Estado liberal accede en el contexto de una nueva concepción político-organizativa, el Estado social<sup>2</sup>, a la condición de derecho<sup>3</sup>. Además, y esto es más importante, en buena parte de los países

---

<sup>1</sup> Un par de obras recientes que abordan esta tarea se deben a J. L. MONEREO PÉREZ, «La huelga como derecho constitucional: la técnica específica de organización jurídico-constitucional de la huelga (I y II)», en *Temas Laborales*, 1993, núms. 27-28, pp. 21 ss. y 29 ss. y J. VIDA SORIA y Á. GALLEGU MORALES, «Derechos sindicales y de huelga», en *Comentarios a la Constitución española de 1978*, dirigidos por O. Alzaga, Cortes Generales-Edersa, Madrid, 1996, pp. 315 ss.

<sup>2</sup> Sobre el Estado social, véase, entre otros muchos, L. PAREJO ALFONSO, *Estado social y Administración Pública. Los postulados constitucionales de la reforma administrativa*, Civitas, Madrid, 1984; J. L. CASCAJO CASTRO, *La tutela constitucional de los derechos sociales*, CEC, Madrid, 1988; J. R. COSSIO DÍAZ, *Estado social y derechos de prestación*, CEC, Madrid, 1989; y E. CARMONA CUENCA, *El Estado Social de Derecho en la Constitución*, CES, Madrid, 2000.

<sup>3</sup> En algunos países, de cultura anglosajona fundamentalmente, todavía no se ha producido el tránsito al sistema de huelga-derecho, permaneciendo en sistemas de huelga-libertad más o menos desarrollados. Sobre el sistema de huelga-libertad vigente en el Reino Unido y el complejo sistema de inmunidades para los sujetos colectivos que lo acompaña, véase, K. D. EWING, *The right to strike*, Clarendon Press, Oxford, 1991; B. FITZPATRICK, «Regulación de la huelga en los servicios esenciales en el Reino Unido», en *DL*, 1993, núm. 41, pp. 73-101; B. HEPPLER, «The United Kingdom», en R. Blanpain (edit.), *Strikes and Lock-outs in Industrialized Market Economies*, Kluwer, Boston, 1991, pp. 181-198; LORD WEDDERBURN, *I diritti del lavoro. Saggi scelti sulla Gran Bretagna e l'Europa*, Giuffrè, Milano, 1998, pp. 137-221; y C. GIL RIVAS, «La huelga en el Reino Unido», en *REDT*, 1998, núm. 91, pp. 791-805. Téngase en cuenta, no obstante, que la reciente Endoyment Relations Act (1999), de 27 de julio, concede inmunidades también a los huelguistas que participen en conflictos «oficiales», lo que abre las puertas a un verdadero sistema de huelga-derecho. Para corroborar esta última afirmación habrá que observar con lupa los pronunciamientos de los tribunales.

Sobre el resto de países de la Unión Europea sometidos al sistema de huelga-libertad, véase, *La huelga y la reivindicación laboral secundaria en los estados miembros de la UE*, Parlamento Europeo, Serie de Asuntos sociales, W-8, Luxemburgo, 1996, pp. 5 ss.

de nuestro entorno jurídico el fenómeno huelguístico no sólo accede a la condición de derecho sino que lo hace por la puerta de la Constitución<sup>4</sup>. Por otra parte, resulta reconocido en numerosos instrumentos de Derecho internacional<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> El primer país que constitucionaliza el derecho de huelga es México, cuya Constitución Política de 5 de febrero de 1917, en su artículo 123 A, 18, perteneciente al capítulo IV —Del Trabajo y de la Previsión Social—, establece: «Las huelgas serán lícitas cuando tengan por objeto conseguir el equilibrio entre los diversos factores de la producción, armonizando los derechos del trabajo con los del capital. En los servicios públicos será obligatorio para los trabajadores dar aviso, con diez días de anticipación, a la Junta de Conciliación, y Arbitraje, de la fecha señalada para la suspensión del trabajo. Las huelgas serán consideradas como ilícitas únicamente cuando la mayoría de los huelguistas ejerciere actos violentos contra las personas o las propiedades, o en caso de guerra, cuando aquéllos pertenezcan a los establecimientos o servicios que dependan del Gobierno». Sobre este prematuro artículo, véase, J. DÁVALOS, «Orígenes, evolución y ejercicio de la huelga en el Derecho Mexicano del Trabajo», en AA.VV., *El Constitucionalismo en las postrimerías del siglo XX*, t. V, UNAM, México, 1988, pp. 119-152.

Finalizada la segunda guerra mundial los países europeos de nuestro entorno constitucionalizan el derecho de huelga. Es el caso de Francia, mediante el preámbulo de la Constitución de 1946 —declarado en vigor por el preámbulo de la actual Constitución de 1958—, que dispone: «El derecho de huelga es ejercido en el marco de las leyes que lo regulan». En parecidos términos se pronuncia la Constitución italiana de 1947, en su artículo 40: «El derecho de huelga se ejerce dentro de las normas de las leyes que lo regulan». En Alemania, el derecho de huelga no ha sido reconocido expresamente por la Ley fundamental de Bonn de 1949, aunque puede deducirse implícitamente del derecho a la libertad sindical reconocido en el art. 9.3 de la citada Ley fundamental. Sí han reconocido, en cambio, el derecho de huelga las Constituciones de algunos Länders: Bremen, Hesessen, Sarre, Rheinland-Pflaz.

Más recientemente, la Constitución de Grecia de 1975 reconoce el derecho de huelga en el extenso y detallado artículo 23.2, que dice así: «La huelga constituye un derecho, que será ejercido por las asociaciones sindicales legalmente constituidas con vistas a la defensa y al fomento de los intereses económicos y profesionales, en general, de los trabajadores. Queda prohibida la huelga en cualquiera de sus modalidades a los magistrados y a los agentes de los cuerpos de seguridad. El derecho de recurrir a la huelga podrá ser objeto de restricciones concretas impuestas por la ley que lo regule, tratándose de funcionarios públicos y de empleados de colectividades locales y de personas morales de derecho público, así como del personal de las empresas públicas o de utilidad pública cuyo funcionamiento tenga importancia vital para la satisfacción de las necesidades esenciales de la sociedad en su conjunto, si bien dichas restricciones no podrán abocar a la supresión del derecho de huelga o al impedimento de su ejercicio legal». También la Constitución portuguesa de 1976 reconoce el derecho de huelga en su artículo 57: «1. Se garantiza el derecho de huelga. 2. Corresponde definir a los trabajadores el ámbito de interés a defender a través de la huelga, no pudiendo la ley limitar ese ámbito». Sobre el derecho de huelga en Portugal, véase, J. J. GOMES CANOTILHO y J. LEITE, «Ser ou nao ser uma greve», en *Questoes Laborais*, 1999, núm. 13, pp. 3-44.

Los textos reproducidos están extraídos de F. RUBIO LLORENTE y M. DARANAS PELÁEZ, *Constituciones de los Estados de la Unión Europea*, Ariel, Barcelona, 1997.

Del Derecho comparado europeo se han ocupado, entre otros muchos, O. KAHN-FREUND, «Il diritto di ...», op. cit., pp. 375-475, para quien aquellos países que han constitucionalizado el derecho de huelga tienen un régimen jurídico del citado derecho menos restrictivo que el de aquellos países que no han procedido a la constitucionalización; M. ALONSO GARCÍA y otros, *La huelga y el cierre empresarial*, IEE, Madrid, 1979, pp. 129 ss.; J. A. SAGARDOY BENGOCHEA, «La huelga en el Derecho comparado (El ejemplo de Europa Occidental)», en *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, 1988, núm. 1, pp. 55-68; V. MARTÍNEZ ABASCAL, F. PÉREZ AMORÓS y E. ROJO TORRECILA, «Experiencias de regulación del derecho de huelga en algunos países de las comunidades europeas», en *Jornadas sobre la regulación del derecho de huelga*, Instituto de Estudios Laborales, Barcelona, 1988, pp. 11-43; R. BIRK, «Il conflitto industriale: la disciplina giuridica degli scioperi de delle serrate», en M. Biagi y R. Blanpain (a cura di), *Diritto del lavoro e relazioni industriali nei paesi industrializzati ad economia di mercato*, Maggioli, Rimini, 1991, pp. 405-443; *La huelga y la reivindicación laboral ...*, op. cit.; LORD WEDDERBURN, *I diritti del ...*, op. cit., pp. 137-221; y A. J.

---

M. JACOBS, «The law of strikes and lock-outs», en *Comparative Labour Law and Industrial Relations in Industrialized Market Economies*, editado por R. Blanpain y C. Engels, Kluwer, The Hague, 1998, pp. 461-502.

En cuanto a Sudamérica, son muchos los países que reconocen constitucionalmente el derecho de huelga. Cfr. M. E. ACKERMAN, «Derecho de huelga y servicios esenciales en los países del Mercosur», en *RIT*, 1994, núm. 3, pp. 439-456 y M. PASCO COSMÓPOLIS (coord.), *La huelga en Iberoamérica*, Edit. Porrúa, México, 1996.

<sup>5</sup> Es el caso del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aprobado en Nueva York el 16 de Diciembre de 1966 —ratificado por España en 1977 y publicado en el BOE de 30-4-77—, cuyo artículo 8. 1, d) establece: «Los Estados partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar: El derecho de huelga, ejercido de conformidad con las leyes de cada país». Y a nivel del Consejo de Europa, de la Carta Social Europea, aprobada en Turín el 18 de octubre de 1961 —ratificada por España en 1980 y publicada en el BOE de 28-6-80—, que en su artículo 6. 4 establece: «A fin de asegurar el ejercicio eficaz del derecho de negociación colectiva, las altas partes contratantes reconocen: El derecho de los trabajadores y de los patronos, en caso de conflicto de intereses, a recurrir a acciones colectivas, incluso el derecho de huelga, bajo reserva de las obligaciones que puedan resultar de los convenios colectivos en vigor». Sobre este reconocimiento, véase, A. PARDELL VEA, *Los derechos sindicales en la Carta Social Europea*, Bosch, Barcelona, 1993.

Por otra parte, aunque ninguna norma de la OIT recoge expresa y directamente el derecho de huelga, éste no ha pasado desapercibido al citado organismo. En efecto, tanto la Comisión de expertos como, sobre todo, el Comité de libertad sindical se han ocupado prolijamente del tema, al considerar el recurso a la huelga —término éste, de impronta sociológica, utilizado por el CLS— como medio esencial de la libertad sindical en su vertiente dinámica, dando lugar a una interesante “jurisprudencia internacional de mínimos” sobre el particular. Sobre este tema, véase, G. DIÉGUEZ CUERVO, «El derecho de huelga en la doctrina del Comité de Libertad Sindical de la OIT», en *RT*, 1975, núms. 49-50, pp. 33-47; J. HODGES-AEBERHARD y A. ODERO DE DIOS, «Los principios del Comité de Libertad Sindical relativos a la huelga», en *RIT*, 1987, núm. 4, pp. 511-533; B. GERNIGON, A. ODERO y H. GUIDO, «Principios de la OIT sobre el derecho de huelga», en *RIT*, 1998, núm. 4, pp. 473-515; y A. ODERO, «El derecho de huelga en la función pública y en los servicios esenciales: los principios de la OIT», en *RL*, 1999, núm. 1, pp. 61-71. Asimismo, resulta imprescindible la consulta de OIT, *La libertad sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*, OIT, Ginebra, 1996.

Especial atención merece la situación de la Unión Europea, donde, por una parte, el apartado 13 de la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de 1989, expresamente reconocida en el artículo 136 TCE, tras la reforma introducida por el Tratado de Amsterdam, establece el derecho de huelga, mientras, por otra, el artículo 137.6 TCE, tras la reforma introducida por el Tratado de Amsterdam —anteriormente presente en el apartado 6 del artículo 2 del acuerdo adjunto al protocolo sobre política social del Tratado de Maastrich— excluye expresamente de la política comunitaria el derecho de huelga. Desde luego, la exclusión expresa pesa más que la mención indirecta del derecho de huelga, por lo que puede concluirse que por el momento la huelga es ajena al mundo jurídico de la Unión Europea. En todo caso, parece que algunas medidas comunitarias, como la Directiva sobre comités de empresa europeos o el fomento de la negociación colectiva a escala europea, pudieran actuar como preludio de una futura política comunitaria en materia conflictiva —huelga y cierre patronal—. Vid., a este propósito, *La huelga y la reivindicación laboral ...*, op. cit. Por otra parte, aunque todavía no se sepa el alcance jurídico de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (tras la reciente cumbre de Niza tiene sólo alcance político), sí puede mencionarse que ésta incluye implícitamente el derecho de huelga en el artículo 26, en los siguientes términos: «Los empresarios y los trabajadores tienen derecho a negociar y a celebrar convenios colectivos y, en caso de conflicto de intereses, a emprender acciones colectivas para la defensa de sus intereses, conforme al Derecho comunitario y a las legislaciones y prácticas nacionales». Obsérvese que los términos empleados son muy parecidos a los de la Carta Social Europea y otorgan al derecho de huelga una función débil en comparación con la posición fuerte que dicho derecho tiene en algunas Constituciones Europeas: Francia, Italia, España, etc. Por supuesto, la Carta no puede ser invocada *in peius*, es decir, para limitar el derecho de huelga en aquellos países, como España, en los que el mismo tiene un alcance más amplio que el reconocido por la propia Carta.

En definitiva, tanto el panorama del Derecho comparado más cercano como el del Derecho internacional aconsejaban al Constituyente español de 1978 la constitucionalización de la huelga como derecho. Mayor influencia debe otorgarse al hecho de que España necesitaba construir una democracia creíble y para ello nada mejor, por lo que al sistema de relaciones laborales se refiere, que reconocer en la propia Constitución la libertad sindical, el derecho de huelga y la negociación colectiva. No puede olvidarse, en este sentido, que España salía de una larga “noche” y que lo hacía mediante una transición continuista con las instituciones jurídico-políticas del régimen dictatorial. Tampoco puede olvidarse el protagonismo asumido por el movimiento obrero español en la lucha contra la dictadura y en la conquista de las libertades y de la democracia<sup>6</sup>.

En el proceso constituyente todos los indicios apuntaban a una constitucionalización del derecho de huelga. Así, sin salir de lo que acabó siendo el Título Preliminar, tanto las cláusulas del Estado social —art. 1.1— y de la igualdad sustancial —art. 9.2—, como el reconocimiento del papel institucional del sindicato —art. 7—, anticipaban la citada constitucionalización<sup>7</sup>. Ésta se produjo, en efecto, sin grandes discusiones<sup>8</sup>.

Se llega, de este modo, al artículo 28.2 de la Constitución española de 1978, que dice así: «Se reconoce el derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus

---

<sup>6</sup> Para L. ORTEGA, *Los derechos sindicales de los funcionarios públicos*, Tecnos, Madrid, 1983, p. 171, la razón principal de la inclusión del derecho de huelga en la CE hay que buscarla en la fermentación en la conciencia colectiva del papel jugado por el movimiento sindical en la obtención de las libertades en España.

<sup>7</sup> La STC 11/81 es tajante a este respecto al establecer: «Además de ser un derecho subjetivo la huelga se consagra como un derecho constitucional, lo que es coherente con la idea del Estado social y democrático de derecho establecido por el artículo 1.1 de la Constitución, que entre otras significaciones tiene la de legitimar medios de defensa a los intereses de grupos y estratos de la población socialmente dependientes, y entre los que se cuenta el de otorgar reconocimiento constitucional a un instrumento de presión que la experiencia secular ha mostrado ser necesario para la afirmación de los intereses de los trabajadores en los conflictos socioeconómicos, {...} lo es también con el derecho reconocido a los sindicatos en el art. 7 de la Constitución, ya que un sindicato sin derecho al ejercicio de la huelga quedaría, en una sociedad democrática, vaciado prácticamente de contenido; y lo es, en fin, con la promoción de las condiciones para que la libertad y la igualdad de los individuos y grupos sociales sean reales y efectivas (art. 9.2 de la Constitución)» (F. J. 9).

Doctrinalmente, por todos, M. C. PALOMEQUE LÓPEZ y M. ÁLVAREZ DE LA ROSA, *Derecho del Trabajo*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2000, p. 550.

<sup>8</sup> Para el debate constitucional se remite a la nota 27 del anterior apartado, en el que se dijo que en el proceso constituyente no hubo planteamientos frontalmente contrarios al reconocimiento constitucional del derecho de huelga, lo que no significa que no hubiera importantes discrepancias sobre los intereses defendibles, sobre la necesidad de establecer límites, sobre su ubicación constitucional, etc.

T. FREIXES SANJUÁN, *Los derechos sociales ...*, op. cit., p. 44, señala el intento frustrado de inclusión del derecho de huelga en la discusión parlamentaria de la Constitución española de 1931.

intereses. La ley que regule el ejercicio de este derecho establecerá las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad»<sup>9</sup>.

Apenas aprobada la Constitución se suscitó una enconada polémica en torno al reconocimiento del derecho de huelga exclusivamente en el artículo 28.2 o también en algún otro precepto constitucional; singularmente el artículo 37.2<sup>10</sup>. Esta polémica<sup>11</sup>, tras la que latía la posible asunción constitucional de la teoría alemana de la igualdad de armas<sup>12</sup>, quedó

---

<sup>9</sup> La diferencia entre las expresiones derecho de huelga y derecho a la huelga ha sido abordada por A. MARTÍN VALVERDE, «El derecho de huelga en la Constitución de 1978», en *RPS*, 1979, núm. 121, pp. 227-228, nota 1, quien señala que, en todo caso, la utilización del término derecho a la huelga, aparentemente más restrictivo, no incide en el régimen jurídico de la institución.

Otro autor, M. MUÑOZ ALONSO, en E. Tierno Galván y M. Muñoz Alonso, *La huelga. Cara ...*, op. cit., pp. 9-12, se ha encargado de realizar un análisis lingüístico del término huelga y de sus equivalentes francés —grève—, italiano —sciopero—, inglés —strike— y alemán —streik—, llegando a la conclusión de que arrojan poca luz sobre su significado actual. Otro análisis semántico del término huelga en J. A. SARDINA PÁRAMO, «Huelga, algo sobre la semántica del mito al derecho», en AA.VV., *Los derechos fundamentales y libertades públicas*, Mº de Justicia, Madrid, 1993, pp. 1029-1041.

<sup>10</sup> M. E. CASAS BAAMONDE, «Derecho de huelga y Constitución: ¿Nuevas perspectivas?», en AA.VV., *Constitución y Derecho Público. Estudios en homenaje a S. Varela*, Tirant lo blanch, Valencia, 1995, pp. 59-61, habla de un doble reconocimiento del derecho de huelga: consagrado autónomamente en el artículo 28.2 y reconocido en el art. 28.1 como parte del derecho de libertad sindical en su dimensión activa. En todo caso, esta propuesta nada tiene que ver con la polémica aludida, desplegando exclusivamente sus efectos en el ámbito de la titularidad del derecho de huelga.

<sup>11</sup> La doctrina se dividió ante esta cuestión. Así, favorables al reconocimiento exclusivo en el artículo 28.2 se mostraron, entre otros, L. E. DE LA VILLA, «Algunas reflexiones para la regulación legal de la huelga», en AA.VV., *Estudios de Derecho del Trabajo en memoria del Prof. G. Bayón Chacón*, Tecnos, Madrid, 1980, p. 105 y A. BAYLOS GRAU, *El derecho de ...*, op. cit., pp. 57 ss.. Se mostraron, en cambio, favorables al doble reconocimiento —arts. 28.2 y 37.2—, entre otros, A. MARTÍN VALVERDE, «El derecho de ...», op. cit., pp. 235-240 y G. BARREIRO GONZÁLEZ, «La disponibilidad del derecho de huelga y su garantía en la Constitución», en *RPS*, 1979, núm. 121, pp. 76 y 83. Pero, sin duda, la defensa más enérgica del doble reconocimiento fue la efectuada por F. SUÁREZ GONZÁLEZ, «El proyecto de ley del Estatuto de los trabajadores (cuatro aspectos sorprendentes)», en AA.VV., *Estudios de Derecho del Trabajo en memoria del Prof. G. Bayón Chacón*, Tecnos, Madrid, 1980, p. 135, en los siguientes términos: «Dos modelos, pues, de derecho de huelga o —dicho de otro modo— un sólo instrumento, que es la huelga, al servicio de dos finalidades y de dos intereses jurídicamente protegidos y configurados por tanto como dos derechos distintos: el derecho de huelga del trabajador-ciudadano, que trata de influir en la vida política, económica, cultural y social de su país, y el derecho de huelga del trabajador-parte de un contrato de trabajo, que presiona a su empresario para obtener mejores condiciones laborales. Dos intereses, dos finalidades, dos derechos de huelga amparados por la Constitución».

Una consulta más detallada de este debate puede efectuarse en S. TORRENTE GARI, *El ejercicio del ...*, op. cit., pp. 17 ss.

<sup>12</sup> Así lo entendió el TC, al establecer: «El hecho de situar en planos distintos las medidas de conflicto colectivo (art. 37) y el derecho de huelga (art. 28), destacando éste y haciéndolo autónomo respecto de aquéllas, permite concluir que la Constitución española y, por consiguiente, el ordenamiento jurídico de nuestro país no se funda en el principio que con expresión alemana se conoce como de la *Waffengleichheit*, también llamado de la *Kampfparität*, esto es, de la igualdad de armas, de la paridad en la lucha, de la igualdad de trato o del paralelo entre las medidas de conflicto nacidas en campo obrero y las que tienen su origen en el sector empresarial» (sentencia 11/81, F. J. 22).



definitivamente zanjada por el TC en su sentencia 11/81, al establecer convincentemente que el derecho de huelga está recogido exclusivamente en el artículo 28.2<sup>13</sup>.

Consecuencia de la consagración autónoma del derecho de huelga en el artículo 28.2 CE es que este estudio se limite a este precepto constitucional, sin entrar a valorar el funcionamiento de los servicios esenciales de la comunidad como límite constitucional del derecho de empresarios y trabajadores a adoptar medidas de conflicto colectivo — art. 37.2 CE—, aunque si cabe decir que el concepto de servicios esenciales es común a ambos preceptos<sup>14</sup>.

---

<sup>13</sup> Literalmente establece el TC: «{...} se extrae la indudable consecuencia de que el constituyente quiso separar el derecho de huelga del resto de las posibles medidas de conflicto. {...} Esta ha sido sin duda la idea básica del constituyente español, que ha reconocido la huelga como un derecho fundamental autónomo en el art. 28, mientras que {...}» (sentencia 11/81, F. J. 22).

A pesar de la inequívoca doctrina del TC no faltan ejemplos de desconocimiento de la misma. Así, son muchas las disposiciones de la autoridad gubernativa *ex* artículo 10.2 DLRT en las que se alude al derecho de huelga reconocido en los artículos 28.2 y 37.2 de la Constitución. Es el caso, por poner sólo un ejemplo, del preámbulo del RD 755/87, de 19 de junio (Administración de Justicia).

<sup>14</sup> En este sentido, A. MARTÍN VALVERDE, «El derecho de ...», *op. cit.*, pp. 239-240. Igualmente, la STC 11/81, F. J. 18.

Sorprende que las dos monografías que se han ocupado del cierre patronal no se refieran al régimen jurídico del mantenimiento de los servicios esenciales en caso de medidas conflictivas distintas del derecho de huelga. Me estoy refiriendo a M. GARCÍA FERNÁNDEZ, *El cierre patronal*, Ariel, Barcelona, 1990 y M. M. RUIZ CASTILLO, *El cierre patronal*, MTSS, Madrid, 1990.

El artículo 37.2 del proyecto de ley de huelga del gobierno socialista (1992) —«En el supuesto de que se tratase de una empresa que desarrollase una actividad relacionada con los servicios esenciales de la comunidad, el empresario deberá comunicar previamente su intención de proceder al cierre patronal a la Autoridad Gubernativa que tenga encomendada la tutela del correspondiente servicio, a fin de que ésta pueda adoptar las medidas de garantía que correspondan»— sí regulaba el cierre patronal en los servicios esenciales, habiendo merecido una valoración claramente desfavorable por parte de F. VALDÉS DAL-RÉ, «El cierre patronal», en AA.VV., *Ley de huelga*, ISE, Madrid, 1993, pp. 266-269, por las siguientes razones: primero, por su parquedad; segundo, porque en su opinión el cierre para salvaguardar la seguridad no debería implicar mantenimiento alguno de servicios esenciales; tercero, porque el más criticable cierre por imposibilidad de mantenimiento de la producción en ningún caso podría llevarse a cabo en el ámbito de los servicios esenciales.

En Francia se acepta pacíficamente la prohibición del cierre patronal en los servicios públicos al ser incompatible con el principio de continuidad de los citados servicios que tiene valor constitucional. En este sentido, por todos, P. TERNEYRE, «Vade-mecum du gestionnaire de services publics pour assurer la continuité du service en cas de grève», en *DS*, 1989, núm. 12, p. 810; J. PÉLISSIER, «Grève et substituts des services essentiels: la situation française», en J. Bernier (edit.), *Grèves et services essentiels*, Université Laval, Saint-Foy, 1994, p. 148; y E. DEVAUX, *La grève dans les services publics*, Publications de l'Université de Limoges, Limoges, 1995, pp. 318 ss.

En Italia, el cierre patronal —*serrata*— está también prohibido, incluso sancionado penalmente. En todo caso, en la práctica se ha acabado extendiendo la disciplina legislativa de la huelga en los servicios esenciales —Ley 146/90— al cierre patronal ejercido por pequeños empresarios en ese mismo ámbito, mediante la decisión de la Comisión de garantías de 10 de diciembre de 1992. Sobre el particular, véase, M. V. BALLESTRERO, en U. Romagnoli y M. V. Ballestrero, *Norme sull'esercizio del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali*, Zanichelli-Il Foro, Bologna-Roma, 1994, pp. 65-66. Tras la reforma de la Ley 146/90 por la Ley 83/2000 —art. 2 bis— se ha extendido definitivamente dicha normativa a los trabajadores autónomos y también a los pequeños empresarios que tengan pocos dependientes. A este propósito L. MENGHINI, «Le regole per il lavoro autonomo», en L. Menghini, M.

## 2. LA HUELGA COMO DERECHO FUNDAMENTAL

### 2. a. Concepción integral de los derechos fundamentales y derecho de huelga

Qué la huelga es en el Ordenamiento español un derecho constitucional no ofrece la menor duda. Qué sea un derecho fundamental es harina de otro costal y es lo que aquí pretende precisamente demostrarse. Lógicamente, se rechaza la equiparación sin más entre los derechos constitucionales y los derechos fundamentales, y ello pese a que en el Derecho español la positivación de los derechos fundamentales se produzca en la Constitución<sup>15</sup>.

Se rechaza, igualmente, que la huelga sea un derecho fundamental exclusivamente por su ubicación sistemática en la sección 1ª del capítulo 2º del título I de la Constitución, que como se sabe reza «De los derechos fundamentales y de las libertades públicas».

Llegados a este punto resulta ineludible saber qué son los derechos fundamentales, tarea compleja y polémica donde las haya<sup>16</sup>, bastando aquí con aludir de manera simplista a las tres opciones metodológicas de aproximación al concepto de derechos fundamentales o concepciones de estos derechos: la concepción iusnaturalista, la positivista y la integral.

---

Miscione y A. Vallebona (a cura di), *La nuova disciplina dello sciopero nei servizi pubblici essenziali*, Cedam, Padova, 2000, pp. 59-60, propone una interpretación extensiva del artículo 2 bis de la Ley 146/90 modificada por la Ley 83/2000 que extienda dicha normativa no sólo a los pequeños empresarios con pocos dependientes sino también a cualesquiera empresarios, sin perjuicio de que sus acciones reivindicativas deban ser calificadas como cierre patronal con la posibilidad de recurrir a las sanciones penales y la necesidad de atenerse a las consecuencias laborales —abono de los salarios—.

<sup>15</sup> Para G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Curso de Derechos ...*, op. cit., p. 358, en abstracto no hay por qué equiparar la categoría de los derechos fundamentales con la de los constitucionales, si bien los derechos fundamentales son inseparables de una idea material de Constitución. En cambio, P. CRUZ VILLALÓN, «Formación y evolución de los derechos fundamentales», en *REDC*, 1989, núm. 25, p. 41, entiende que «{...} los derechos fundamentales nacen con la Constitución y se acaban con la Constitución {...} son una categoría dogmática del Derecho Constitucional. Allí donde no hay Constitución no habrá derechos fundamentales».

L. PRIETO SANCHÍS, *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid, 1990, pp. 96 ss., sostiene que pese a que en abstracto no tengan por qué coincidir derechos fundamentales y constitucionales en el Ordenamiento español la nota jurídica que mejor caracteriza a los derechos fundamentales es su carácter constitucional.

<sup>16</sup> Aborda la definición de los derechos fundamentales, entre otros muchos, F. PUY, «El tópico “derechos fundamentales” en el título I de la Constitución», en AA. VV., *Introducción a los derechos fundamentales. X Jornadas de Estudio*, Vol. II, Publ. del Ministerio de Justicia, Madrid, pp. 893-931.

La concepción iusnaturalista moderna o racionalista<sup>17</sup>, que prefiere los términos derechos naturales o derechos humanos a derechos fundamentales<sup>18</sup>, y que constituye la cuna cultural de estos derechos, los entiende como exigencias morales previas y superiores al Derecho positivo, al que se imponen. Se trata de una concepción que se centra en el fundamento de los derechos y que relega a un segundo plano su positivación, considerándola algo contingente. La principal crítica que cabe formular es que propugna unos derechos fundamentales que son un espíritu sin fuerza.

La concepción positivista entiende los derechos fundamentales exclusivamente como una categoría creada por el Derecho positivo<sup>19</sup>. Se centra, por tanto, en los aspectos relativos a su positivación, como la fuente de ésta, la técnica jurídica empleada, las garantías, etc. Dentro de esta concepción habría que distinguir entre quienes se ocupan de las cuestiones técnico-jurídicas y prescinden de las cuestiones relativas al concepto y a la fundamentación de los derechos fundamentales por falta de interés, y quienes entienden que la fundamentación se encuentra en el propio Derecho positivo, en la voluntad de quien ostenta el poder político, sin ninguna conexión con el campo de la ética. La mayoría de los juristas se sitúan en la primera corriente y entre ellos se encuentran, desde luego, los laboristas españoles que otorgan al derecho de huelga la condición de fundamental por su inclusión en la sección 1ª del capítulo 2º del título I de la Constitución, sin mayores explicaciones<sup>20</sup>. Adviértase que esos autores no rechazan una fundamentación moral de los derechos fundamentales; simplemente no se

---

Una definición de derechos fundamentales mucho más elaborada puede consultarse en G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Curso de Derechos ...*, op. cit., p. 469.

<sup>17</sup> Vid. G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Curso de Derechos ...*, op. cit., pp. 40 ss., quien da cuenta de los partidarios de esta postura en España y en otros países. De las propuestas procedentes del reconstruido iusnaturalismo clásico no hace falta ocuparse, por su absoluto alejamiento de la realidad.

<sup>18</sup> La elección del término derechos fundamentales frente a otros como derechos humanos, derechos naturales, derechos morales, libertades públicas, derechos constitucionales, etc., ha sido brillantemente abordada por G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Curso de Derechos ...*, op. cit., pp. 21 ss., quien somete a una profunda crítica todos y cada uno de los términos que se utilizan, rechazándolos por expresar una concepción parcial de la realidad que está detrás de estos derechos. Detrás de cada uno de los citados términos hay una historia, una carga ideológica y una significación jurídica que impide considerarlos sinónimos. En el mismo sentido, aunque con menor detenimiento, A. E. PÉREZ LUÑO, *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1998, pp. 44-51, quien se centra en los términos derechos humanos, libertades públicas y derechos fundamentales, optando por este último.

<sup>19</sup> Vid., G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Curso de Derechos ...*, op. cit., pp. 53 ss. Se inserta claramente en esta línea P. CRUZ VILLALÓN, «Formación y evolución ...», op. cit., p. 41.

<sup>20</sup> Los laboristas se insertan en lo que G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Curso de Derechos ...*, op. cit., pp. 53 ss., denomina reduccionismo positivista impropio o práctico de los derechos fundamentales. Paradigmático en este sentido resulta el título del artículo de J. L. MONEREO PÉREZ, «La huelga como derecho constitucional: la técnica específica de organización jurídico-constitucional de la huelga (I y II)», op. cit.

ocupan de la axiología jurídica, dedicando su atención exclusivamente a la teoría jurídica. La crítica que cabe efectuar a esta concepción es que construye unos derechos fundamentales que son pura fuerza, sin conciencia, sin espíritu.

La concepción integral de los derechos fundamentales, como puede imaginarse, pretende superar las anteriores visiones reduccionistas y construir un concepto de derechos fundamentales que integre las dimensiones moral y jurídica<sup>21</sup>. Dimensión moral que da cuenta de la especial fundamentación de estos derechos y dimensión jurídica que se centra en las técnicas de positivación igualmente singulares. Se trata de una concepción que requiere necesariamente de ambas dimensiones, y también de la dimensión sociológica<sup>22</sup>, y que construye unos derechos fundamentales a los que cabe calificar como espíritu con fuerza.

De estas tres concepciones es la integral la que aquí se sigue y conforme a la cual pretende incluirse al derecho de huelga entre los derechos fundamentales. De hecho, cuando párrafos atrás se opta por ir más allá de la consideración de la huelga como derecho constitucional o como derecho fundamental *ex* sección 1ª se está considerando que tales datos no son suficientes por sí solos para otorgarle la condición de fundamental, pues sólo hablan de la dimensión jurídica del derecho y nada dicen de su fundamento moral. Lo anterior no significa ni muchísimo menos que sean datos intrascendentes; simplemente no ofrecen una explicación integral del carácter fundamental del derecho de huelga.

## **2. b. Los valores que fundamentan el derecho de huelga**

Si se sigue, como es el caso, la concepción integral de los derechos fundamentales resulta necesario ahondar en la fundamentación axiológica del derecho de huelga,

---

En la nota 65 se da cuenta de los laboristas que asumen esta posición.

<sup>21</sup> Esta concepción es defendida en España por G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Curso de Derechos ...*, op. cit., pp. 101 ss., quien además entiende que las tres dimensiones de los derechos fundamentales pueden ordenarse en un modelo racional, aunque partiendo de su ineludible dimensión histórica.

<sup>22</sup> La dimensión sociológica que no había sido tratada en las versiones precedentes de la obra de G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Curso de Derechos ...*, op. cit., pp. 108-109, es ahora tenida en cuenta, junto a las dimensiones moral y jurídica. Lo que añade esta nueva dimensión es la consideración de la eficacia de los derechos, la realidad social de los derechos, junto a la justicia y la validez.

comparándola con la de los derechos fundamentales en general, para saber si el derecho de huelga está o no hecho de la misma pasta que el resto de derechos fundamentales, para conocer si se está ante un espíritu con fuerza o simplemente ante una fuerza sin espíritu.

Dicha tarea presupone acoger una determinada fundamentación de los derechos fundamentales, cosa nada fácil habida cuenta de la diversidad de las que circulan doctrinalmente<sup>23</sup>.

Aquí se sigue la propuesta por PECES-BARBA, para quien los derechos fundamentales suponen la más alta concreción jurídico-positiva de unos valores morales que en última instancia persiguen que el hombre pueda elegir un determinado proyecto moral dentro de la sociedad, que alcance su libertad moral, es decir, que pueda desarrollar libremente su personalidad, como máxima expresión de la dignidad humana. Se trata, por consiguiente, de una moralidad procedimental, o sea, una moralidad instrumental que permite a cada hombre adoptar una moral propia dentro de la sociedad; ahora sí una moral material. Pues bien, esos valores morales que acaban positivizados luego de haber sido asumidos por el Poder Político y que constituyen el fundamento del conjunto de derechos fundamentales son la libertad, la igualdad, la seguridad y la solidaridad. Adviértase que con alguna pequeña matización los valores propuestos se corresponden con los positivizados como valores superiores del Ordenamiento español en el artículo 1.1 CE<sup>24</sup>, así como con los que recoge el artículo 2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea<sup>25</sup>.

---

<sup>23</sup> Cfr., L. PRIETO SANCHÍS, *Estudios sobre derechos ...*, op. cit., pp. 17 ss.; G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Curso de Derechos ...*, op. cit., pp. 207 ss.; y A. E. PÉREZ LUÑO, *Los derechos fundamentales*, op. cit., pp. 107 ss. En estas obras se da cuenta de las más importantes líneas de fundamento existentes.

<sup>24</sup> La matización tiene que ver con la inclusión del valor superior pluralismo político dentro del valor moral libertad y de la integración de los valores morales seguridad y solidaridad dentro del valor superior justicia, que de lo contrario quedaría vacío de contenido.

Sobre los valores superiores del Ordenamiento jurídico español, cfr., S. BASILE, «Los valores superiores, los principios fundamentales y los derechos y libertades públicas», en *La Constitución española de 1978*, dirigida por E. García De Enterría y A. Pedrieri, Civitas, Madrid, 1980, pp. 253 ss.; G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid, 1984; A. E. PÉREZ LUÑO, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 286 ss.; L. PAREJO ALFONSO, «Constitución y valores del Ordenamiento», en *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, Vol. I, Civitas, Madrid, 1991, pp. 29 ss.; y A. LLAMAS GASCÓN, *Los valores jurídicos como ordenamiento material*, Univ. Carlos III-BOE, Madrid, 1993.

<sup>25</sup> Dicho artículo, que por ahora sólo tiene alcance político, alude a la dignidad, a la libertad, a la igualdad, a la solidaridad, a la democracia y al Estado de Derecho.

El valor central es, sin duda, la libertad, pues es el que de una manera inmediata conecta con la autonomía moral, con el libre desarrollo de la personalidad, que es la meta que da sentido a los derechos fundamentales. Ahora bien, se trata de una libertad que va más allá de la concepción liberal de la misma, como libertad protectora —ámbito exento de injerencias— o libertad negativa, y que añade a la anterior dimensión otras dos: la libertad promocional y la libertad participación<sup>26</sup>. El resto de valores mencionados giran en torno al valor libertad. Así, la seguridad aporta la certeza necesaria para que pueda actuar la libertad<sup>27</sup>. La solidaridad actúa como un valor relacional que conecta a los individuos que integran la sociedad, y es que la libertad moral a cuya realización se encaminan los derechos fundamentales no es una libertad del hombre aislado sino del hombre que vive en sociedad, del hombre que conoce los problemas de sus semejantes<sup>28</sup>. Finalmente, la igualdad pretende que estén en condiciones de ejercer la libertad aquellas personas que no tienen cubiertas ciertas necesidades materiales y culturales que son condición indispensable para el ejercicio efectivo de la libertad, de una verdadera libertad. Se trata, en consecuencia, de la igualdad material o igualdad en las condiciones de partida que no ha de confundirse ni con la igualdad formal, propia del siglo XIX, ni con el igualitarismo, que pretende la igualdad total, en las condiciones de partida y en las de llegada, ahogando a la libertad<sup>29</sup>.

Atropelladamente expuestos los valores que fundamentan los derechos fundamentales, cabe preguntarse si la huelga como fenómeno social conecta o no con los anteriores valores, con todos o con algunos; si la huelga se fundamenta en los anteriores

---

<sup>26</sup> Sobre las diferentes dimensiones de la libertad, vid., G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Curso de Derechos ...*, op. cit., pp. 221 ss. Cfr., igualmente, I. BERLIN, *Cuatro ensayos sobre la libertad*, Alianza, Madrid, 1988.

<sup>27</sup> Sobre la seguridad, véase, A. E. PÉREZ LUÑO, *La seguridad jurídica*, Ariel, Barcelona, 1991 y G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Curso de Derechos ...*, op. cit., pp. 245 ss.

<sup>28</sup> Sobre la solidaridad, vid., J. GONZÁLEZ AMUCHÁSTEGUI, «Notas para la elaboración de un concepto de solidaridad como principio político», en *Sistema*, 1991, núm. 101, pp. 123-135 y G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Curso de Derechos ...*, op. cit., pp. 261 ss.

<sup>29</sup> Sobre la igualdad material, véase, entre otros, F. LAPORTA, «El principio de igualdad: introducción a su análisis», en *Sistema*, 1985, núm. 67, pp. 3-31; A. CALSAMIGLIA, «Sobre el principio de igualdad», en J. Muguerza y otros, *El fundamento de los derechos humanos*, Debate, Madrid, 1989, pp. 97-110; L. PRIETO SANCHÍS, «Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial», en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 1995, núm. 22, pp. 9-57; y G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Curso de Derechos ...*, op. cit., pp. 283 ss.

valores, posibilitando, en consecuencia, la autonomía moral de los ciudadanos-trabajadores, el libre desarrollo de su personalidad<sup>30</sup>.

El valor que más directamente justifica la positivación de la huelga como derecho fundamental es la igualdad material. La huelga, en efecto, es uno de los instrumentos más importantes con que cuentan los trabajadores para corregir la desigualdad material de partida en la que se encuentran respecto a otros grupos sociales. Es un medio que permite a los trabajadores satisfacer aquellas necesidades materiales y culturales que condicionan el ejercicio efectivo de la libertad. Históricamente la huelga es una herramienta en pro de la libertad efectiva, que desde luego no tenían los trabajadores explotados por el sistema capitalista. Hoy día, y por lo que a España se refiere, es más difícil sostener que los trabajadores no son libres porque están explotados, pero sí puede sostenerse que su efectiva libertad sigue necesitando instrumentos capaces de compensar su precariedad y su dependencia económica, moderna forma de la desigualdad socioeconómica. La conexión entre la huelga y la igualdad material ha sido constantemente afirmada por la doctrina laboralista<sup>31</sup> e inequívocamente asumida por el Tribunal Constitucional<sup>32</sup>.

La huelga se fundamenta, asimismo, en los demás valores anteriormente mencionados<sup>33</sup>. No ofrece dudas su conexión con el valor central, la libertad, en sus tres dimensiones. Con la libertad protectora o libertad autonomía en tanto que la huelga como comportamiento abstencionista que es reclama una ausencia de injerencias por parte del Estado y de los particulares<sup>34</sup>. Con la libertad promocional desde el momento en que objetivo último de toda

---

<sup>30</sup> Hasta el momento el fundamento axiológico del derecho de huelga ha despertado escasa atención doctrinal. Una reciente excepción es la tesis doctoral de M. O. SÁNCHEZ MARTÍNEZ, *La huelga ante ...*, op. cit., pp. 41 ss. La consulta de esta obra resulta fundamental en este tema, destacando la amplia bibliografía en ella contenida, a la que se remite.

<sup>31</sup> La conexión entre la huelga y la igualdad material es ampliamente tratada en la nota 119 de este mismo apartado, a la que se remite.

<sup>32</sup> Son muy numerosos los pasajes en los que el TC conecta la huelga con la igualdad material. Así, por ejemplo: «{...} la huelga es un “contrapeso”, que tiene por objeto permitir que las personas en estado de dependencia salarial establezcan una nueva relación de fuerzas en un sentido más favorable para ellas. Tiende a restablecer el equilibrio entre partes de fuerza económica desigual» (sentencia 11/81, F. J. 22); o: «{...} instrumento de presión respecto de la empresa, para equilibrar en situaciones límite las fuerzas en oposición, cuya desigualdad real es notoria» (sentencia 123/92, F. J. 2).

<sup>33</sup> A los cuatro valores que se están siguiendo M. O. SÁNCHEZ MARTÍNEZ, *La huelga ante ...*, op. cit., pp. 59 ss., añade un quinto valor, el progreso, que también justifica la huelga.

<sup>34</sup> J. MATÍA PRIM y otros, *Huelga, cierre patronal y conflictos colectivos*, Civitas, Madrid, 1982, p. 26, manifiestan que la huelga es un fenómeno social de libertad, una utilización colectiva de la libertad en la dinámica del conflicto social.

huelga es otorgar a los trabajadores los medios necesarios para ser un ser autónomo, libre. Con la libertad participación porque buena parte de las huelgas pretenden conceder a los trabajadores un mayor protagonismo en el proceso de elaboración de las decisiones de los poderes públicos, que compense el protagonismo que *de facto* tienen otros sujetos —lobbying empresarial, fundamentalmente—<sup>35</sup>.

La conexión con la solidaridad está en la base misma del fenómeno huelguístico<sup>36</sup>. La huelga ajena a la solidaridad se desnaturaliza de tal modo que se convierte materialmente en otra cosa. Solidaridad entre los trabajadores convocados a la huelga, entre los trabajadores en su conjunto y entre los trabajadores y otros colectivos desfavorecidos —desempleados, singularmente—. Finalmente, la huelga conecta también con la seguridad, ya que, de un lado, pretende obtener una serie de medios para los trabajadores que proporcione a éstos seguridad, y, de otro, la institucionalización del fenómeno huelguístico, su canalización jurídica, es la mejor manera de dar seguridad a los distintos sujetos que puedan verse de algún modo implicados —empresarios, usuarios, trabajadores no huelguistas, etc.—.

Tras lo que se acaba de exponer resulta patente que el derecho de huelga se fundamenta en los mismos valores que el resto de derechos fundamentales. La huelga es un verdadero derecho fundamental conforme a la concepción integral; un espíritu con fuerza. La huelga no es un derecho fundamental por el solo hecho de estar reconocida en el artículo 28.2 CE, sino que a lo anterior, de por sí extraordinariamente importante, hay que añadir una sólida raíz axiológica, con la igualdad material y la libertad a la cabeza<sup>37</sup>.

---

<sup>35</sup> F. DURÁN LÓPEZ, *Derecho de huelga ...*, op. cit., p. 130, subraya el papel de la huelga como instrumento de participación política.

<sup>36</sup> P. CALAMANDREI, «Significato costituzionale del ...», op. cit., p. 225, habla de la huelga como acto de voluntaria solidaridad sindical. Vid., también, M. VILLONE, *Sciopero e solidarietà nella Costituzione italiana*, Jovene, Napoli, 1980.

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea incluye el derecho de negociación y de acción colectiva, —implícitamente el derecho de huelga— en el capítulo dedicado a la Solidaridad.

<sup>37</sup> J. L. MONEREO PÉREZ, «La huelga como ...», op. cit. pp. 24-25 y 62, conecta el derecho de huelga con los valores constitucionales libertad e igualdad material.



## **2. c. Una explicación del descrédito actual de la huelga: tensión entre valores de signo contrario**

La inclusión más que justificada de la huelga en la categoría de los derechos fundamentales debiera rodear a este fenómeno social de la aureola que acompaña a los derechos fundamentales, del respeto con que se habla del derecho a la vida, del derecho a la intimidad, del derecho a la libertad de expresión, del derecho de participación política, del derecho a la educación y de otros muchos derechos fundamentales. Sin embargo, no parece arriesgado afirmar que desde hace años no corren buenos tiempos para la huelga, que el descrédito se ha apoderado *grosso modo* de este fenómeno.

Corresponde a la sociología corroborar el descrédito que se denuncia. No obstante, y aun a riesgo de ser superficial y poco riguroso, no parece aventurado decir que flota en el ambiente cada vez que una huelga se produce un malestar impropio del ejercicio de un derecho fundamental. Y no se alude aquí al lógico descontento empresarial sino a uno más preocupante, al descontento, al malestar de buena parte de la clase política, de los medios de comunicación y de la sociedad en general. Descrédito que afecta por igual a huelgas de gran repercusión cuantitativa o cualitativa —huelga general o huelga en el transporte— y a huelgas de escasa resonancia pública.

Cómo es posible que un fenómeno social elevado a la categoría de derecho fundamental no merezca la consideración y el respeto propio de los derechos fundamentales. La única explicación convincente que desde la concepción positivista de los derechos fundamentales puede darse a esta situación es la siguiente: la huelga accedió a la condición de derecho por la puerta de la Constitución como consecuencia de una serie de factores políticos —salida de una larga dictadura; necesidad de dar credibilidad democrática al nuevo régimen político y laboral; contexto internacional; protagonismo de los sindicatos en la lucha por las libertades—, cuyo brillo ya no se deja sentir transcurridos más de veinte años. De este modo, la huelga se mantendría como derecho en la Constitución por inercia, como una rémora del pasado, pero sin ostentar la misma valoración que el resto de derechos constitucionales. Esta explicación parece poco

fundada, pues seguramente un Constituyente actual también reconocería el derecho de huelga<sup>38</sup>.

La explicación del descrédito hay que buscarla en el mismo terreno axiológico al que se acudió para afirmar el carácter fundamental del derecho de huelga. Y hay que acudir a ese terreno porque la aureola, el prestigio de los derechos fundamentales se debe desde luego al reconocimiento constitucional, pero sobre todo a la conexión con los valores de libertad, igualdad material, solidaridad y seguridad.

El discurso sobre los valores que están detrás del derecho de huelga es mucho más complejo de lo que se dijo en el epígrafe anterior. En casi todos los fenómenos sociales, y muy especialmente en la huelga, los valores no se dan en estado puro y excluyente, sino que conviven en continua tensión valores de signo contrario. Es el caso, por lo que a la huelga se refiere, de la libertad y la coacción, la igualdad y la desigualdad, la solidaridad y la insolidaridad, y la seguridad y la inseguridad<sup>39</sup>. Ahora bien, que convivan distintos valores no significa ni mucho menos que todos tengan el mismo peso, de tal manera que la positivación de la huelga y concretamente su consideración como derecho fundamental es la traducción en el plano jurídico del mayor peso en el plano valorativo de las conexiones con la libertad, la igualdad, la solidaridad y la seguridad.

Los valores contrarios o desvalores vinculados a la huelga no han llegado a impedir su consideración como derecho fundamental, si bien están llamados a influir en su tratamiento jurídico; concretamente, en la elaboración de sus límites. Así, por lo que al concreto límite que en esta tesis se estudia, el mantenimiento de los servicios esenciales, son fundamentalmente dos los desvalores que justifican la restricción del derecho de huelga: la coacción que se ejerce sobre los usuarios de los servicios que ven restringida su libertad y la insolidaridad de los huelguistas con los usuarios de los servicios<sup>40</sup>.

---

<sup>38</sup> Téngase en cuenta que la reciente Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea reconoce el derecho de huelga en el artículo 26. Vid., *supra*, nota 5, último párrafo.

<sup>39</sup> A este respecto, véase, M. O. SÁNCHEZ MARTÍNEZ, *La huelga ante ...*, op. cit., pp. 36 ss.

<sup>40</sup> G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Curso de Derechos ...*, op. cit., p. 282, entiende que el valor solidaridad determina un ejercicio del derecho de huelga con límites, que impidan el perjuicio de otros sujetos. También M. O. SÁNCHEZ MARTÍNEZ, *La huelga ante ...*, op. cit., p. 58, considera que la solidaridad justifica la imposición de límites, especialmente si se pretende proteger a los usuarios de los servicios.

Además de la influencia en la articulación de los límites del derecho de huelga los desvalores pueden servir para explicar la imagen negativa que desde hace años rodea a la huelga. En este sentido, cuando el Constituyente de 1978 se planteó el tratamiento jurídico-constitucional de la huelga el discurso de los valores y desvalores que la rodean se saldó claramente a favor de los primeros y, consiguientemente, se le otorgó la condición de derecho fundamental. Pero sucede que la tensión axiológica es continua, por lo que no basta con remitirse al pasado, siendo necesario que también en el presente la huelga sea más un instrumento de libertad, igualdad material, solidaridad y seguridad que de coacción, desigualdad, insolidaridad e inseguridad. En la medida en la que continúen prevaleciendo los valores sobre los desvalores podrá seguir afirmándose que la huelga es un verdadero derecho fundamental y reclamar una imagen positiva de la misma. De lo contrario, la huelga perderá poco a poco la aureola que rodea a los derechos fundamentales y será cada vez más una fuerza sin espíritu, con grave riesgo de que un día ni tan siquiera sea una fuerza jurídicamente hablando.

En este contexto, desde hace ya algunos años los trabajadores y sus representantes vienen efectuando un uso de este instrumento de reivindicación que no siempre se sitúa en el terreno de la lucha por la igualdad material, con especial atención a los trabajadores más necesitados; al contrario, es cada vez más frecuente que la reivindicación pretenda la conservación o el acrecentamiento de unas condiciones materiales que no requieren de desigualdad jurídica alguna. Recuérdese que el derecho de huelga es una desigualdad jurídica que se justifica en una previa desigualdad material con la que se quiere acabar; cuando ésta no existe aquélla carece de justificación — *v. gr.* las huelgas de pilotos de aeronaves—. Buena parte de las huelgas de los últimos años están más cercanas al terreno de la conservación o acrecentamiento de óptimas condiciones de trabajo que al de la lucha por la igualdad material. Y es este último terreno valorativo el que justifica el carácter fundamental y no el primero.

En cuanto a la solidaridad/insolidaridad, cada vez es más frecuente que las huelgas tengan un fuerte componente de insolidaridad, de unos trabajadores bien situados frente al resto de trabajadores, a los desempleados y a los usuarios de los servicios afectados.

---

La Corte Constitucional italiana, especialmente a través de la sentencia 222/1976, recurre a la solidaridad del artículo 2 de la Constitución de 1947 para justificar la limitación del derecho de huelga

Lógicamente, no todos los trabajadores y sus representantes son igualmente responsables de la anterior situación. Desde luego algunos son más responsables que otros, pero lo cierto es que por acción o por omisión los propios trabajadores han hecho un mal uso del derecho fundamental de huelga, sin ser conscientes de que el fundamento de los derechos fundamentales, su moralidad, no es absoluta e intemporal, sino que se ha de reafirmar día a día<sup>41</sup>.

A los trabajadores es imputable un ejercicio del derecho fundamental de huelga que ha situado a este fenómeno social tan cerca de los desvalores como de los valores, lo que desde luego no sucedía con las huelgas anteriores a la Constitución. Pero el descrédito actual de la huelga, que como se acaba de ver hunde sus raíces en la mutación axiológica operada por el comportamiento de los trabajadores, no tendría la entidad que tiene si no fuese por la actuación amplificadora de otros sujetos. Así, los poderes públicos no han abordado correctamente la regulación de los límites del derecho de huelga, que es el cauce idóneo para hacer frente a los desvalores que la huelga inevitablemente implica. En este sentido, por lo que al mantenimiento de los servicios esenciales se refiere, la ausencia de desarrollo legal y la práctica administrativa de imposición de servicios mínimos han provocado un profundo y generalizado malestar que perjudica especialmente la imagen de los huelguistas<sup>42</sup>. Por otra parte, los poderes públicos han mantenido sistemática e indiferenciadamente una postura beligerante con las huelgas, transmitiendo a la opinión pública una mala imagen del fenómeno huelguístico, como si no se tratara del ejercicio de un derecho fundamental.

También hay que mencionar entre los sujetos responsables del descrédito de la huelga, al menos de los más importantes, a los medios de comunicación. No hace falta explicar aquí el poder que los medios de comunicación han asumido en relación con la

---

destinada a la protección de otros bienes de valor constitucional. Sobre el particular, vid., M. VILLONE, *Sciopero e solidarietà ...*, op. cit., pp. 83 ss.

<sup>41</sup> U. ROMAGNOLI, «La legge sullo sciopero tra autorità e consenso», en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1992, núm. 4, p. 1087, pone el dedo en la llaga cuando dice que el ejercicio que de la huelga están haciendo ciertos trabajadores privilegiados provoca que políticamente pueda ponerse en discusión el entero edificio jurídico de la huelga.

<sup>42</sup> Véase, J. B. VIVERO SERRANO, «Huelga y servicios esenciales: ¿Son los trabajadores los únicos responsables de los perjuicios ocasionados?», en *Carta Laboral*, 1999, núm. 9, pp. 1-8.

formación de la opinión pública. Pues bien, no es de extrañar que ésta valore tan negativamente las huelgas si se considera que los medios de comunicación “satanizan” sistemáticamente cualquier huelga que se produzca. Por cierto, cada vez es más evidente la comunidad de intereses existente entre los *mass media* y los grandes grupos económicos, por lo que su objetividad informativa en esta materia, y en otras muchas, es poco creíble. No ha de olvidarse, a este propósito, que los derechos fundamentales en general y el derecho de huelga en particular requieren para ser comprendidos y para su fortalecimiento de ciudadanos objetivamente informados y parece que ésa no es la línea que guste a los medios de comunicación; ni tan siquiera a los medios públicos.

Paradójicamente, en buena parte de las huelgas actuales, las denominadas huelgas de demostración, la eficacia depende más de la publicidad que se haga en los medios de comunicación de la existencia misma de la huelga y de los motivos que la provocan que de la efectiva paralización del proceso productivo o prestacional<sup>43</sup>. De este modo, la información que en estos momentos predomina en los variados medios de comunicación no sólo desacredita al movimiento huelguístico en general sino que además merma el éxito de las cada vez más importantes huelgas de demostración.

La explicación que se ha ensayado ahonda en la complejidad del mundo axiológico que rodea a la huelga como fenómeno social, caracterizado por una tensión de valores de signo contrario. La condición fundamental del derecho de huelga en la Constitución de 1978 refleja el mayor peso que histórica y racionalmente cabe otorgar a valores como la libertad, la igualdad material, la solidaridad y la seguridad. Ahora bien, los comportamientos que en los últimos años han mantenido los trabajadores y sus representantes, y la interesada amplificación de dichos comportamientos, han provocado que emerjan con fuerza en la actualidad asociados a las huelgas desvalores como la coacción, la desigualdad, la insolidaridad y la inseguridad.

No siendo la huelga un derecho fundamental por casualidad, un cuerpo extraño en la anterior categoría, está en manos de los sujetos que últimamente la han desacreditado acabar con el descrédito, desterrar los desvalores al campo que les es propio —límites

---

<sup>43</sup> En este sentido, A. BAYLOS GRAU, «Formas nuevas y reglas viejas en el conflicto social», en *Revista de Derecho Social*, 1998, núm. 2, pp. 76-79.

del derecho— y situarla en el lugar que le corresponde, como instrumento cuya utilización, cuando sea realmente necesaria, contribuye a fortalecer el Estado social y democrático de Derecho que España es. En fin, es responsabilidad de todos, especialmente de los sujetos mencionados, procurar que la huelga continúe siendo un derecho fundamental, un Dios entre los Dioses de los derechos, cuyo olimpo es la Constitución<sup>44</sup>.

### **3. LA ARTICULACIÓN JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DEL DERECHO FUNDAMENTAL DE HUELGA**

Se ha dicho hasta la saciedad que la huelga es un derecho fundamental, habiendo para ello efectuado especial hincapié en su fundamento axiológico. Queda por tratar ahora la dimensión positiva, la articulación o configuración jurídico-constitucional del derecho fundamental de huelga. Al hilo de ésta se observará, al igual que se ha observado en la dimensión moral, que la huelga es un personaje incómodo para cualquier teoría jurídica de los derechos fundamentales, que rompe esquemas jurídicos muy consolidados<sup>45</sup>.

#### **3. a. La huelga como derecho subjetivo**

La huelga asume en la Constitución la condición de derecho subjetivo, lo que excluye inmediatamente la controvertida figura de los derechos potestativos<sup>46</sup>. Qué la huelga sea un derecho subjetivo significa que los trabajadores que participan en un movimiento huelguístico, que no se olvide es un fenómeno social, se encuentran en una situación jurídica activa caracterizada por la existencia de un complejo haz de facultades, individuales y colectivas, en su poder; con la correlativa situación jurídica pasiva de sujeción y respeto de otros sujetos.

---

<sup>44</sup> El olimpo originario de los derechos fundamentales es el Derecho Natural. Vid., en este sentido, L. PRIETO SANCHÍS, «Los derechos sociales ...», op. cit., p. 9.

<sup>45</sup> J. I. MARTÍNEZ GARCÍA, en el prólogo a la obra de M. O. Sánchez Martínez, *La huelga ante ...*, op. cit., pp. 13-16, señala cómo la huelga es un personaje incómodo para cualquier teoría de los derechos fundamentales, una figura escandalosa, que rompe esquemas, intratable y por eso rehuida, aunque la visión de este autor no sea precisamente contraria a la huelga.

<sup>46</sup> La consideración de la huelga como derecho potestativo se debe a F. SANTORO PASSARELLI, «Autonomia collettiva, giurisdizione, diritto di sciopero», en AA.VV., *Saggi di diritto civile I*, Napoli, 1960, pp. 196 ss. Hoy día esta consideración es unánimemente rechazada, apostándose en cualquier

Esa situación jurídica activa, de supremacía, que ostentan los trabajadores titulares del derecho subjetivo de huelga distingue el sistema de huelga-derecho del sistema de huelga-libertad<sup>47</sup>. Para evitar equívocos, y puesto que uno de los términos que suele emplearse como sinónimo de derechos fundamentales es libertades, la doctrina ha insistido en el hecho de que la configuración del derecho fundamental de huelga como derecho subjetivo conduce necesariamente al sistema de huelga-derecho y no al de huelga-libertad<sup>48</sup>.

La misma doctrina que ha configurado el derecho fundamental de huelga como derecho subjetivo se ha encargado de añadir que se trata de un derecho público subjetivo<sup>49</sup>. El propósito de la adición es dar cobertura a aquellas huelgas que se dirigen no contra el empresario sino contra los poderes públicos —v. gr. huelgas sociopolíticas o socioeconómicas—. Se piensa que con la categoría de los derechos subjetivos a secas, anclada en sus orígenes en el Derecho privado, sólo puede justificarse un círculo reducido de sujetos pasivos, que no excede de la contraparte empresarial, mientras con la categoría de los derechos públicos subjetivos la sujeción de los poderes públicos queda también asegurada. El propósito es ciertamente loable, pero la resurrección a estas alturas de la categoría creada por Jellinek en un determinado contexto, el Estado liberal, y con un determinado alcance, los clásicos derechos civiles y políticos, resulta inadecuada para un contexto político radicalmente distinto, el Estado social, y para unos

---

sistema de huelga-derecho por su configuración como derecho subjetivo. Sobre esta última configuración, véase, J. L. MONEREO PÉREZ, «La huelga como ...», op. cit., pp. 27-28.

<sup>47</sup> El TC en su sentencia 11/81 se encarga de dejar claramente sentado que la huelga se configura constitucionalmente como un derecho subjetivo y que eso se traduce en la instauración de un sistema de huelga-derecho. Así, literalmente entiende: «El art. 28.2 de la Constitución {...} introduce en el ordenamiento jurídico español una importante novedad: la proclamación de la huelga como derecho subjetivo {...} el sistema que nace del art. 28 de la Constitución es un sistema de “derecho de huelga”. Esto quiere decir que determinadas medidas de presión de los trabajadores frente a los empresarios son un derecho de aquéllos» (F. J. 9).

<sup>48</sup> Vid., por todos, J. L. MONEREO PÉREZ, «La huelga como ...», op. cit., pp. 27-28, quien insiste en la consideración de la huelga como derecho subjetivo con el propósito de recalcar la vigencia actual del sistema de huelga-derecho frente al de huelga-libertad.

<sup>49</sup> Así, entre otros, A. MARTÍN VALVERDE, «Huelga laboral y ...», op. cit., pp. 82 ss.; J. GARCÍA BLASCO, *El derecho de huelga en España: calificación jurídica y efectos*, Bosch, Barcelona, 1983, p. 9; F. PÉREZ DE LOS COBOS, «El régimen jurídico de los piquetes de huelga» en *REDT*, 1985, núm. 22, pp 216 ss.; y J. L. MONEREO PÉREZ, «La huelga como ... », op. cit., p. 29.

En Italia, por todos, véase, G. GIUGNI, *Diritto sindacale*, Cacucci, Bari, 1996, p. 227.

nuevos derechos, los derechos sociales, entre los que se haya el derecho de huelga<sup>50</sup>. Por otra parte, y dado que los derechos públicos subjetivos tienen originalmente una eficacia vertical, frente al Estado, la doctrina<sup>51</sup> se ha visto obligada a recalcar la eficacia *erga omnes* del derecho público subjetivo de huelga, para de este modo afectar también a los empresarios, con lo que se acaba desnaturalizando la anterior categoría.

La categoría de los derechos fundamentales tal y como es entendida en el marco del Estado social hace innecesario el recurso a los derechos públicos subjetivos<sup>52</sup>. En este sentido, basta con afirmar que la huelga es un derecho fundamental que se configura jurídicamente como un derecho subjetivo de eficacia *erga omnes*, que atribuye a los trabajadores una posición jurídica activa de ventaja, de supremacía, frente a cualesquiera poderes públicos y privados; más allá, por tanto, de los angostos límites de las relaciones profesionales —laborales, funcionariales y administrativas—.

A la consolidada configuración jurídica del derecho fundamental de huelga como derecho subjetivo, con la que se está plenamente de acuerdo, cabe hacer sin embargo la siguiente matización: la categoría de los derechos subjetivos no es pacífica, habiendo sido objeto de profundas críticas y revisiones. Una de las más difundidas, la de Hohfeld<sup>53</sup>, considera que entre lo que habitualmente se denomina derecho subjetivo y correlativa obligación jurídica no existe una relación unívoca y siempre idéntica, sino una gama de posibilidades bastante compleja. Concretamente distingue cuatro posiciones jurídico-activas —derecho subjetivo, libertad, potestad e inmunidad— y otras tantas pasivas —deber, no derecho, sujeción e incompetencia—. Si se aplica este esquema al derecho fundamental de huelga resulta, como por otra parte sucede con el resto de

---

<sup>50</sup> Para A. E. PÉREZ LUÑO, *Los derechos fundamentales*, op. cit., pp. 23-24 y 186, las transformaciones que en la dimensión subjetiva de los derechos humanos se han producido —eficacia horizontal de los clásicos derechos y aparición de los derechos sociales— casan mal con la categoría de los derechos públicos subjetivos, siendo más correcta la utilización de la categoría omnicomprendiva de los derechos fundamentales. En el mismo sentido, J. L. CASCAJO CASTRO, *La tutela constitucional* ..., op. cit., pp. 57 ss.

<sup>51</sup> Los mismos autores mencionados dos notas atrás.

<sup>52</sup> Vid., A. E. PÉREZ LUÑO, *Los derechos fundamentales*, op. cit., pp. 22-25.

<sup>53</sup> W. N. HOHFELD, «Son fundamental legal conceptions as applied to judicial reasoning», en *Yeal Law Journal*, 1913, núm. 16. Hay traducción al castellano de G. R. Carrió, *Conceptos jurídicos fundamentales*, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1968, que es la que aquí se ha seguido.

La propuesta de Hohfeld ha sido explicada de forma sintética, entre otros, por G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Curso de Derechos* ..., op. cit., pp. 462-468.



derechos fundamentales<sup>54</sup>, que en el complejo contenido del derecho pueden apreciarse los cuatros tipos de posiciones jurídico-activas y las correspondientes jurídico-pasivas<sup>55</sup>.

Con esta matización no hay inconveniente alguno en configurar al derecho fundamental de huelga como un derecho subjetivo, que otorga una compleja posición jurídico-activa, de supremacía, a los trabajadores frente a la también compleja posición jurídico-pasiva de empresarios y poderes públicos<sup>56</sup>.

La articulación constitucional de la huelga como derecho subjetivo en lugar de como garantía institucional o como principio de organización, que son las que predominan en la Constitución española para los derechos sociales, asegura a sus titulares, los trabajadores y sus representantes, una posición jurídico-activa fuerte, que no necesita para su ejercicio inmediato de la intervención de poder constituido alguno<sup>57</sup>.

### **3. b. La huelga como derecho subjetivo de carácter fundamental**

Para el TC: «La huelga {...} es un derecho subjetivo del trabajador que simultáneamente se configura como un derecho fundamental constitucionalmente protegido»<sup>58</sup>. Así las cosas, hay que saber qué aporta desde un punto de vista estrictamente jurídico la cualidad de fundamental al derecho subjetivo de huelga. En suma, qué diferencia al derecho subjetivo y fundamental de huelga del artículo 28.2 CE

---

<sup>54</sup> Véase la aplicación que M. ATIENZA, «Una clasificación de los derechos humanos», en *Anuario de Derechos Humanos*, 1986-87, núm. 4, pp. 29-43, efectúa de la propuesta de Hohfeld a los derechos reconocidos por la Constitución española de 1978.

<sup>55</sup> En este sentido, M. O. SÁNCHEZ MARTÍNEZ, *La huelga ante ...*, op. cit., p. 189, para quien literalmente: «El huelguista tiene un *derecho subjetivo* a exigir a otro que se abstenga de realizar conductas que impidan el ejercicio de su derecho, siendo su *deber* respetar tal acción; el trabajador tiene *libertad* para sumarse o no a una huelga, mientras otros huelguistas *no* tienen *derecho* a exigirle que intervenga en ella; con su abstención al trabajo, los huelguistas tienen la *potestad* de modificar su contrato de trabajo colocándolo en fase de suspensión a la que el empresario se encuentra *sujeto*; los ciudadanos son *inmunes* a la acción del legislador en el contenido esencial del derecho de huelga para lo cual es *incompetente*».

<sup>56</sup> Igualmente, M. O. SÁNCHEZ MARTÍNEZ, *La huelga ante ...*, op. cit., pp. 190-191.

<sup>57</sup> Téngase en cuenta que la huelga podía haberse ubicado en el capítulo III, junto a la mayoría de los derechos sociales, y que, igualmente, podía haberse reconocido exclusivamente su dimensión objetiva, quizá bajo la forma de garantía institucional. Si ésa hubiese sido la configuración jurídico-constitucional de la huelga la posición jurídico-activa de los trabajadores sería más débil que la que les proporciona la articulación como derecho subjetivo inmediatamente aplicable. Se ocupa tangencialmente de esta posibilidad M. O. SÁNCHEZ MARTÍNEZ, *La huelga ante ...*, op. cit., pp. 191-194.

de un ordinario derecho subjetivo de huelga, como el que supuestamente reconocía el DLRT en su versión original<sup>59</sup>.

Al margen de la raíz axiológica que justifica la positivación de los derechos fundamentales, que ya ha sido tratada, desde un punto de vista estrictamente jurídico-positivo la *fundamentalidad* del derecho subjetivo de huelga se traduce, como la de cualquier otro derecho fundamental, en su resistencia ante la voluntad de cualquiera de los poderes públicos constituidos: legislativo, ejecutivo y judicial. La nota jurídica que mejor define a los derechos fundamentales en el Ordenamiento español es su consagración constitucional y en el moderno constitucionalismo toda decisión del poder constituyente se impone a los poderes constituidos, se muestra resistente<sup>60</sup>. En cambio, si desde un punto de vista dialéctico se prescinde del carácter fundamental del derecho de huelga, la regulación contenida en el DLRT no ofrece resistencia alguna, en el sentido de que siendo la obra de un poder constituido ese mismo poder puede disponer lo que estime oportuno, ampliando o restringiendo el alcance del derecho sin más trabas que las que pudieran derivar de la oposición política y sindical.

Todos los derechos reconocidos en la Constitución son resistentes a la voluntad de los poderes constituidos. Ahora bien, el grado de resistencia no es el mismo para todos los derechos; los hay más y menos resistentes. El grado de resistencia o, dicho de otro modo, de fundamentalidad depende, de un lado, del grado de concreción de las normas que consagran los derechos, y, de otro, de las técnicas de protección o garantías de cada concreto derecho<sup>61</sup>.

---

<sup>58</sup> Sentencia 123/92, F. J. 4. Ya en la STC 11/81 se estableció: «Además de ser un derecho subjetivo la huelga se consagra como un derecho constitucional» (F. J. 9).

<sup>59</sup> En el apartado anterior se dijo que el derecho de huelga reconocido en el DLRT era sólo retórico y que en realidad se instaura un sistema de huelga-libertad. En todo caso, a los efectos que ahora se tratan puede dialécticamente entenderse que el DLRT reconocía la huelga como derecho subjetivo.

<sup>60</sup> Todos los autores que de uno u otro modo se han ocupado de esta cuestión entienden que la fundamentalidad se traduce en la resistencia a la voluntad de los poderes constituidos. Es el caso, entre otros muchos, de L. PRIETO SANCHÍS, *Estudios sobre derechos ...*, op. cit., p. 97 y G. ROBLES, *Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual*, Civitas, Madrid, 1992, p. 22. Entre los laboristas, J. L. MONEREO PÉREZ, «La huelga como ...», op. cit., pp. 32 ss., dedica especial atención a la resistencia que proporciona al derecho subjetivo de huelga la garantía constitucional del contenido esencial. Cfr., también, M. O. SÁNCHEZ MARTÍNEZ, *La huelga ante ...*, op. cit., pp. 194-196.

<sup>61</sup> En este sentido, L. PRIETO SANCHÍS, *Estudios sobre derechos ...*, op. cit., pp. 103-109.

Cuanto menor sea el grado de concreción de la norma constitucional que consagra un derecho subjetivo menor será su resistencia, esto es, mayor el margen de maniobra de los poderes constituidos. La norma constitucional que consagra el derecho subjetivo de huelga, pese a su laconismo y al empleo de algunos conceptos jurídicos indeterminados, tiene el suficiente grado de concreción como para repeler las hipotéticas intervenciones ilegítimas de los poderes constituidos. No hay un cheque en blanco en esta materia. La corrección de las hipotéticas medidas ilegítimas compete al supremo interprete de las normas constitucionales, el TC, que sin dejar de ser un poder constituido es también una prolongación del constituyente. Además, el hecho de que la huelga haya sido reconocida como derecho en un precepto autónomo, sin ligarla a la libertad sindical, a la negociación colectiva o a las demás medidas de conflicto colectivo, pudiera servir para defender, en el marco de una interpretación sistemática, el mayor alcance posible de su contenido<sup>62</sup>.

Mayor importancia tiene la resistencia que deriva de las garantías o técnicas de protección que rodean al derecho subjetivo de huelga. Como se sabe el Constituyente español de 1978 diseñó un sistema heterogéneo de garantías<sup>63</sup>, en el que el nivel de éstas depende de la ubicación sistemática de los derechos: los derechos de la sección 1ª del capítulo 2º del título I son los que más garantías tienen, después van los derechos de la sección 2ª, etc. Pues bien, el derecho de huelga al estar situado en la sección 1ª —art. 28.2— goza del mayor número posible de garantías<sup>64</sup>, por lo que puede decirse que es de los derechos más resistentes o, si se prefiere, más fundamentales. Se trata de un derecho social, como después se vera, que participa de la misma escala de resistencia o fundamentalidad que los clásicos derechos civiles y políticos, lo que también sucede, por ejemplo, con el derecho a la educación —art. 27 CE—.

---

<sup>62</sup> Así lo entiende M. O. SÁNCHEZ MARTÍNEZ, *La huelga ante ...*, op. cit., pp. 198-201.

Aunque esté autónomamente consagrado el derecho de huelga cumple también una importante función de soporte para el ejercicio de otros derechos fundamentales, como la libertad sindical, la negociación colectiva, la libertad de expresión, la libertad de manifestación, etc. En este sentido, J. L. MONEREO PÉREZ, «La huelga como ...», op. cit., p. 25.

<sup>63</sup> Un estudio completo de las garantías de los derechos fundamentales se encuentra en G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Curso de Derechos ...*, op. cit., pp. 501 ss.

<sup>64</sup> De las garantías del derecho de huelga se han ocupado, entre otros muchos, T. FREIXES SANJUÁN, «La huelga y sus garantías constitucionales( Algunas reflexiones sobre el contenido del artículo 28.2 y su inserción en el sistema de garantías de la Constitución española de 1978)», en *Revista de Derecho Político*, 1986, núm. 22, pp. 223-238 y M. C. PALOMEQUE LÓPEZ, *Los derechos laborales en la Constitución española*, CEC, Madrid, 1991, pp. 77 ss.

La tesis que aquí se defiende es que la huelga es un derecho fundamental porque hunde sus raíces en los valores que permiten afirmar la dignidad humana, a saber, libertad, igualdad material, solidaridad y seguridad, y, sobre todo, porque ha sido positivizada como derecho subjetivo en la Constitución. Lo que no se comparte es que la huelga sea un derecho fundamental por el sólo hecho de estar reconocida en la sección 1ª, que es lo que ha mantenido buena parte de la doctrina laboralista<sup>65</sup>, pues sería igualmente fundamental de estar en la sección 2ª<sup>66</sup> o, con mayores dudas, en el capítulo

---

<sup>65</sup> Prácticamente todos los laboristas que se ocuparon inicialmente del tema otorgaron al derecho de huelga carácter fundamental precisamente por encontrarse en la sección 1ª, lo cual es comprensible si se tiene en cuenta la confusa elaboración doctrinal y jurisprudencial que entonces existía sobre la fundamentalidad de los derechos y, sobre todo, las ganas de dotarlo de la mayor protección y del mayor valor jurídico posibles. En este sentido, cfr., entre otros, F. SUÁREZ GONZÁLEZ, «El Derecho del Trabajo en la Constitución», en *Lecturas sobre la Constitución española*, coordinada por T. T. Fernández Rodríguez, Vol. II, Uned, Madrid, 1978, pp. 204-205; A. MARTÍN VALVERDE, «El derecho de ...», op. cit., pp. 234-235, aunque el propio autor advierte de la necesidad de esperar a una reconstrucción doctrinal coherente con la Constitución de las posiciones jurídicas subjetivas que pueden darse dentro del ordenamiento; en todo caso, entiende que los derechos fundamentales tienen una cualidad de prioridad relativa frente a otros derechos que no tengan tal condición; J. M. RAMÍREZ MARTÍNEZ, «Huelga y cierre patronal en la Constitución española», en AA.VV., *Estudios de Derecho del Trabajo en memoria del Prof. G. Bayón Chacón*, Tecnos, Madrid, 1980, pp. 464-466; A. BAYLOS GRAU, *El derecho de ...*, op. cit., pp. 2-95; e I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, *La huelga con ocupación de lugar de trabajo*, Akal, Madrid, 1981, pp. 134-135. Por otra parte, los laboristas seguramente tuvieron en cuenta que algunos de los más prestigiosos administrativistas y constitucionalistas reservaban la categoría de los derechos fundamentales a los de la sección 1ª. Es el caso de E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1985, p. 116 y L. MARTÍN-RETORTILLO, «Régimen constitucional de los derechos fundamentales», en L. Martín-Retortillo e I. De Otto y Pardo, *Derechos fundamentales y Constitución*, Civitas, Madrid, 1988, pp. 81-82.

También hoy día sigue manteniéndose la misma postura. Así, por ejemplo, A. BAYLOS GRAU, *Derecho de huelga y ...*, op. cit., pp. 101 ss.; J. COSCUBIELA I CONESA y M. A. FALGUERA I BARÓ, «El ejercicio del derecho de huelga y los servicios esenciales a la comunidad. Una propuesta de autorregulación», en *Constitución y Derecho del Trabajo 1981-1991 (Análisis de 10 años de jurisprudencia constitucional)*, coordinado por M. R. Alarcón Caracuel, Marcial Pons, Madrid, 1992, p. 362; M. C. PALOMEQUE LÓPEZ y M. ÁLVAREZ DE LA ROSA, *Derecho del Trabajo*, op. cit., pp. 550-551; S. TORRENTE GARI, *El ejercicio del ...*, op. cit., p. 192; y J. GÁRATE CASTRO, «Derecho de huelga y servicios esenciales», en *REDT*, 1996, núm. 75, p. 14.

También la jurisprudencia constitucional ha otorgado al derecho de huelga carácter fundamental en función de su inclusión en la sección 1ª. Así, cuando el TC se ocupa de la distinción entre la huelga como medida conflictiva autónoma y el resto de medidas conflictivas obreras y patronales del artículo 37.2 queda patente que la fundamentalidad se predica exclusivamente de los derechos de la sección 1ª. Literalmente entiende: «{...} el constituyente considero la huelga como uno de los derechos fundamentales, mientras que el derecho de adopción de medidas de conflicto colectivo es un derecho sin aquella categoría {...} el “lock-out” no puede considerarse como lícito, porque un simple derecho cívico impide un derecho fundamental» (STC 11/81, F. J. 22). Sin embargo, no hay que conceder excesiva importancia a la anterior doctrina, pues el mismo TC ha reconocido en numerosas ocasiones que los derechos de la sección 2ª también son fundamentales. De hecho, en el F. J. 9 de la STC 11/81 se utiliza como sinónimos derechos fundamentales y derechos constitucionales. En la misma línea, la STC 123/92, FF. JJ. 4 y 5.

<sup>66</sup> El más firme defensor de esta tesis es P. CRUZ VILLALÓN, «Formación y evolución ...», op. cit., pp. 36 ss., para quien los derechos fundamentales son los contenidos en el capítulo segundo del título primero, y ello tanto en relación a su contenido como, sobre todo, a su fuerza o virtualidad —tutela jurídica y respeto del contenido esencial—. Igualmente, J. R. COSSIO DÍAZ, *Estado social y ...*, op. cit.,

III<sup>67</sup>. Cuestión distinta es que su reconocimiento en la sección 1ª le confiera la mayor resistencia o fundamentalidad posible.

Antes de dejar el análisis estructural del derecho fundamental de huelga y pasar a su análisis funcional hay que significar que por el modo de ejercicio se está ante un derecho subjetivo de autonomía<sup>68</sup>, que reclama una ausencia de injerencias de otros sujetos públicos y privados, o sea, que da lugar a una obligación principal de sentido negativo y posibilita a los titulares del derecho un goce inmediato del bien que se protege. En este orden de ideas la huelga es un derecho de libertad<sup>69</sup>.

---

pp. 68 ss. y L. AGUIAR DE LUQUE, «Los límites de los derechos fundamentales», en *Revistas del Centro de Estudios Constitucionales*, 1993, núm. 14, p. 10. Entre los laboristas, que como se ha dicho antes sostienen mayoritariamente la fundamentalidad de los derechos de la sección 1ª, sostiene la tesis de Cruz Villalón, M. E. CASAS BAAMONDE, «Derecho de huelga ...», op. cit., pp. 69-70.

Para Cruz Villalón la jurisprudencia del TC confirma su tesis, si bien aclara que el TC utiliza además un concepto restringido de derechos fundamentales a los solos efectos de la reserva de ley orgánica. Sin embargo, la STC 160/87, relativa a la objeción de conciencia, contrapone la categoría de los derechos fundamentales, que comprendería exclusivamente los de la sección 1ª, con la de los derechos constitucionales no fundamentales. Un excelente comentario de esta importante sentencia se encuentra en M. GASCÓN y L. PRIETO, «Los derechos fundamentales, la objeción de conciencia y el Tribunal Constitucional», en *Anuario de Derecho Humanos*, 1988-89, núm. 5, pp. 97 ss. La STC 11/81, F. J. 22, parece anticipar la doctrina de la STC 160/87.

Quizá la conclusión a la que se haya de llegar es que hasta el momento el TC no ha aclarado esta cuestión con la suficiente rotundidad como para basar la fundamentalidad de los derechos en su doctrina.

<sup>67</sup> Para algunos autores los derechos contenidos en el capítulo III también son derechos fundamentales, sin perjuicio de que su grado de resistencia sea el más bajo. Así, L. PRIETO SANCHÍS, *Estudios sobre derechos ...*, op. cit., pp. 95 ss. y 189-192, si bien este autor reconoce que en dicho capítulo apenas hay derechos subjetivos y es que en los derechos sociales predomina la faceta objetiva sobre la subjetiva; nacen fundamentalmente con el propósito de imponer ciertos comportamientos a las instituciones públicas mediante normas objetivas, si bien pueda apreciarse alguna mínima dimensión subjetiva; M. O. SÁNCHEZ MARTÍNEZ, *La huelga ante ...*, op. cit., p. 196; y A. E. PÉREZ LUÑO, *Los derechos fundamentales*, op. cit., pp. 55 ss., quien además insiste en la existencia de derechos fundamentales fuera del título I.

En cambio, E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como ...*, op. cit., p. 69, considera que los principios rectores del capítulo III no se configuran como verdaderos derechos fundamentales sino como principios que determinan la misión del Estado. Para G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Curso de Derechos ...*, op. cit., p. 369, los principios rectores no son derechos fundamentales, pues no suponen ventajas ni beneficios directos para sujetos individuales; actúan, en definitiva, como principios de organización. En parecido sentido, A. L. MARTÍNEZ-PUJALTE, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, CEC, Madrid, 1997, p. 108, para quien los principios del capítulo III tendrían un carácter únicamente institucional y no subjetivo.

<sup>68</sup> En este sentido, L. PRIETO SANCHÍS, *Estudios sobre derechos ...*, op. cit., p. 133.

<sup>69</sup> Así lo entienden J. L. MONEREO PÉREZ, «La huelga como ...», op. cit., p. 98 y J. VIDA SORIA y A. GALLEGU MORALES, «Derechos sindicales y ...», op. cit., p. 323, sin perjuicio de que también lo consideren un derecho social. Para A. SANTANA GÓMEZ, *El régimen jurídico de los trabajadores no-huelguistas*, Civitas, Madrid, 1993, pp. 89-93, la huelga es exclusivamente un derecho de libertad, luego de equiparar derechos sociales con derechos prestacionales. También F. J. CONTRERAS PELÁEZ, *Derechos sociales: teoría e ideología*, Tecnos, Madrid, 1994, p. 22, considera la huelga, al igual que la libertad sindical, exclusivamente un derecho autonomía o derecho de libertad, al conceder mayor importancia al elemento estructural-jurídico que al histórico-sociológico.

## 4. LA HUELGA COMO DERECHO SOCIAL: FUNCIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL DE HUELGA

### 4. a. La huelga como derecho social: instrumento al servicio de la igualdad material

Si el análisis estructural del derecho fundamental de huelga se completa con el análisis funcional, y no se olvide que el fin es el alma del Derecho<sup>70</sup>, resulta que el derecho subjetivo y fundamental de huelga sin dejar de ser un derecho de libertad es sobre todo un derecho de participación y, todavía más, un derecho social. Sigue siendo un derecho de libertad porque una de las finalidades que cumple el derecho es otorgar a los huelguistas un ámbito exento de injerencias, un ámbito de libertad en definitiva<sup>71</sup>.

Es, igualmente, un derecho de participación, esto es, un instrumento que posibilita una mayor participación de los trabajadores en la adopción de las decisiones políticas que afectan a sus intereses. Mayor dosis de participación que se añade a la que todo ciudadano tiene a través de los canales ordinarios de la representación política, y que para nada supone una quiebra de la democracia; todo lo contrario, la instauración de una democracia participativa y de una ciudadanía activa<sup>72</sup>. Mecanismos como la huelga de protesta combinados con la concertación social<sup>73</sup>, en una simbiosis de lo conflictivo y de

---

<sup>70</sup> Así lo entiende R. von IHERING, *El fin en el Derecho*, trad. D. Abad de Santillán, México, 1961, *passim*.

<sup>71</sup> L. PRIETO SANCHÍS, *Estudios sobre derechos ...*, op. cit., p. 129, incluye al derecho de huelga dentro de los derechos de libertad, concretamente de las libertades, en el marco de la clasificación basada en la finalidad de los derechos. Esta clasificación es sólo parcialmente acertada, pues prescinde de la finalidad central del derecho de huelga, que lo sitúa más cerca de la igualdad material y de los derechos sociales que de las libertades.

<sup>72</sup> En este sentido, U. MELLOTTI, «Significato sociologico dell'evoluzione dello sciopero nella società moderna», en *Giustizia e Società*, 1965, núm. 3, pp. 245-246, quien manifiesta, especialmente desde un punto de vista sociológico, el carácter participativo de la huelga moderna, en el contexto de la compleja y pluralista sociedad que nos ha tocado vivir, en la que la importancia de los grupos sociales intermedios es cada vez mayor; F. SUÁREZ GONZÁLEZ, «El Derecho del ...», op. cit., pp. 206-207; A. BAYLOS GRAU, *Derecho de huelga y ...*, op. cit., p. 118; F. DURÁN LÓPEZ, «El derecho de huelga en el nuevo orden constitucional», en *Argumentos*, 1978, núm. 14, pp. 60-62; J. L. MONEREO PÉREZ, «La huelga como ...», op. cit., pp. 101-102, nota 206; y A. OJEDA AVILÉS, *Derecho Sindical*, op. cit., p. 461, quien lo considera esencialmente un derecho de participación, más que un derecho social o un derecho de libertad.

<sup>73</sup> Sobre la conexión de la concertación social con la democracia participativa, véase, por todos, AA.VV., *Concertación social, neocorporatismo y democracia*, MTSS, Madrid, 1991 y M. A. SOLANS LATRE, *Concertación social y otras formas de neocorporatismo en España y en la Comunidad Europea*, Tecnos, Madrid, 1995.

lo negocial, no sólo no dañan el proceso ordinario de formación de la voluntad política sino que lo fortalecen, le proporcionan legitimidad social. Por otra parte, a nadie escapa la importancia que en la adopción de algunas decisiones políticas tienen instrumentos opacos, como la presión de los grandes grupos económicos o la quimérica amenaza de la valoración de los mercados, y no por ello se considera vulnerada la democracia<sup>74</sup>.

Sin perjuicio de lo anterior, si algo es funcionalmente el derecho fundamental de huelga es un derecho social, esto es, un instrumento al servicio de la igualdad material, que es lo que mejor define a los derechos sociales<sup>75</sup> o derechos económicos, sociales y culturales, si así se prefiere<sup>76</sup>.

La igualdad material a la que sirve funcionalmente la huelga exige y justifica la diferenciación, la desigualdad jurídica que el derecho de huelga supone. En efecto, el derecho de huelga es uno de esos derechos fundamentales cuyo titular no es el hombre abstracto, el *homo iuridicus*, sino el hombre situado, el hombre que ostenta una determinada posición social, en este caso de desventaja socioeconómica y de subordinación jurídica; en definitiva, el trabajador asalariado, ya sea personal laboral, funcionario o administrativo<sup>77</sup>. Se trata de un típico derecho producto del proceso de especificación de los titulares de los derechos fundamentales<sup>78</sup>.

---

<sup>74</sup> Téngase en cuenta lo apuntado por S. ANDO, «Uso alternativo del diritto di sciopero», en P. Barcellona (a cura di), *L'uso alternativo del diritto*, vol. II, Roma-Bari, 1973, p. 243 (referencia tomada de J. Cabrera Bazán, «Derecho de huelga y contrato de trabajo», en AA.VV., *Sindicatos y relaciones colectivas de trabajo*, Ilustre Colegio de Abogados de Murcia, 1978, pp. 103-127), para quien: «{...} Ya las organizaciones empresariales, o los singulares grupos económicos, tienen muchos y potentes instrumentos que van desde el control de la empresa a la financiación de los partidos políticos».

<sup>75</sup> Así lo entienden L. PRIETO SANCHÍS, «Los derechos sociales ...», op. cit., pp. 17-18 y 22, si bien el autor no oculta la difícil caracterización de los derechos sociales, como consecuencia de su falta de homogeneidad, y A. E. PÉREZ LUÑO, *Los derechos fundamentales*, op. cit., pp. 183 ss. Para R. GARCÍA MACHO, *Las aporías de los derechos fundamentales sociales y el derecho a una vivienda*, IELSS, Madrid, 1984, pp. 86-87, lo que define a los derechos fundamentales sociales es su función jurídico-social, es decir, el hecho de que incorporen una reivindicación social, independientemente de que su contenido sea negativo, como sucede con el derecho de huelga, o positivo, que es lo más frecuente en los derechos sociales.

<sup>76</sup> De esta cuestión terminológica se ocupa con suma claridad B. DE CASTRO CID, «Los derechos sociales: análisis sistemático», en AA.VV., *Derechos económicos, sociales y culturales*, Publ. Univ. de Murcia, Murcia, 1981, pp. 11-48. Del mismo autor, *Los derechos económicos, sociales y culturales. Análisis a la luz de la teoría general de los derechos humanos*, Universidad de León, León, 1993.

Sobre los derechos sociales, véase, además de las obras mencionadas en esta nota y en la anterior, las siguientes: J. L. CASCAJO CASTRO, *La tutela constitucional ...*, op. cit.; J. R. COSSIO DÍAZ, *Estado social y ...*, op. cit.; y F. J. CONTRERAS PELÁEZ, *Derechos sociales: teoría ...*, op. cit.

<sup>77</sup> Uno de los temas que está doctrinalmente por desarrollar, y que aquí simplemente queda apuntado, es el relativo a la necesidad de replantear la vigente titularidad del derecho de huelga, que

La inequívoca conexión con la igualdad material es la nota que lleva a la doctrina a considerar la huelga como derecho social<sup>79</sup>. Por otra parte, tanto el momento histórico —apenas concluida la segunda guerra mundial— como el contexto político —el Estado social— de su consagración como derecho apuntan igualmente a su inclusión en la categoría de los derechos sociales. En estrecha relación con lo anterior, desde un punto de vista ideológico no hay duda de que el derecho de huelga es una reivindicación del pensamiento socialista, que como se sabe es el que está detrás de la generación de los derechos sociales<sup>80</sup>. Para cerrar el círculo, puede acudir al Derecho internacional para comprobar el carácter social del derecho de huelga<sup>81</sup>.

---

como se sabe incluye a la totalidad de trabajadores con contrato de trabajo, con contrato administrativo o con estatuto de funcionario, con algunas exclusiones que no vienen al caso. Pues bien, es evidente que dentro de esos colectivos existen numerosas categorías —v. gr. los pilotos de aeronaves— de las que de ningún modo puede predicarse su dependencia económica y donde la dependencia jurídica está fuertemente atenuada, de tal manera que atribuirles un derecho fundamental como el de huelga no sólo no encuentra justificación en la igualdad material sino que va contra la misma, pues contribuye a atribuir más poder a un colectivo de por sí poderoso. No se trata de un argumento fácil de articular jurídicamente, pues hay implicaciones constitucionales, pero alguna idea sí que puede darse. En este sentido, podría hacerse una lectura *a contrario* sensu del proceso de especificación de los derechos fundamentales para llegar a la conclusión de que lo mismo que un día estuvo justificada la concesión de un instrumento jurídico a toda una clase desfavorecida, hoy día ciertos componentes de esa clase, que ya no es homogénea, no serían merecedores del instrumento. El problema central es cómo elegir los colectivos a expulsar del ámbito del derecho de huelga, sin perjudicar a las categorías que verdaderamente lo necesitan. En todo caso, esas categorías verdaderamente necesitadas del derecho de huelga están sufriendo desde hace tiempo el desprestigio que rodea al derecho de huelga como consecuencia, entre otras razones, del uso que de dicho derecho están haciendo ciertos colectivos privilegiados. En este último sentido, U. ROMAGNOLI, «La legge sullo ...», op. cit., p. 1087.

<sup>78</sup> Sobre el proceso de especificación resulta ineludible consultar a N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino, 1997, pp. 61 ss. Hay traducción española de R. de Asís, Sistema, Madrid, 1991. Vid., también, G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Curso de Derechos ...*, op. cit., pp. 180 ss. y 313 ss.

Son muy numerosas las referencias a este tema por parte de J. L. MONEREO PÉREZ, «La huelga como ...», op. cit., *passim*.

Resulta criticable la opinión de J. C. CASSAGNE, *La huelga en los servicios* esenciales, Civitas, Madrid, 1993, p. 35, para quien el derecho de huelga no reúne la condición de fundamental por no alcanzar a la totalidad de la población, sino sólo a los trabajadores, sin tener en cuenta el proceso de especificación de los derechos fundamentales.

<sup>79</sup> Por todos, véase, J. L. MONEREO PÉREZ, «La huelga como ...», op. cit., pp. 47 ss., para quien: «Es un derecho de libertad, lo cual no contradice su calidad de *derecho social* fundamental, no tanto en atención a la técnica de organización del derecho, que por lo demás es análoga a la de los clásicos derechos de libertad, sino básicamente en consideración a la doble dimensión subjetiva y a su proyección funcional (como instrumento de las clases trabajadoras para remover los obstáculos que se oponen a la igualdad sustancial y como mecanismo de emancipación y participación en las decisiones sociopolíticas que les conciernen en todas las áreas o ámbitos de la vida social). Es así que la huelga se instituye en la Constitución como un *derecho de igualdad* que se dirige a atenuar el desequilibrio existente entre el trabajador y el empresario en el plano de las relaciones de trabajo y como un medio para la realización del Estado social». Igualmente, L. PRIETO SANCHÍS, «Los derechos sociales ...», op. cit., p. 15 y A. E. PÉREZ LUÑO, *Los derechos fundamentales*, op. cit., pp. 194-195, quien lo considera un derecho social *stricto sensu* frente a la denominación amplia que englobaría a los derechos económicos, sociales y culturales.

<sup>80</sup> Sobre la dimensión histórica e ideológica de los derechos sociales, véase, G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Curso de Derechos ...*, op. cit., pp. 197-204. J. C. CASSAGNE, *La huelga en ...*, op. cit., pp. 24 ss., inserta inequívocamente el derecho de huelga en el periodo histórico en el que surgen el



Sucede, sin embargo, que el modo de ejercicio del derecho subjetivo de huelga no es el típico de los derechos sociales, que suelen ser derechos prestacionales, sino el propio de los derechos de libertad, que suelen ser derechos de autonomía. Esa peculiaridad del derecho de huelga no le expulsa de esta categoría, pues la nota esencial de la misma es la conexión con la igualdad material y no el modo de ejercicio.

En realidad, el derecho de huelga es un ejemplo paradigmático de la transformación de los derechos fundamentales en el marco del Estado social<sup>82</sup>. Transformación que, entre otras muchas cuestiones, implica que en todos los derechos fundamentales puedan apreciarse notas típicas de los derechos de libertad, de los derechos de participación y de los derechos sociales, sin perjuicio de que alguna de esas notas tenga más incidencia que las otras y permita seguir etiquetando a los derechos como civiles, políticos y sociales<sup>83</sup>. En este orden de consideraciones, el derecho de huelga tiene aspectos propios de los derechos de libertad, de los derechos de participación y de los derechos sociales<sup>84</sup>. De los derechos de libertad por su modo de ejercicio y porque una de las funciones del derecho de huelga es otorgar a los huelguistas un ámbito exento de injerencias. De los derechos de participación porque otra de las finalidades de la huelga es incrementar el peso

---

Estado social y los derechos sociales. M. O. SÁNCHEZ MARTÍNEZ, *La huelga ante ...*, op. cit., pp. 165-171, adscribe el sistema de huelga-derecho en la corriente ideológica socialdemócrata, representada por E. Bernstein, e históricamente en el marco del Estado social.

En cambio, ya se dijo que para F. J. CONTRERAS PELÁEZ, *Derechos sociales: teoría: ...*, op. cit., p. 22, la huelga no es un derecho social al conceder mayor importancia al elemento técnico-jurídico, que lo liga con los derechos de libertad, que al histórico-sociológico, que lo une a los derechos sociales.

<sup>81</sup> Vid., por todos, J. L. MONEREO PÉREZ, «La huelga como ...», op. cit., pp. 48-50.

En Italia se afirma sin ambages la conexión del derecho de huelga con el principio de igualdad sustancial, consagrado en el artículo 3.2 de la Constitución de 1947. Así, por todos, G. GIUGNI, *Diritto sindacale*, op. cit., pp. 225.

<sup>82</sup> Sobre esta transformación, I. ARA PINILLA, *Las transformaciones de los derechos humanos*, Tecnos, Madrid, 1994 y A. E. PÉREZ LUÑO, *Los derechos fundamentales*, op. cit., pp. 20-25. Desde una perspectiva más amplia resulta ineludible en esta materia, como en otras muchas, la consulta de la obra de M. GARCÍA PELAYO, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza, Madrid, 1987.

<sup>83</sup> Esta idea ha sido defendida en España por A. E. PÉREZ LUÑO, *Derechos humanos, Estado ...*, op. cit., pp. 95-96 y L. AGUIAR DE LUQUE, «Dogmática y teoría jurídica de los derechos fundamentales en la interpretación de éstos por el Tribunal Constitucional español», en *Revista de Derecho Político*, 1983, núms. 18-19 p. 21.

En materia de clasificación de los derechos fundamentales, véase, G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Curso de Derechos ...*, op. cit., pp. 441 ss., donde se contienen distintas clasificaciones, tanto del autor como de otros autores.

<sup>84</sup> En este sentido, J. L. MONEREO PÉREZ, «La huelga como ...», op. cit., pp. 47 y 52 y J. VIDA SORIA y A. GALLEGOS MORALES, «Derechos sindicales y ...», op. cit. p. 323.

En Francia también se subraya la doble condición del derecho de huelga, como libertad y como derecho social. Así, R. LATOURNERIE, *Le droit française de la grève*, Sirey, Paris, 1972, pp. 271 ss. y H. SINAY y J. C. JAVILLIER, *La grève*, op. cit., pp. 83 ss.

político de los trabajadores. Y de los derechos sociales porque funcionalmente la huelga es ante todo un instrumento al servicio de la igualdad material.

Sin ninguna duda la nota predominante en el derecho de huelga es la conexión funcional con la igualdad material, lo que permite etiquetarlo como un derecho fundamental de carácter social. La importancia práctica de esta etiqueta consiste en resaltar, en situar en un primer plano, la función promocional del derecho de huelga<sup>85</sup>. No puede entenderse cabalmente este derecho si no se parte de su significado promocional, esto es, si no se considera que éste es el elemento principal del derecho de huelga y que su articulación jurídica como una libertad negativa, como un ámbito exento de injerencias, es un elemento necesario para dotar de eficacia al derecho, pero accesorio o instrumental respecto del elemento principal. En el derecho de huelga lo principal es la función, la autotutela colectiva de los trabajadores, la lucha por la igualdad material, mientras la articulación jurídica, la suspensión de cada uno de los contratos de trabajo, es necesaria pero secundaria. Se comprende, de este modo, que a pesar de la titularidad individual del derecho de huelga éste no pueda comprenderse si no es en atención a su imprescindible dimensión colectiva, porque colectivos son los fines que se persiguen, colectivos son los sujetos con capacidad de convocatoria y colectiva es la libertad que ejercen los huelguistas con su perturbación del proceso productivo<sup>86</sup>.

#### **4. b. Función y modelos normativos de huelga-derecho**

Profundizando en el análisis funcional, hasta ahora sólo esbozado, hablar de la función del derecho de huelga es hablar de los intereses que pueden hacerse valer

---

<sup>85</sup> Para J. L. MONEREO PÉREZ, «La huelga como...», op. cit., p. 51: «La configuración del derecho de huelga como derecho social de libertad tiene una extraordinaria relevancia, porque expresa la funcionalidad del derecho sin incidir en lo esencial en una correlativa diferencia de estructura técnica respecto a los derechos de libertad “tradicionales”. Esto permite no sólo crear un “puente” (perspectiva externa) entre libertad-igualdad sino, de forma más ambiciosa “anudar” ambos principios como componentes innatos e inescindibles de un mismo derecho: el derecho de huelga como derecho social de libertad. Esta categorización (inferida del texto constitucional) obliga a tener en cuenta también el “lado de la función” de este derecho: se ha de contemplar el modo de configurar el derecho de huelga desde el punto de vista complementario de la función».

<sup>86</sup> Insiste en el hecho de que el derecho de huelga protege una libertad colectiva y funcional a la autotutela colectiva, J. L. MONEREO PÉREZ, «La huelga como ...», op. cit., pp. 98-101.

mediante el ejercicio del derecho, o sea, de su ámbito teleológico<sup>87</sup>. Éste es uno de los temas que ha suscitado mayor polémica doctrinal, obvio es decirlo, no porque se acepte o se rechace una concepción instrumental o funcional del derecho de huelga, sino por el alcance de dicha concepción. Lo primero que hay que decir es que las propuestas que se formulan en esta materia no son ni pueden ser completamente neutras, productos inmaculados de la ciencia jurídica kelseniana, sino que responden a planteamientos desde luego jurídicos pero con una fuerte carga ideológica<sup>88</sup>.

Desde un punto de vista ideológico pueden apreciarse básicamente dos posturas en relación con el reconocimiento de la huelga como derecho subjetivo, es decir, con la instauración de un sistema de huelga-derecho<sup>89</sup>. La postura conservadora entiende el reconocimiento como un mecanismo necesario para domesticar a tan peligroso fenómeno social: se constata que las huelgas se producen independientemente de cual sea su

---

<sup>87</sup> J. L. MONEREO PÉREZ, «La huelga como ...», op. cit., pp. 55 ss., al ocuparse de este tema habla de función político-jurídica, expresión ciertamente ambiciosa, pues pretende dar cuenta de la base ideológica y política que está detrás del reconocimiento de ciertas funciones, así como de éstas lógicamente. De sentido político-jurídico del derecho de huelga hablan J. VIDA SORIA y Á. GALLEGU MORALES, «Derechos sindicales y ...», op. cit., pp. 329 ss. A. MARTÍN VALVERDE, «La doctrina general sobre el derecho de huelga en la sentencia del Tribunal Constitucional 11/81», en *RL*, 1997, núms. 15-16, pp. 98 ss., habla simplemente de función del derecho de huelga.

<sup>88</sup> En este sentido es sorprendente la posición de J. GARCÍA BLASCO, *El derecho de ...*, op. cit., p. XII, quien pretende afrontar un estudio estrictamente jurídico del derecho de huelga, alejado de las connotaciones políticas que la huelga indudablemente tiene, como si ese alejamiento fuera posible. En cambio, F. DURÁN LÓPEZ, *Derecho de huelga y ...*, op. cit., p. 39, desvela las implicaciones políticas e ideológicas que todo discurso doctrinal sobre el particular tiene.

<sup>89</sup> Las posiciones ideológicas conservadora —F. CARNELUTTI, «Sciopero e giudizio», en *Rivista di Diritto Processuale*, 1949 I, pp. 1-14— y progresista —P. CALAMANDREI, op. cit.— han sido sintéticamente expuestas por J. VIDA SORIA y Á. GALLEGU MORALES, «Derechos sindicales y ...», op. cit., pp. 330-331. Cfr., también, A. OJEDA AVILÉS, *Derecho Sindical*, op. cit., pp. 453-457.

Una obra en la que pueden paradigmáticamente apreciarse ambas posturas se debe a E. TIERNO GALVÁN y M. MUÑOZ ALONSO, *La huelga. Cara ...*, op. cit., defendiendo el primero la progresista y el segundo la conservadora, aunque quizá sea más correcto decir ultraconservadora.

En la doctrina actual puede situarse dentro de la postura conservadora, entre otros muchos, a J. C. CASSAGNE, *La huelga en ...*, op. cit., pp. 31 ss., para quien la huelga no es un derecho fundamental, sino un poder excepcional al que cabe considerar como último extremo, mostrando abiertamente su posición conservadora. Otros muchos autores se sitúan en la misma posición pero sin proclamarlo abiertamente, aunque la lectura de sus obras no ofrece dudas al respecto. Es el caso, por ejemplo, de A. MONTOYA MELGAR, *Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 1998, pp. 715 ss. y G. DIÉGUEZ CUERVO, «Huelga y cierre patronal: una recapitulación», en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 1998, núm. 13, pp. 139-155.

La posición progresista está claramente representada, entre otros muchos, por F. DURÁN LÓPEZ, *Derecho de huelga y ...*, op. cit.; A. BAYLOS GRAU, *El derecho de ...*, op. cit., capítulo I; y M. C. PALOMEQUE LÓPEZ, *Derecho Sindical Español*, op. cit., pp. 276 ss.

Sin salir del Ordenamiento positivo español no hay dificultad para reconocer, con todas las matizaciones que sean necesarias, la visión conservadora en la versión original del DLRT y la progresista en el frustrado PLOH.

tratamiento jurídico y se piensa que la mejor manera de amortiguar sus efectos es reconocerla como un derecho subjetivo para de este modo encorsertarla jurídicamente. Esta posición ideológica desde un plano axiológico conecta la huelga con la coacción, la desigualdad, la insolidaridad y la inseguridad, y, en lógica consecuencia, propone una cantidad exorbitada de límites a la titularidad y al ejercicio del derecho.

La postura progresista considera el sistema de huelga-derecho como una palanca en manos de los trabajadores para corregir su histórica situación de inferioridad socioeconómica y de infrarrepresentación política. En el plano valorativo se conecta a la huelga con la libertad, la igualdad material, la solidaridad y la seguridad. Y en el jurídico se admiten exclusivamente los límites realmente imprescindibles.

No hace falta decir que las anteriores posiciones ideológicas tienen un carácter puro que en cierto modo les aleja de la realidad. Es decir, cuando se dice que una doctrina, una jurisprudencia o una normativa es conservadora o progresista lo que en puridad se está diciendo es que hay un claro predominio de los elementos de una postura sobre los de la otra. En el caso del derecho de huelga, lo importante es si predomina la funcional promocional, claramente progresista, o la estabilizadora, de naturaleza conservadora, pues en alguna medida ambas estarán presentes<sup>90</sup>. Lo que se acaba de decir permite traer a colación una de las señas de identidad del Derecho del Trabajo, a saber, su carácter en parte conquistado y en parte concedido<sup>91</sup>.

Conviene plantearse si el acceso de la huelga a la condición de derecho fundamental influye o no en las posiciones ideológicas descritas. En este sentido, la consideración de la huelga como derecho subjetivo de los trabajadores puede hipotéticamente responder a cualquiera de los dos esquemas ideológicos. Sin embargo, si el derecho subjetivo es además fundamental, como sucede en España, el predominio, que no exclusividad, debe corresponder necesariamente a la corriente progresista, que es la que considera el derecho de huelga como una concreción de los valores que fundamentan la totalidad de derechos fundamentales<sup>92</sup>.

---

<sup>90</sup> Alude a los dos tipos de funciones, la instrumental o promocional y la integradora o estabilizadora, J. L. MONEREO PÉREZ, «La huelga como ...», op. cit., p. 58.

<sup>91</sup> Vid., M. C. PALOMEQUE LÓPEZ, *Derecho del Trabajo e ...*, op. cit., p. 18.

<sup>92</sup> En parecido sentido, J. VIDA SORIA y Á. GALLEGU MORALEZ, «Derechos sindicales y ...», op. cit., pp. 330-331.

Casan mal la perspectiva conservadora, en la que prima la domesticación del fenómeno huelguístico sobre su promoción, y el carácter fundamental del derecho de huelga.

Otra cuestión fuertemente ideológica que hay que poner sobre la mesa antes de comenzar con las propuestas jurídicas sobre la función del derecho de huelga es la relativa al alcance del conflicto obrero, o sea, a la delimitación de su radio de acción, pues la huelga es la más típica manifestación externa del conflicto. No es lo mismo restringir el ámbito del conflicto al mundo de la empresa y al de la producción que considerarlo una manifestación de los intereses de clase de los trabajadores, que como se sabe trascienden el anterior ámbito restringido<sup>93</sup>.

La respuesta al anterior interrogante resulta relativamente fácil a partir del diagnóstico marxista de la sociedad, sin necesidad, por cierto, de compartir la terapia marxista. En efecto, no hay excesiva dificultad en considerar que durante el siglo XIX y durante la primera mitad del siglo XX, en tiempos del Estado liberal de Derecho, la sociedad estaba fundamentalmente dividida en dos grandes clases en continua lucha, capitalistas y proletarios, siendo el conflicto obrero el conflicto social por antonomasia. En ese contexto resultaba absolutamente artificial circunscribir el conflicto obrero exclusivamente al mundo de la empresa y al de la producción, cuando eran evidentes sus implicaciones inequívocamente políticas<sup>94</sup>. Artificio que por cierto encontró respaldo en buena parte de los jueces y juristas de la segunda posguerra mundial, en un ejemplo paradigmático de la concepción burguesa del Derecho, hasta que con el tiempo fue desmontado dando paso a una concepción amplia del conflicto, en el que las esferas profesional y política dejan de ser compartimentos estancos y pasan a comunicarse<sup>95</sup>.

---

<sup>93</sup> Sobre esta cuestión, F. DURÁN LÓPEZ, *Derecho de huelga ...*, op. cit., pp. 17 ss., para quien España se encuentra en la misma órbita que Italia, que, a diferencia de Alemania, concibe el conflicto obrero no como un conflicto estrictamente industrial sino como un conflicto de clases; y A. MARTÍN VALVERDE, «Huelga laboral y ...», op. cit., p. 78.

<sup>94</sup> Relaciona necesariamente la huelga con la lucha de clases, E. TIERNO GALVÁN, en E. Tierno Galván y M. Muñoz Alonso, *La huelga. Cara ...*, op. cit., pp. 7 ss.

A. BAYLOS GRAU, *El derecho de ...*, op. cit., pp. 23-24 y nota 27, señala cómo ciertos interpretes del Marxismo, como Lenin o Rosa Luxemburgo, revalorizan el carácter instrumental de la huelga para el cambio de sociedad, a diferencia de lo que pensaban Marx y Engels.

<sup>95</sup> La distinción e incomunicación entre esfera política y esfera económica es rechazada, por lo que al papel institucional del sindicato se refiere, por M. C. PALOMEQUE LÓPEZ, «El sindicato como sujeto político», en AA.VV., *Estudios de Derecho del Trabajo en memoria del Prof. G. Bayón Chacón*, Tecnos, Madrid, 1980, pp. 551 ss. También reconoce un papel político al sindicato, aunque limitado, ya que excluye la legitimidad constitucional de la huelga política, J. RIVERO LAMAS, «Los sindicatos y la

Ahora bien, la sociedad actual, profundamente influenciada por un nuevo modelo político, el Estado social, por un crecimiento económico espectacular, por una cierta redistribución del mismo, y por la no menos importante revolución tecnológica es extraordinariamente compleja como para seguir afirmando que está estructurada en torno a dos clases en continua lucha, al menos por lo que se refiere a las sociedades de los países ricos<sup>96</sup>. Ni puede hablarse ya de dos clases homogéneas y antagónicas<sup>97</sup>, ni mucho menos de la lucha de clases al estilo marxista. Lo anterior no significa que el conflicto obrero haya desaparecido, pues forma ineludiblemente parte del modo de producción capitalista<sup>98</sup>, sino que ha perdido la centralidad que ostentaba en la sociedad liberal, ha dejado de ser el conflicto social por antonomasia, pasando a convivir con otros conflictos sociales igualmente importantes<sup>99</sup>. El conflicto obrero no puede ser ya considerado como la más típica manifestación de la lucha de clases, pues el mismo no pretende la superación del sistema capitalista sino la obtención de ciertas reivindicaciones, de concretas ventajas para los trabajadores en el marco poco menos que incuestionable del sistema capitalista<sup>100</sup>. Hoy día más que mantenerse la funcionalidad de la huelga a la lucha de clases se la liga a la igualdad material, que es menos heroica y radical pero más tangible.

Incluso teniendo en cuenta las profundas transformaciones económicas y sociales de los últimos tiempos no parece haber inconveniente para seguir afirmando el ámbito

---

acción sindical en la Constitución», en M. Ramírez (coord.), *Estudios sobre la Constitución española de 1978*, Pórtico, Zaragoza, 1979, pp. 147-148.

Vid., *infra*, capítulo tercero, apartado D, epígrafe 1.a., en el que se alude a los controvertidos límites internos del derecho de huelga.

<sup>96</sup> En este sentido, M. O. SÁNCHEZ MARTÍNEZ, *La huelga ante ...*, op. cit., pp. 27 ss., quien se sirve de un importante aparato bibliográfico en apoyo de sus argumentaciones.

<sup>97</sup> Cfr. A. GIDDENS, *La estructura de clases en las sociedades avanzadas*, Trad. de J. Bollo Muro, Alianza, Madrid, 1993. Igualmente, A. BILBAO, *Obreros y ciudadanos. La desestructuración de la clase obrera*, Trotta, Madrid, 1993.

<sup>98</sup> En este sentido, A. OJEDA AVILÉS, *Derecho Sindical*, op. cit., pp. 395 ss y M. C. PALOMEQUE, *Derecho del Trabajo e ...*, op. cit., pp. 17 ss.

<sup>99</sup> Vid., J. DALTON y M. KUECHLER (editores), *Los nuevos movimientos sociales. Un reto al orden político*, trad. J. Sempere i Carreras, Alfons el Magnànim, Valencia, 1992.

<sup>100</sup> M. O. SÁNCHEZ MARTÍNEZ, *La huelga ante ...*, op. cit., pp. 27 ss., describe, con un importante aparato bibliográfico, al que se remite, el cambio profundo que han ido experimentado toda una serie de conceptos, a saber, la sociedad clasista, la lucha de clases, el conflicto laboral, y cómo esas transformaciones han dejado sentir su influencia en la propia huelga, al estar íntimamente ligada a esos conceptos. Básicamente decir que la realidad social actual es mucho más compleja que un permanente y global conflicto poralizado entre capital y trabajo, como típico conflicto social. Ahora hay algo más que dos clases sociales y dentro de los trabajadores hay notables diferencias entre unos colectivos y otros. En definitiva, ni los conflictos obreros tienen la centralidad que tenían, pues ahora conviven con otros conflictos sociales igualmente importantes, ni tienen el carácter global y poralizado de antaño: ahora hay multitud de conflictos parciales sobre cuestiones concretas, con reivindicaciones igualmente concretas.

amplio del conflicto obrero, siempre que se considere que los trabajadores , al menos buena parte de ellos, siguen siendo una clase social —no tan homogénea como antaño, pero una clase social al fin y al cabo— con una situación socioeconómica desfavorecida y con una infrarrepresentación política. Esos datos no permiten restringir el conflicto al ámbito de la empresa o al sector de producción, ya que la defensa de los intereses de los trabajadores no puede detenerse en las verjas de las fábricas y en las puertas de las oficinas, cuando en muchos casos la satisfacción de los mismos depende de los poderes públicos.

Tras la anterior aproximación al substrato ideológico de la huelga-derecho se está en condiciones de abordar las distintas propuestas que sobre su función se han hecho. Ha sido la doctrina<sup>101</sup> la encargada de reconducir la huelga-derecho a unos esquemas o modelos normativos, sobre la base principalmente de la función o ámbito teleológico otorgado al citado derecho por el Ordenamiento jurídico. Principalmente porque en realidad dichos modelos también consideran el resto de elementos estructurales del derecho de huelga, o sea, los sujetos activo y pasivo y el contenido. Lo que sucede es que los modelos toman como dato decisivo el ámbito teleológico del derecho, su función, afectando al resto de elementos estructurales por derivación<sup>102</sup>.

Siguiendo la elaboración más clásica pueden mencionarse los siguientes modelos normativos de huelga-derecho:

«1). El modelo “contractual” en el que el derecho de huelga sirve como instrumento de reequilibrio de la correlación de fuerzas en la negociación colectiva de trabajo; 2). el modelo “laboral” en el que la huelga es un medio de autodefensa colectiva en todos los aspectos de las relaciones de trabajo; y 3). el modelo —que, a falta de otra denominación más simple vamos a llamar “polivalente” o “multidimensional”— en el que la huelga se concibe como

---

<sup>101</sup> Cfr., A. MARTÍN VALVERDE, «Huelga laboral y ...», op. cit., pp. 73-86; del mismo autor, «Regulación de la huelga ...», op. cit., pp. 87-10; F. VALDÉS DAL-RÉ, «Límites al derecho de huelga: apuntes críticos», en *Cuadernos de Derecho del Trabajo*, 1977, núm. 3, pp. 13 ss. (también en L. E. De La Villa y J. A. Sagardoy (dirs.), *El Derecho del Trabajo en España*, Tomo I, IES, Madrid, 1981, pp. 607 ss., por donde cito); A. BAYLOS GRAU, «La militarización en ...», op. cit., pp. 55 ss.; R. ESCUDERO, «Modelo normativo del derecho de huelga», en AA.VV., *Jurisprudencia constitucional y relaciones laborales*, CEC, Madrid, 1983, pp. 101-129; E. BORRAJO DACRUZ, «Poder normativo y poder judicial en la elaboración del nuevo Derecho del Trabajo», en *AL*, 1992, núm. 43, pp. 768 ss.; y M. C. PALOMEQUE LÓPEZ y M. ÁLVAREZ DE LA ROSA, *Derecho del Trabajo*, op. cit., pp. 548-549.

<sup>102</sup> De la repercusión que los distintos modelos tienen en la configuración del entero régimen jurídico del derecho de huelga se ha ocupado sintéticamente R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, «Modelo normativo del ...», op. cit., pp. 109-110, nota 17.

medio de expresión y de acción directa de las clases trabajadoras en todos los ámbitos de la vida social»<sup>103</sup>.

Sucede, empero, que la huelga es un fenómeno social extraordinariamente complejo y poliédrico como para reconducirlo a unos pocos modelos teóricos<sup>104</sup>. Conviene, en este sentido, crear submodelos dentro de cada uno de los modelos tradicionales para de este modo aproximarse más a la verdadera realidad de la huelga. Por lo pronto no interesa el modelo contractual. En cuanto al modelo tradicionalmente denominado laboral, la nota que lo caracteriza y lo distingue del contractual es que, a diferencia de éste, las reivindicaciones no tienen por qué formar parte del contenido de la negociación colectiva, sino que basta con que incidan en algún aspecto propio de las relaciones jurídico-laborales. Ahora bien, estas relaciones, como se sabe, resultan conformadas por la acción de distintos “poderes normativos”: la autonomía privada, la autonomía colectiva y los poderes públicos —legislativo, ejecutivo y judicial—. Pues bien, no es lo mismo que las reivindicaciones huelguísticas puedan dirigirse exclusivamente contra los empresarios que puedan hacerlo también contra los poderes públicos. Puede hablarse, así, de dos submodelos del modelo laboral: el estricto, en el que las reivindicaciones se dirigen a los empresarios por cualesquiera aspectos relacionados con las relaciones de trabajo<sup>105</sup>. Y el submodelo laboral amplio, en el que esos mismos aspectos pueden hacerse valer ante los poderes públicos, además de ante los empresarios lógicamente<sup>106</sup>.

---

<sup>103</sup> A. MARTÍN VALVERDE, «Huelga laboral y ...», op. cit., p. 76. Para este autor los dos primeros modelos responden a una misma concepción privatística del derecho de huelga, y pueden, por ello, ser objeto de consideración teórica conjunta. F. VALDÉS DAL-RÉ, «Límites al derecho ...», op. cit., pp. 609 ss., habla de dos modelos: el contractual y el dinámico —equivalente al polivalente de Martín Valverde—, eliminando el laboral, que no es sino una variante del contractual como reacción al modelo dinámico. En parecidos términos se pronuncia J. A. SAGARDOY BENGOCHEA, «Los modelos jurídicos de regulación del derecho de huelga: el modelo vigente en España y su comparación con el de los restantes países de la Comunidad Europea», en AA.VV., *Estudios sobre la huelga*, ACARL, Madrid, 1992, p. 19, al hablar de dos modelos conceptuales: el contractual y el civil o institucional.

<sup>104</sup> En este sentido, J. L. MONEREO PÉREZ, «La huelga como ...», op. cit., p. 66, relativiza los tradicionales modelos teóricos puros.

<sup>105</sup> La referencia que la mayoría de los autores efectúan al modelo laboral se corresponde con el que aquí se denomina submodelo laboral estricto, sin que necesariamente dichos autores aboguen por ese modelo.

<sup>106</sup> Seguramente este submodelo amplio es el defendido por G. BARREIRO GONZÁLEZ, «La huelga, el cierre patronal y el conflicto colectivo», en AA.VV., *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución*, CEC, Madrid, 1980, pp. 91 ss., cuando habla del modelo amplio de huelga profesional. Téngase en cuenta que algunos autores, como J. VIDA SORIA y Á. GALLEGO MORALES, «Derechos sindicales y ...», op. cit. p. 327, denominan simplemente modelo laboral al que aquí se ha denominado submodelo laboral amplio, lo que puede ser motivo de confusión.



En cuanto al modelo polivalente, lo característico no es tanto el hecho de que las reivindicaciones puedan ir también dirigidas contra los poderes públicos, pues esa es una nota presente en el submodelo laboral amplio<sup>107</sup>, como el contenido de esas reivindicaciones, que pueden ir más allá del ámbito de las relaciones individuales y colectivas de trabajo. Cabe distinguir, a su vez, un modelo polivalente estricto y uno amplio. En el polivalente estricto la huelga es un instrumento al servicio de cualesquiera intereses colectivos de los trabajadores, normalmente ligados a las relaciones de trabajo, aunque no necesariamente. Así, fuera del ámbito de las relaciones laborales, podrán perseguirse aquellas reivindicaciones en las que los trabajadores puedan hacer valer un interés colectivo específico, en tanto que ciudadanos-trabajadores; en definitiva, en la que la condición de ciudadano situado —léase trabajador— en lugar de ciudadano abstracto —*homo iuridicus*— no sea indiferente a los intereses que se persiguen. Es el caso, por ejemplo, de reivindicaciones en materia de seguridad social, sanidad, empleo, educación, vivienda y otras materias socioeconómicas<sup>108</sup>.

En el submodelo polivalente amplio los trabajadores pueden hacer valer cualesquiera intereses, incluyendo reivindicaciones puramente políticas, es decir, reivindicaciones que inciden en la organización política de la sociedad sin que la condición de trabajador añada algo sustancial a la de ciudadano<sup>109</sup>. Por supuesto, quedan excluidas de este submodelo las huelgas con fines subversivos del orden constitucional.

---

<sup>107</sup> De hecho lo que aquí se ha considerado submodelo laboral amplio para algunos autores constituiría la versión restringida del modelo polivalente.

<sup>108</sup> A. MARTÍN VALVERDE, «Huelga laboral y ...», op. cit., p. 82, engloba esas reivindicaciones bajo la fórmula «lucha por las reformas», comprensiva de, por ejemplo: «viviendas adecuadas, transportes colectivos suficientes, sistema fiscal progresivo, organización educativa debidamente dotada ...». A. BAYLOS GRAU, «El derecho de ...», op. cit., pp. 45 ss., habla de aquellas huelgas que pretendan actuar intereses de los trabajadores protegidos constitucionalmente como tales, prescindiendo de su ubicación en el texto constitucional —arts. 14, 19, 27, 28, 31, 35, 37, 40, 41, 42, 43, 45, 47, 48, 49, 50, 129, 131—, aunque él defiende una concepción más amplia todavía.

Este submodelo fue inaugurado por la sentencia 123/1963 de la Corte Constitucional italiana, que incluyó en el ámbito teleológico del derecho de huelga todas aquellas reivindicaciones relativas a los intereses de los trabajadores presentes en las normas del título III de la Constitución italiana. Sobre ésa y otras sentencias posteriores, véase, por todos, F. CARINCI, «Tecnica e politica nella giurisprudenza costituzionale in tema di sciopero e di serrata», en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1970, pp. 894 ss. y G. SUPPIEJ, «Trent'anni di giurisprudenza costituzionale sullo sciopero e sulla serrata», en *RIDL*, 1989 I, pp. 25 ss.

<sup>109</sup> En esta línea se sitúa J. M. RAMÍREZ MARTÍNEZ, «Huelga y cierre ...», op. cit., pp. 45 ss., quien propugna una superación de la tradicional distinción entre lo económico-social y lo político, de tal forma que tanto los sindicatos como el derecho de huelga se proyectarían sobre el ámbito de lo puramente político —precepto básico a este respecto es el 9.2 CE—. De esta forma, la huelga política, constitucionalmente reconocida, abarcaría no sólo los intereses socioeconómicos del capítulo III CE, sino intereses puramente políticos. En igual sentido, A. BAYLOS GRAU, *El derecho de ...*, op. cit., pp. 46 ss.

Parece evidente que el submodelo polivalente amplio descansa en una visión clasista de la sociedad, en la que los trabajadores constituyen una clase homogénea, cuya lucha no diferencia entre intereses puramente laborales, intereses socioeconómicos e intereses puramente políticos, pues lo que se pretende es la superación del entero sistema político que ofrece cobertura al sistema capitalista. En cambio, el submodelo polivalente estricto ve en la huelga un instrumento al servicio de la igualdad material, por lo que los ámbitos que le preocupan son los socioeconómicos, en los que la desigualdad material de los trabajadores es fácilmente apreciable, cosa que no sucede en el ámbito político puro<sup>110</sup>.

#### **4. c. El modelo normativo de huelga-derecho vigente en España**

Luego de haber presentado en términos teóricos los distintos modelos y submodelos normativos de huelga-derecho surge irremediabilmente la pregunta acerca del modelo de huelga acogido por la Constitución española de 1978. Para la STC 11/81 el artículo 28.2 CE no acoge modelo normativo alguno, debiendo éste buscarse necesariamente en la

---

Volviendo al ejemplo italiano y a la sentencia de la Corte Constitucional 123/1963, fuera del ámbito de los intereses protegidos en el título III de la Constitución italiana no se está ante el ejercicio del derecho de huelga sino ante el sistema de huelga libertad, por lo que las huelgas políticas puras no estarían amparadas por el sistema de huelga-derecho sino por el de huelga-libertad.

Una propuesta muy interesante pudiera ir en la línea de considerar ciertas huelgas políticas puras, normalmente canalizadas como huelgas generales, como actos de desobediencia civil. En este sentido, M. O. SÁNCHEZ MARTÍNEZ, «La huelga general como acto de desobediencia civil», en AA.VV., *Escritos jurídicos en memoria de Luis Mateo Rodríguez*, Tomo I, Univ. de Cantabria, Santander, 1993, pp. 401-413, quien entiende la huelga general como un acto de desobediencia civil más que como una figura de huelga cubierta por el 28.2. Se trata del reflejo de un descontento o malestar social que se hace manifiesto cuando se protesta por la adopción de una decisión política determinada. Si por una mayoría se deposita la confianza en unos gobernantes como representantes de la voluntad popular, la misma mayoría la retira. Se trata de una forma de legitimación no de origen sino de ejercicio, donde la legitimidad sustituye a la legalidad.

<sup>110</sup> A pesar de que aquí se separan claramente la lucha de clases de la búsqueda de la igualdad material, en el sentido de que mientras la primera persigue la superación del sistema capitalista la segunda se limita a la introducción de mayores dosis de igualdad material en el seno del citado sistema, no puede decirse que suceda lo mismo en otras obras, lo cual crea una enorme confusión. Así, por ejemplo, para A. MARTÍN VALVERDE, «Huelga laboral y ...», op. cit., pp. 82 ss., la asunción del modelo polivalente, con la consiguiente configuración jurídica de la huelga como derecho público subjetivo, supone la legalización de la lucha de clases por medios pacíficos, cuyo objetivo es la superación de la sociedad clasista, así como el reconocimiento de la insuficiencia de las instituciones de la democracia política para conseguir la citada superación o la igualdad sustancial de los ciudadanos. En parecidos términos se pronuncia F. DURÁN LÓPEZ, *Derecho de huelga ...*, op. cit., pp. 28 ss., para quien el derecho de huelga trasciende la protección del contratante débil de las relaciones de trabajo, pretendiendo la consecución de la igualdad sustancial o, lo que es lo mismo, la legalización de la lucha de clases, no para conquistar el poder político, sino para alcanzar esa igualdad sustancial o justicia social.

normativa ordinaria<sup>111</sup>. Sin perjuicio de ahondar posteriormente en la normativa ordinaria es posible efectuar ahora alguna matización a la tajante afirmación de que la Constitución no acoge modelo normativo alguno.

La matización que cabe efectuar es la siguiente: la construcción de los distintos modelos de huelga es una operación de tipo dogmático, una operación teórica, aunque también puede utilizarse para valorar en términos políticos una determinada regulación del derecho de huelga; lo que no es, desde luego, es un instrumento de interpretación jurídico-constitucional que pueda utilizarse por parte de los tribunales en general y del Tribunal Constitucional en particular. El TC no razona en términos de modelos de huelga<sup>112</sup>, sino de adecuación de los concretos preceptos de una norma ordinaria —en este caso el DLRT— a la regulación constitucional de un derecho, atendiendo a las técnicas de protección del mismo, como por ejemplo la garantía del contenido esencial o el principio de proporcionalidad. En consecuencia, una cosa es que los tribunales no puedan enjuiciar sobre la base de modelos teóricos, que es al fin y al cabo lo que el TC dijo, y otra bien distinta es que desde los puntos de vista dogmático y político no pueda hallarse en el artículo 28.2 CE un concreto modelo normativo de huelga-derecho. Por lo

---

<sup>111</sup> Literalmente establece: «La Constitución es un marco de coincidencias suficientemente amplio como para que dentro de él quepan opciones políticas de muy diferente signo. La labor de interpretación de la Constitución no consiste necesariamente en cerrar el paso a las opciones o variantes imponiendo autoritariamente una de ellas {...} La Constitución lo que hace es reconocer el derecho de huelga, consagrarlo como tal derecho, otorgarle rango constitucional y atribuirle las necesarias garantías {...} Efectivamente, es posible entender que, introducido el derecho de huelga en la Constitución, como un instrumento de realización de la democracia social y del principio de igualdad, políticamente debería sostenerse una concepción más amplia y generosa. Sin embargo, el movimiento pendular entre la amplitud y la generosidad o la restricción vuelve a ser una decisión política que tiene que adoptar el legislador ordinario sin más límite que los que el derecho fundamental tenga {...}» (F. J. 7).

Doctrinalmente, M. C. PALOMEQUE LÓPEZ y M. ÁLVAREZ DE LA ROSA, *Derecho del Trabajo*, op. cit., p. 551 y J. VIDA SORIA y Á. GALLEGO MORALES, «Derechos sindicales y ...», op. cit., pp. 326 ss., aunque estos últimos propugnan como más acorde al sistema de valores y principios constitucionales el modelo que ellos llaman laboral y que coincidiría con el que aquí se ha denominado submodelo laboral amplio. En parecidos términos, antes de la STC 11/81, W. DÄUBLER, «La huelga en la Constitución española», en AA.VV., *Los trabajadores y la Constitución*, Selsa, Madrid, 1980, p. 85.

<sup>112</sup> R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, «Modelo normativo del ...», op. cit., pp. 101-102, establece en este sentido: «{...} la sentencia (11/81) acepta postulados que responden a modelos normativos diversos, sin que de una lectura atenta del texto parezca colegirse la existencia de un hilo conductor que responda plenamente y sin ambigüedad a uno de los modelos generalmente aceptados por la doctrina laboralista».

De hecho, la STC 11/81 rechaza expresamente la posibilidad de enjuiciar una determinada regulación de la huelga utilizando como parámetro una determinada concepción global de la huelga, es decir, un modelo. En efecto, entiende: «Decir que lo que se opone a la Constitución, más que una norma en concreto, es la concepción global del derecho que ha tenido el legislador ordinario, es también un enjuiciamiento político y no jurídico-constitucional» (F. J. 7).

pronto, puede afirmarse categóricamente que la Constitución rechaza el modelo normativo contractual<sup>113</sup>.

De hecho, no puede obviarse que gran parte de la doctrina se ha mostrado partidaria del modelo polivalente como modelo constitucional, si bien con distinto alcance —submodelos estricto y amplio—, y ello tanto antes como después de la STC 11/81<sup>114</sup>. Los argumentos que se han utilizado complementariamente para fundamentar esta posición son<sup>115</sup>: en primer lugar, los amplios términos del artículo 28.2 CE<sup>116</sup>. En segundo lugar, la interpretación sistemática del artículo 28.2 con el artículo 37, que sirve para excluir el modelo contractual, y con los artículos 1.1 y 9.2, de la que a continuación se hablará. En tercer lugar, la interpretación

---

<sup>113</sup> A. MARTÍN VALVERDE, «El derecho de ...», op. cit., pp. 240-241, excluye que la Constitución haya acogido el modelo contractual de huelga, como consecuencia de la interpretación sistemática de los artículos 28.2 y 37.2. Para este mismo autor, en su artículo «Regulación de...», op. cit., pp. 96-97, la huelga como instrumento al servicio de la negociación colectiva —modelo contractual— forma parte de la huelga-libertad y no de la huelga-derecho. Se trataría, en realidad, de una facultad del derecho a la negociación colectiva, a la que cabría llamar recurso a la huelga. También excluyen expresamente el modelo contractual, F. SUÁREZ GONZÁLEZ, «El Derecho del ...», op. cit., p. 206 y J. L. MONEREO PÉREZ, «La huelga como ...», op. cit., pp. 34-35 y 67.

<sup>114</sup> En este sentido, F. VALDÉS DAL-RE, «Límites al derecho ...», op. cit., pp. 611 ss., si bien de *lege ferenda*; A. MARTÍN VALVERDE, «El derecho de ...», op. cit., p. 241, nota 21; F. SUÁREZ GONZÁLEZ, «El Derecho del ...», op. cit., p. 206, aunque combinando los arts. 28.2 y 37.2 CE; A. BAYLOS GRAU, *El derecho de ...*, op. cit., pp. 46 ss. y 95, defendiendo el modelo más amplio posible; E. ROJO TORRECILLA, «Valoración del derecho constitucional de huelga por el Tribunal Supremo y el Tribunal Central de Trabajo», en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1982, p. 217, nota 9, quien entiende que la constitucionalización del modelo amplio de huelga se deduce directamente del art. 28.2, restando centralidad al art. 9.2 CE; A. L. MARTÍN SERRANO, «La huelga de solidaridad», en AA.VV., *Jurisprudencia constitucional y relaciones laborales*, CEC, Madrid, 1983, p. 227; S. TORRENTE GARI, *El ejercicio del ...*, op. cit., pp. 21 ss.; y A. OJEDA AVILÉS, *Derecho Sindical*, op. cit., pp. 457-459.

Rechazan, en cambio, la constituzionalización del modelo polivalente, O. ALZAGA VILLAMIL, *La Constitución española de 1978 (Comentario sistemático)*, Ediciones del Foro, Madrid, 1978, p. 266, quien entiende que la referencia constitucional a «sus intereses» alude a los profesionales y particulares, por lo que excluye los supuestos de huelga política, revolucionaria o no; J. A. SAGARDOY BENGOCHEA, *Las relaciones laborales en la Constitución española*, MTSS, Madrid, 1979, pp. 56-57, quien mantiene una posición intermedia, aunque escorada del lado del carácter profesional y económico de los intereses de los trabajadores; y R. MARTÍNEZ EMPERADOR, «Garantía de servicios esenciales y fijación de servicios mínimos según la jurisprudencia ordinaria y constitucional», en *AL*, 1992, núm. 37, p. 656, quien entiende que el modelo constitucionalizado es el laboral, que el llama profesional.

<sup>115</sup> Una visión de conjunto de esos argumentos puede consultarse en J. MATÍA PRIM y otros, *Huelga, cierre patronal ...*, op. cit., pp. 75-78.

<sup>116</sup> Adviértase que la Constitución no adjetiva los intereses a defender. Precisamente ése fue el aspecto que más polémica suscitó en el debate constitucional. Vid., a este propósito, la nota 27 del primer apartado de este capítulo.

Un ejemplo de redacción amplia y clara es la Constitución portuguesa de 1976, cuyo artículo 58 establece: «1. Se garantiza el derecho de huelga. 2. Corresponde definir a los trabajadores el ámbito de interés a defender a través de la huelga, no pudiendo la ley limitar ese ámbito».

conforme a la jurisprudencia del CLS de la OIT<sup>117</sup>. En cuarto y último lugar, el carácter fundamental del derecho subjetivo de huelga<sup>118</sup>.

Seguramente el argumento de más peso, aquél en el que más se ha insistido por parte de doctrina<sup>119</sup> y jurisprudencia<sup>120</sup>, es el de la conexión funcional del derecho subjetivo y

---

<sup>117</sup> Hace tiempo que el CLS de la OIT viene admitiendo las huelgas sociopolíticas o socioeconómicas. Vid., OIT, *La libertad sindical*. op. cit., párrafos 479, 493, 494, 495, y otros.

<sup>118</sup> Para J. L. MONEREO PÉREZ, *Configuración jurídica del derecho de huelga*, trabajo inédito, Granada, 1992, p. 10, la configuración de la huelga como derecho fundamental amplía ineludiblemente los objetivos perseguibles mediante la misma, sin posibilidad de excluir su dimensión sociopolítica.

<sup>119</sup> La conexión fue efectuada en pleno debate constitucional por F. DURÁN LÓPEZ, «El derecho de ...», op. cit., pp. 60-61, quien había abogado años antes en su obra *Derecho de huelga ...*, op. cit., por una visión del derecho de huelga como instrumento al servicio de la igualdad sustancial o justicia social, al igual que F. VALDÉS DAL-RÉ, «Límites al derecho ...», op. cit., pp. 612-613. Aprobada la CE han sido muchos los autores que han defendido la conexión apuntada. Así, entre otros, A. MARTÍN VALVERDE, «El derecho de ...», op. cit., pp. 241 ss., quien conecta el derecho de huelga con las cláusulas generales de los artículos 1.1 y 9.2 CE, con desigual alcance; J. M. RAMÍREZ MARTÍNEZ, «Huelga y cierre ...», op. cit., pp. 440 ss., quien considera la huelga como instrumento al servicio de los objetivos fijados por el propio Estado en el art. 9.2 CE; L. E. DE LA VILLA, «Algunas reflexiones para ...», op. cit., p. 100; M. C. PALOMEQUE LÓPEZ, «Regulación y autorregulación del derecho de huelga», en *GS*, 1980, núm. 2, p. 17; I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, *La huelga con ...*, op. cit., p. 137; F. PÉREZ DE LOS COBOS, «El régimen jurídico de ...», op. cit., pp. 216 ss.; y J. L. MONEREO PÉREZ, «La huelga como ...», op. cit., pp. 56 ss.

Una excelente visión de la conexión entre el derecho de huelga y el art. 9.2 CE y sus importantes implicaciones se encuentra en el escrito complementario de alegaciones presentado por la recurrente contra el DLRT, que aunque no fue formalmente admitido, materialmente pudo haber sido valorado. Su texto íntegro puede consultarse en J. MATÍA PRIM y otros, *Huelga, cierre patronal ...*, op. cit., pp. 247 ss.

La conexión entre el derecho de huelga y la igualdad sustancial arranca de la previa elaboración doctrinal italiana sobre el artículo 3.2 de la Constitución de 1947 —iniciativa del diputado socialista Emilio Basso—, que es el precedente inmediato de nuestro art. 9.2. La conexión fue defendida en Italia, entre otros muchos, por P. CALAMANDREI, «Significato costituzionale del ...», op. cit., pp. 234-235 y G. F. MANCINI, *Costituzione e movimento operaio*, Il Mulino, Bologna, 1976, p. 179. Por cierto, este último autor en su artículo «Sistema económico y relaciones de trabajo», en AA.VV., *Los Trabajadores y la Constitución*, Selsa, Madrid, 1980, pp. 57-58, se muestra muy crítico con el art. 9.2 CE, al establecer: «el artículo 9 no es un signo de contradicción, es un cosmético; su presencia no hace sincera a la Constitución (como diría Romagnoli a propósito del art. 3.2 Constitución italiana), la hace mentirosa».

<sup>120</sup> La conexión del derecho de huelga con la igualdad sustancial también ha sido efectuada por la STC 11/81 de manera inequívoca en varios de sus fundamentos jurídicos, al tiempo que lo relaciona con la cláusula del Estado social y con el reconocimiento del papel institucional del sindicato. Especialmente significativo es el F. J. 7 cuando considera el derecho de huelga «{...} como un instrumento de realización de la democracia social y del principio de igualdad {...}». En el F. J. 9 se dice: «{...} la huelga se consagra como un derecho constitucional, lo que es coherente {...} con la promoción de las condiciones para que la libertad y la igualdad de los individuos y grupos sociales sean reales y efectivas (art. 9.2 de la Constitución)». Y en el F. J. 22: «{...} la huelga es un “contrapeso”, que tiene por objeto permitir que las personas en estado de dependencia salarial establezcan una nueva relación de fuerzas en un sentido más favorable para ellas. Tiende a restablecer el equilibrio entre partes de fuerza económica desigual». Esta doctrina es reiterada por las SSTC 123/92, FF. JJ. 2 y 5 y 332/94, F. J. 3. La conexión funcional efectuada por la STC 11/81, así como sus concretas consecuencias jurídicas han sido comentadas por A. MARTÍN VALVERDE, «La doctrina general ...», op. cit., pp. 90 ss.

Recoge claramente esta sólida posición jurisprudencial la exposición de motivos del frustrado PLOH, que concretamente establecía: «De ahí la coherencia de la promulgación de una norma como esta ley, con el objetivo que para los Poderes Públicos se recoge en el art. 9.2 de la Constitución de

fundamental de huelga con el Estado social —art. 1.1 CE— y, sobre todo, con el principio de igualdad sustancial —art. 9.2 CE—. Como se sabe, el Estado social, a diferencia del abstencionista Estado liberal, es un Estado activo, siendo una de sus preocupaciones fundamentales la promoción de la igualdad sustancial que posibilite una efectiva libertad para todos. La consecución de esos objetivos pasa normalmente por la actividad prestadora del propio Estado, a través de servicios públicos y de otras técnicas, de ahí que suelen confundirse derechos sociales y derechos prestacionales. En otras ocasiones, sin embargo, el Estado se limita a reconocer, a otorgar instrumentos jurídicos a favor de determinados ciudadanos situados —proceso de especificación de los derechos fundamentales—, para que sean ellos mismos quienes alcancen la igualdad sustancial y la libertad efectiva. Es el caso del derecho a la libertad sindical, del derecho a la huelga y del derecho a la negociación colectiva.

Pues bien, la cuestión a dilucidar es si la inequívoca conexión de la huelga con la igualdad sustancial, que deriva de la propia Constitución, conduce necesariamente al modelo polivalente. La respuesta afirmativa parece pertinente, ya que la situación de desigualdad material de los trabajadores trasciende el ámbito de las relaciones laborales y se aprecia en otros muchos ámbitos socioeconómicos: empleo, vivienda, educación, etc<sup>121</sup>. Cuestión distinta es que la utilización más frecuente de la huelga sea frente a los empresarios para contrarrestar la situación de desigualdad en la que se encuentran los trabajadores en tanto que sujetos de un contrato de trabajo. Su utilización en el seno de las relaciones sociales y políticas frente a distintos y poderosos sujetos públicos y privados es ciertamente menos frecuente, si bien cualitativamente ese uso es tan importante o más que el anterior<sup>122</sup>.

En definitiva, aunque desde el punto de vista de la interpretación jurídico-constitucional no pueda hablarse de modelo constitucional de derecho de huelga, desde las perspectivas política y dogmática parece que la Constitución española ha acogido el modelo polivalente.

---

promoción de las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas».

<sup>121</sup> En contra, M. ALONSO GARCÍA y otros, *La huelga y ...*, op. cit., pp. 30-31, quienes limitan la conexión del derecho de huelga con la igualdad sustancial al estrecho ámbito del contrato de trabajo —protección del contratante débil—, rechazando consecuentemente el modelo polivalente.

<sup>122</sup> Para A. MARTÍN VALVERDE, «La doctrina general ...», op. cit., pp. 98 ss., el derecho de huelga cumple esas dos funciones, si bien para este autor, con base en la STC 11/81, la reequilibradora en el seno de las relaciones laborales es la principal y la demostrativa en el seno de las relaciones sociales es la secundaria, lo que puede traducirse jurídicamente en mayores recortes para la segunda.

Por lo que al plano estrictamente jurídico se refiere, lo mejor es buscar el modelo y submodelo de derecho de huelga rastreando en la vigente normativa ordinaria sobre el particular. Ni qué decir tiene, a este respecto, que el restrictivo DLRT necesita ser complementado con la STC 11/81 y, sobre todo, con la posterior y más progresista jurisprudencia constitucional y ordinaria, especialmente la STC 36/93<sup>123</sup>. Pues bien, aun siendo conscientes de la dificultad de la tarea, como consecuencia de que la realidad jurídica que tratan de aprehender los modelos teóricos es una realidad cambiante y de perfiles inciertos, una realidad resbaladiza, puede afirmarse que la vigente normativa, mejor dicho la vigente realidad jurídica, que es un concepto más amplio que incorpora la evolución jurisprudencial, responde al submodelo polivalente estricto<sup>124</sup>. Lo mismo puede decirse del frustrado PLOH<sup>125</sup>.

---

<sup>123</sup> La STC 36/93 establece con toda claridad: «{...} resulta en verdad difícil que una protesta por la política social llevada a cabo por el Gobierno, por la petición de retirada de un proyecto de contrato llamado de “inserción” de jóvenes; por la reivindicación de un Plan General de Empleo; por la recuperación de dos puntos de poder adquisitivo como consecuencia de los errores en la previsión de inflación; por el incremento de la cobertura de los desempleados hasta un determinado porcentaje; por la equiparación de las pensiones hasta el salario mínimo interprofesional; y por las demás reivindicaciones de la huelga del 14 de diciembre, eran por completo ajenas al interés profesional de los trabajadores (art. 11. a. R.D.R.L.T.) o a los intereses de los trabajadores (art. 28.2 C.E.)» (F. J. 3). Cfr., M. C. MERINO, V. GIL y J. M. LÓPEZ, «La huelga política en el ordenamiento español», en *RT*, 1989, núm. 96, pp. 85-120 y J. L. MONEREO PÉREZ, «La constitucionalidad de las huelgas políticas (a propósito de la STC 36/93, de 8 de febrero)», en AA.VV.: *Homenaje a Juan García Abellán*, Univ. de Murcia, Murcia, 1994, pp. 221-240.

Además de esta importante sentencia pueden verse las SSTCT de 3-4-87, Ar. 9080 y 2-11-87, Ar. 26727, que se pronuncian sobre la huelga general del 2 de junio de 1985, considerándola lícita.

<sup>124</sup> La mayoría de la doctrina sostiene que el modelo vigente es el laboral, que se correspondería en realidad con el que aquí se denomina submodelo laboral amplio, si bien hay que tener en cuenta que las opiniones doctrinales son anteriores a la crucial STC 36/93. Así, por ejemplo, R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, «Modelo normativo del ...», op. cit., p. 118, entiende que el modelo normativo, que no constitucional, vigente tras la STC 11/81 es el laboral, aunque en la propia sentencia se encuentran pautas que pueden iluminar su ulterior aplicación ampliadora por los tribunales de justicia. Para J. VIDA SORIA y Á. GALLEGU MORALES, «Derechos sindicales y ...», op. cit., pp. 326 ss., el modelo vigente estaría a caballo entre el que aquí se llama laboral amplio y el que se denomina polivalente estricto, con tendencia lenta pero ineluctable hacia este último. J. L. MONEREO PÉREZ «La huelga como ...», op. cit., pp. 65 ss., considera que la CE ha acogido un modelo abierto a interpretaciones evolutivas, mientras el modelo acogido por la realidad jurídica vigente es el laboral amplio. Para M. C. PALOMEQUE LÓPEZ y M. ÁLVAREZ DE LA ROSA, *Derecho del Trabajo*, op. cit., pp. 552-553, el modelo de huelga resultante del DLRT es el laboral o profesional.

En cambio, defiende claramente el modelo laboral estricto, A. MONTOYA MELGAR, *Derecho del Trabajo*, op. cit., pp. 720-721.

<sup>125</sup> J. L. MONEREO PÉREZ «La huelga como...», op. cit., pp. 65 ss., considera que el modelo que pretendía implantar el frustrado PLOH era el dinámico o sociopolítico, que se corresponde con el que aquí se llama polivalente estricto. Para S. TORRENTE GARI, *El ejercicio del ...*, op. cit., p. 304, el PLOH pretendía implantar un modelo dinámico de carácter socio-político.

### **C. RELEVANCIA DEL CARÁCTER FUNDAMENTAL DEL DERECHO DE HUELGA EN EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA HUELGA EN LOS SERVICIOS ESENCIALES**

Qué la huelga sea un derecho subjetivo y fundamental de los trabajadores, como lo es en el Ordenamiento español, en lugar de un derecho subjetivo ordinario es un dato de extraordinaria relevancia a la hora de aproximarse al régimen jurídico de la huelga en los servicios esenciales. Todavía no se conoce ese régimen jurídico y sin embargo puede afirmarse con rotundidad que sea cuál sea no es el producto de la sola voluntad de los operadores jurídicos que suelen regular el derecho de huelga, el legislador, la autonomía colectiva y los tribunales ordinarios<sup>1</sup>, sino de esa voluntad construida a partir del carácter fundamental del derecho de huelga.

El hecho de que la huelga sea en el Ordenamiento español un derecho fundamental, esto es, un derecho con una determinada raíz axiológica y con un complejo de garantías protectoras producto de su reconocimiento constitucional en el artículo 28.2, condiciona hasta sus últimas consecuencias la construcción del régimen jurídico de la huelga en los servicios esenciales, y ello independientemente de quién o quiénes sean los operadores jurídicos encargados de la construcción. Exactamente lo mismo puede decirse del entero régimen jurídico del derecho de huelga<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Vid., M. C. PALOMEQUE LÓPEZ, *Derecho Sindical Español*, op. cit., pp. 290-292.

Para J. MATÍA PRIM, *El abuso del derecho de huelga*, CES, Madrid, 1996, p. 51, la vigente regulación del derecho de huelga tiene carácter mixto: conviven la regulación legal y la regulación judicial, debido fundamentalmente a la reelaboración del DLRT a cargo de la STC 11/81, que promueve la actuación judicial reguladora a través de la técnica jurídico-valorativa del abuso del derecho.

<sup>2</sup> El régimen jurídico del derecho de huelga que instaura originalmente el DLRT en 1977 y el vigente régimen jurídico son dos cosas distintas, como consecuencia de la obra de restauración efectuada por el Tribunal Constitucional al amparo principalmente del artículo 28.2 CE. En efecto, el “edificio” actual del derecho de huelga es el resultado de la “restauración” del construido por el legislador preconstitucional de 1977 siguiendo el nuevo estilo arquitectónico plasmado principalmente en el artículo 28.2 CE. Restauración que ha operado en prácticamente todas las plantas del edificio y que ha sido posible gracias a algunas de las técnicas de protección del derecho fundamental de huelga, como el recurso de inconstitucionalidad —presentado contra el DLRT—, el recurso de amparo, la garantía del contenido esencial, el principio de proporcionalidad, etc. Así, sin ánimo exhaustivo, las intervenciones correctoras se han proyectado sobre las siguientes cuestiones: requisitos procedimentales y sujetos capaces de proclamar la huelga —SSTC 11/81; 13/86 y 36/93—; posibilidades empresariales de cierre patronal —STC 11/81—; publicidad y difusión del hecho huelguístico —SSTC 254/88; 137/97, etc.—; limitación del poder de dirección empresarial en relación como la sustitución de trabajadores y con las primas antihuelga y antiabsentismo —SSTC 123/92; 189/93—; repercusiones procesales derivadas de la posible existencia de discriminación —STC 90/87—; calificación de determinadas modalidades huelguísticas —SSTC 11/81; 72/82—; objetivos que pueden perseguirse —SSTC 11/81; 36/93—;



Prácticamente todos los elementos importantes que integran el actual régimen jurídico de la huelga en los servicios esenciales, buena parte de los cuales han sido moldeados por el TC, son como son por el hecho de que la huelga tenga carácter fundamental. Lo que se acaba de decir podría igualmente afirmarse de haberse emanado la ley orgánica de desarrollo del artículo 28.2 CE. Seguramente el régimen jurídico sería bastante diferente, pero en todo caso sería el producto de la voluntad política del legislador orgánico —voluntad seguramente consensuada—, asentada sobre la base del carácter fundamental del derecho de huelga y vigilada atentamente por el TC.

A estas alturas del discurso quizá convenga plantearse cómo sería a grandes rasgos el régimen jurídico de la huelga en los servicios esenciales de no tener el derecho de huelga carácter fundamental. Aun a riesgo de ser tachado de adivino es probable que dicho régimen se asentase en la redacción original del artículo 10.2 DLRT y que en lugar de huelga en los servicios esenciales se hablase de huelga en los servicios públicos y en los servicios de reconocida e inaplazable necesidad, y que en vez de mantenimiento de los servicios se partiese del concepto de funcionamiento, y que la potestad de la autoridad gubernativa fuese discrecional, etc.

No hace falta decir que el escenario que se pinta restringe mucho más el derecho de huelga que el actual, el que nace del artículo 28.2 CE. Escenario más restrictivo que, obvio es decirlo, no podría ser corregido por el TC. Tampoco es probable que el TS atenuase el modelo fuertemente restrictivo: basta con recordar que las primeras sentencias del Supremo sobre la huelga en los servicios esenciales, las de 1980, avalaron

---

servicios de seguridad y mantenimiento —STC 11/81—; vías traumáticas de finalización de la huelga—STC 11/81—; efectos sobre la relación de Seguridad Social —SSTC 13/84; 48/91—; etc. Cfr., por todos, A. BAYLOS GRAU, «La regulación del derecho de huelga en España: panorámica general», en *Relaciones Laborales y Seguridad Social*, 1997, núms. 23-24, pp. 1249-1265.

A la actividad correctora del TC hay que añadir la de los tribunales ordinarios. Vid., a este propósito, A. CEINOS SUÁREZ, *La jurisprudencia del ...*, op. cit. El frustrado PLOH recogía buena parte de la labor correctora de los tribunales, especialmente del TC, en un ejemplo más de la influencia que sobre el régimen jurídico de esta institución tiene su consideración como derecho fundamental.

La importancia que en la configuración del derecho de huelga tiene su reconocimiento constitucional es coherente con la importancia que en general tiene la Constitución en el diseño de las instituciones claves del Derecho del Trabajo. A este propósito, véase, por todos, A. MARTÍN VALVERDE, «La Constitución como fuente del Derecho del Trabajo», en *REDT*, 1988, núm. 33, pp. 55-69.

los excesos de la autoridad gubernativa y que sólo cuando el TC intervino corrigiendo la errónea línea que se venía siguiendo el TS se acomodó lentamente a la doctrina del TC<sup>3</sup>.

Puestos a ser pesimistas, si el derecho de huelga fuese un producto más de la legalidad ordinaria, como sucedía originalmente con el DLRT, nada impediría no ya una limitación intensiva de la huelga ejercida en el ámbito de los servicios esenciales, sino simple y llanamente su prohibición, sin que los instrumentos internacionales suscritos por España pudieran evitarlo<sup>4</sup>. La importancia de esta cuestión se explica por sí sola.

Dejando al margen los escenarios hipotéticos, el régimen jurídico de la huelga en los servicios esenciales que se aborda a partir del siguiente capítulo está continuamente salpicado de soluciones construidas inequívocamente sobre la base del carácter fundamental del derecho de huelga, como por ejemplo los conceptos de servicios esenciales y de mantenimiento de los servicios esenciales. Y está igualmente lleno de soluciones que si bien no fueron construidas sobre la base del carácter fundamental del derecho de huelga sí han sido remozadas partiendo de dicha base, como sucede significativamente con la intervención de la autoridad gubernativa *ex* artículo 10.2 DLRT: con su propia identificación y con los requisitos que necesariamente debe cumplir.

Por otra parte, y sin perjuicio de lo dicho en el párrafo anterior, algunos de los elementos que integran el régimen jurídico tantas veces citado no se acomodan como debieran al carácter fundamental del derecho de huelga: el caso de la ausencia de ley orgánica de desarrollo del artículo 28.2 CE y del absolutamente ineficiente control judicial de la intervención de la autoridad gubernativa, frecuentemente antijurídica, Y elementos del régimen jurídico que no se acomodan no ya al carácter fundamental del derecho de huelga sino al modelo de relaciones laborales diseñado por la Constitución: el papel marginal de la autonomía colectiva en materia de mantenimiento de los servicios esenciales contrasta con la centralidad que la misma tiene en el sistema democrático de relaciones laborales que nace de la Constitución.

---

<sup>3</sup> De las reticencias iniciales del TS y de su acomodación progresiva a la doctrina del TC se habla en distintos pasajes de esta investigación, a los que se remite.

Sirvan las líneas anteriores como apresurada introducción de lo que a partir del siguiente capítulo se estudia. Será entonces cuando se aprecie poco a poco y con claridad la influencia del carácter fundamental del derecho de huelga en el régimen jurídico del mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad. Puede decirse que esa influencia es uno de los hilos conductores de esta investigación.

Otro hilo conductor es la posibilidad de que el mantenimiento de los servicios esenciales se utilice subrepticamente para expresar la histórica desconfianza con que el Poder y el Derecho contemplan el fenómeno social huelguístico. No es de extrañar que el mantenimiento de los servicios esenciales sea utilizado como tapadera bajo la que ocultar una política de domesticación del incómodo derecho de huelga. Una forma subreptica de descabezar tan peligrosa medida conflictiva, de aminorar la ambiciosa función político-jurídica que la Constitución le reconoce<sup>5</sup>. Y no es de extrañar porque el mantenimiento de los servicios esenciales es prácticamente hoy día la única limitación del derecho de huelga pacíficamente aceptada y contra la que es muy difícil luchar<sup>6</sup>. Además, conocida la centralidad que en la sociedad actual tienen las huelgas en los servicios esenciales que mejor manera de cercenar la funcionalidad del derecho de huelga que cebarse en este ámbito, yendo en la limitación más allá de lo que en puridad correspondería<sup>7</sup>.

---

<sup>4</sup> El CLS de la OIT permite tanto la limitación como la prohibición de la huelga en los servicios esenciales. Vid., *infra*, capítulo segundo, apartado C, epígrafe 1.b.

<sup>5</sup> Aunque teóricamente la función del derecho de huelga y su regulación restrictiva en los servicios esenciales sean cuestiones ajenas, caminos destinados a no cruzarse, pudiera suceder que se aprovechara la vía del mantenimiento de los servicios esenciales para afectar, en mayor o menor medida, a la función del derecho fundamental de huelga. Aunque no se refiera expresa y nominalmente al mantenimiento de los servicios esenciales, la posibilidad de afectación del significado profundo del derecho de huelga por la vía de los límites externos, entre los que se encuentra el citado mantenimiento, es barajada por F. DURÁN LÓPEZ, *Derecho de huelga ...*, op. cit., p. 41, cuando establece: «{...} cuando, como consecuencia de esta “delimitación negativa” {límites externos} resulte un derecho de huelga incapaz de desempeñar las funciones específicas de su significación jurídico-política, el reconocimiento normativo del mismo será mas ilusorio que real».

Cualquiera de los modelos y submodelos mencionados en el epígrafe anterior acepta pacíficamente la existencia de una regulación adicional del derecho de huelga en el ámbito de los servicios esenciales. Implícitamente en este sentido, F. VALDÉS DAL-RE, «Límites al derecho ...», op. cit., pp. 613-614. En cambio, A. BAYLOS GRAU, «La militarización en ...», op. cit., p. 56, entiende que el modelo de huelga condiciona las técnicas jurídicas que se utilizan en el ámbito de los servicios públicos.

<sup>6</sup> Vid., T. PIPAN, *Sciopero contro l'utente La metamorfosi del conflitto industriale*, B. Boringhieri, Torino, 1989, p. 168.

<sup>7</sup> La importancia de estas huelgas no ha escapado a los estudios sobre la materia. Así, tempranamente, G. LEFRANC, *La huelga: historia ...*, op. cit., pp. 64 ss., respecto de los ferroviarios, que sustituían en importancia a los mineros. Más recientemente, entre otros muchos, E. TIERNO GALVÁN, en E. Tierno Galván y M. Muñoz Alonso, *La huelga. Cara ...*, op. cit., pp. 28-29, en los

Buena parte de los límites del derecho de huelga, los otrora incuestionables límites internos, han sucumbido ante las sólidas críticas doctrinales, tarde o temprano recogidas por la jurisprudencia<sup>8</sup>. Un ejemplo paradigmático lo constituyen las cada vez más importantes huelgas socioeconómicas dirigidas contra los poderes públicos, normalmente con el carácter de huelgas generales, cuya licitud ha acabado siendo reconocida por la jurisprudencia, pese al tenor literal del artículo 11. a) DLRT<sup>9</sup>. Para compensar esa licitud y transmitir una sensación de normalidad productiva, de fracaso huelguístico, nada más fácil y menos costoso que ampararse formalmente en la cláusula del mantenimiento de los servicios esenciales para materialmente contrarrestar el fenómeno huelguístico en su conjunto<sup>10</sup>. Eso es lo que la autoridad gubernativa viene haciendo desde la huelga general del 14 de diciembre de 1988<sup>11</sup>.

Así las cosas, el estudio del régimen jurídico de la huelga en los servicios esenciales, especialmente de su aplicación práctica, debe ser abordado necesariamente con tono crítico. La protección de determinados usuarios perjudicados por el ejercicio del derecho de huelga, que es lo que está detrás del mantenimiento de los servicios esenciales, pudiera subrepticamente servir para descabezar el derecho de huelga, para limar su profundo significado político-jurídico. Ese peligro obliga a tratar esta materia con exquisito cuidado, intentando llegar al fondo de las cosas para saber si el uso que del mantenimiento de los servicios esenciales se está efectuando es el querido por la Constitución o, si por el contrario, está siendo utilizado adicionalmente con otros fines.

---

siguientes términos: «{...} las huelgas capaces de producir este desorden exterior son las que tienen mayores posibilidades de éxito, porque aumentan sus posibilidades de coacción» y M. R. ALARCÓN CARACUEL, «Un posible modelo de regulación de la huelga que afecte a servicios esenciales de la comunidad», en *RL*, 1991, núm. 19, p. 9, quien entiende, con alguna dosis de exageración, que «{...} las huelgas en los servicios esenciales son casi las únicas que conservan una eficacia —como “arma” a utilizar en la lucha social— verdaderamente significativa».

Tómese esta nota como un adelanto de lo que se dirá en el primer apartado del capítulo siguiente, dedicado a la importancia de la huelga en los servicios esenciales.

<sup>8</sup> *Infra*, capítulo tercero, apartado D, epígrafe 1.a.

<sup>9</sup> STC 36/93.

<sup>10</sup> Alude más o menos a esta posibilidad, A. BAYLOS GRAU, «Formas nuevas y ...», op. cit., pp. 72-73.

<sup>11</sup> Vid., *infra*, capítulo segundo, apartado C, nota 99, en la que se da cuenta de cómo a partir de la huelga general del 14 de diciembre de 1988 la autoridad gubernativa ha sustituido el concepto de servicios esenciales por el de servicios públicos, ampliando el ámbito de restricción del fenómeno huelguístico.

## **CAPÍTULO II**

### **EL MANTENIMIENTO DE LOS SERVICIOS ESENCIALES DE LA COMUNIDAD EN CASO DE HUELGA**

## **A. LA HUELGA EN LOS SERVICIOS ESENCIALES: UN FENÓMENO SOCIAL DE CRECIENTE IMPORTANCIA PARA EL DERECHO**

La importancia de la huelga en los servicios esenciales a nadie escapa, habiéndose convertido en el tema estrella de los que integran la disciplina jurídica de la huelga, y ello tanto desde la perspectiva *de iure condendo* como de la *de iure conditio*<sup>1</sup>. Antes de estudiar la respuesta que el Ordenamiento jurídico ha dado a la cada vez más importante realidad social de la huelga en los servicios esenciales, conviene conocer, siquiera sea someramente, la propia realidad social.

### **1. CONTEXTO SOCIOLOGICO E IMPORTANCIA DEL FENÓMENO**

El contexto sociológico en el que se ubica la huelga en los servicios esenciales es el de la transformación de los escenarios tradicionales del conflicto, cuyo centro de gravedad ha pasado del sector industrial al terciario. Por cierto, la transformación aludida alcanza al conflicto y a los demás elementos del sistema de relaciones laborales.

La terciarización del conflicto, es decir, la mayor incidencia del conflicto dentro del sector terciario o servicios, frente al declive del conflicto en el sector industrial, obedece al mayor peso que en las economías de capitalismo avanzado asumen el sector terciario en el conjunto de la economía y los trabajadores de dicho sector dentro del conjunto de la población asalariada<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> M. R. ALARCÓN CARACUEL, «Un posible modelo ...», op. cit., p. 9, señala la enorme importancia que estas huelgas han asumido en aquellas sociedades cuyo rasgo básico es la terciarización de la economía. En el mismo sentido, G. GIUGNI, *Diritto sindacale*, op. cit., p. 255.

Una manera indirecta de constatar la importancia es contemplar los índices de las sucesivas ediciones de los manuales de Derecho del Trabajo y de Derecho Sindical, españoles y extranjeros, y comprobar el creciente protagonismo del argumento relativo a la huelga en los servicios esenciales.

<sup>2</sup> Este tema ha sido especialmente estudiado en Italia, por lo que a los países de nuestro entorno se refiere, siendo los resultados de dichos estudios perfectamente trasladables a la realidad española. Así, entre otros muchos, puede citarse a O. KAHN FREUND, «Le relazioni sindacali: tradizione e rinnovamento», en *GDLRI*, 1980, pp. 414 ss., quien a pesar de no ser italiano ejerce una enorme influencia en Italia; A. ACCORNERO, «La “terciarizzazione” del conflitto e i suoi effetti», en G. P. Cella y M. Regini, *Il conflitto industriale in Italia*, Il Mulino, Bologna, 1985, pp. 275-313; T. PIPAN, *Sciopero contro l'utente ...*, op. cit.; G. P. CELLA (a cura di), *Il conflitto. La trasformazione. la prevenzione. Il controllo*, Giappichelli, Torino, 1992; P. CURZIO, *Autonomia collettiva e sciopero nei servizi essenziali*, Cacucci, Bari, 1992, pp. 13-27; L. BORDOGNA, «Il conflitto», en M. Ricciardi (a cura di), *Gli studi di relazioni industriali negli anni 80*, F. Angeli, Milano, 1993, pp. 109-133; R. FRANZOSI, «Conflitto industriale e conflitto terziario: nuova evidenza empirica sul caso italiano», en

El que se acaba de mencionar es el sentido más conocido de la terciarización<sup>3</sup>. Otro sentido, eminentemente subjetivo y cultural, y desde luego menos conocido, es el que ve en la terciarización la presencia intencionadamente buscada del público usuario o consumidor como protagonista principal del conflicto, ya se produzca éste en el área de la prestación de servicios, que es lo más frecuente, o en el de la producción de bienes<sup>4</sup>.

La interacción de las dos caras de la terciarización que se acaban de ver, la estructural y la cultural, altera sustancialmente los términos en los que tradicionalmente venía estudiándose el conflicto<sup>5</sup>. El elemento más representativo del nuevo escenario es la aparición, unas veces con intencionalidad y otras sin ella, de un tercer protagonista junto a trabajadores y empresarios, los consumidores y usuarios de bienes y servicios afectados por el ejercicio del derecho de huelga. Cada vez son más frecuentes las huelgas en las que aparecen involucrados terceros usuarios, ya sea porque se producen en sectores donde la presencia de usuarios es inevitable, ya porque la nueva dinámica conflictiva busca intencionadamente involucrar a terceros.

Adviértase que la novedad no reside tanto en la presencia de terceros usuarios en los conflictos, que históricamente siempre han estado presentes, como en la enorme

---

*Lavoro e relazioni industriali*, 1995, núm. 2, pp. 135-157; y M. MC BRITTON, *Sciopero e diritti degli utenti*, F. Angeli, Milano, 1995, pp. 11-31.

Marginalmente se ocupan también de este tema, E. CORDOVA, «Tendencias y determinantes de las huelgas en la administración pública», en *RIT*, 1985, núm. 2, pp. 155 ss.; E. ROJO TORRECILLA, *El derecho de huelga. Elementos para la reflexión*, CiJ, Barcelona, 1992; y F. VALDÉS DAL-RÉ, «Derecho de huelga: interés comunitario y defensa de derechos fundamentales», en *Asesoría Laboral*, 1998, núm. 93, pp. 14-15.

<sup>3</sup> A. ACCORNERO, «La “terciarizzazione” del ...», op. cit., pp. 275 ss., alude a cuatro acepciones de terciarización del conflicto: material, funcional, demostrativa y subjetiva.

<sup>4</sup> Véase, en este sentido, M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, «La huelga de transportes en periodos punta», en *RL*, 1990, núms. 15-16, pp. 5-6 y L. E. DE LA VILLA, «Servicios mínimos en empresas prestatarias de servicios públicos» en *REDT*, 1991, núm. 47, pp. 444-446.

<sup>5</sup> Muchos son los elementos que definen el nuevo escenario conflictivo, además de la aparición de un tercer protagonista, los usuarios. Así, y por citar sólo algunos: mayor presencia del Estado, ya sea en calidad de empresario, de mediador o de regulador; mayor fragmentación de las organizaciones de representación de los trabajadores, así como de sus estrategias; difícil determinación en muchos casos de la contraparte empresarial; disminución del daño empresarial, debido a la frecuente presencia de monopolios legales y naturales; cambios en la cualidad del conflicto, que se ha trasladado del sector privado al sector público y también a aquellas categorías que gozan de una situación relativamente ventajosa y que no han sido ni histórica ni sociológicamente trabajadores, y, por tanto, que no han ostentado el derecho de huelga; etc. A estas circunstancias directamente relacionadas con la terciarización del conflicto habría que sumar otras, como la crisis de representatividad de los sindicatos, el predominio progresivo de las huelgas utilitaristas y político-demostrativas sobre las movilizadoras, la ruptura de la cultura huelga y solidaridad, etc. Todas estas circunstancias han sido señaladas por los autores citados en la nota 2. Igualmente, M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, «El caso italiano y el proyecto de regulación de la huelga en los servicios esenciales», en *RL*, 1988 II, p. 53.

importancia cuantitativa y cualitativa que esta presencia ha alcanzado. Siempre ha habido usuarios perjudicados por las huelgas, pero ni su número era significativo ni, sobre todo, existía conciencia generalizada de que el perjuicio ocasionado constituyese un grave y específico problema social<sup>6</sup>.

## **2. LA RESPUESTA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO AL IMPORTANTE FENÓMENO SOCIAL: LA PROTECCIÓN SELECTIVA DE LOS USUARIOS**

La existencia de una problemática e importante realidad social, como es el perjuicio que gran parte de las huelgas ocasionan a los usuarios de los servicios afectados, exige una adecuada respuesta del Ordenamiento jurídico. El mismo Estado social que eleva la huelga a la categoría de derecho subjetivo se ve obligado a responder a la realidad social del perjuicio que el ejercicio de dicho derecho subjetivo ocasiona a los usuarios. Respuesta que como podrá imaginarse pasa por restringir en mayor o menor medida el propio derecho de huelga. Cuando la huelga no era calificada jurídicamente como derecho subjetivo no era necesaria una específica respuesta al perjuicio de los usuarios, bastando con la genérica respuesta del Ordenamiento al fenómeno social huelguístico, especialmente si ésta consistía en la tipificación penal.

Por supuesto, todos los Ordenamientos jurídicos no abordan la citada realidad social de la misma manera. Es en el terreno de las concretas soluciones jurídicas donde las discrepancias pueden hacer acto de presencia. El Ordenamiento español, siguiendo la línea trazada por el italiano, se decanta por ofrecer directamente protección a los usuarios perjudicados por el ejercicio del derecho de huelga. La solución adoptada por el Ordenamiento francés, por contra, consiste en la protección directa del propio aparato institucional del Estado, siendo la protección otorgada a los usuarios un mero reflejo de la continuidad de los servicios públicos<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> En parecido sentido, P. CURZIO, *Autonomia collettiva e ...*, op. cit., pp. 13-14.

<sup>7</sup> Vid., P. TERNEYRE, «Vade-mecum du ...», op. cit., pp. 804 ss., quien se muestra ciertamente crítico con el papel secundario de la protección de los intereses de los usuarios; A. JEAMMAUD, «Huelga y servicios esenciales en el Derecho Francés», en *Revista de Treball*, 1990, núm. 12, pp. 22 ss.; P. AUVERGNON, «Regulación de la huelga en los servicios públicos en Francia», en *DL*, 1992, núm. 37, pp. 115 ss.; J. PÉLISSIER, «Grève et substituts ...», op. cit., pp. 132 ss.; y E. DEVAUX, *La grève dans ...*, op. cit., pp. 180 ss.



La opción del Ordenamiento español a favor de la protección directa de los intereses de los usuarios perjudicados por el ejercicio del derecho de huelga resulta inequívoca en la doctrina del TC<sup>8</sup>. Así, la STC 11/81 establece: «En la medida en que la destinataria y acreedora de tales servicios es la comunidad entera y los servicios son al mismo tiempo esenciales para ella, la huelga no puede imponer el sacrificio de los intereses de los destinatarios de los servicios esenciales. El derecho de la comunidad a estas prestaciones vitales es prioritario respecto del derecho a la huelga» (F. J. 18)<sup>9</sup>. Mientras, la STC 53/86 entiende: «En concreto la propia Constitución enuncia como límite expreso la necesidad de garantizar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad, cláusula limitativa que introduce una primera y básica diferenciación en el tratamiento constitucional del derecho de huelga, pues singulariza el que se ejercita en los servicios esenciales, *en razón, conforme ya ha tenido ocasión de manifestar este Tribunal, de la comparecencia como parte afectada de los ciudadanos, cuyo interés en el mantenimiento de aquellos servicios ha de quedar salvaguardado*» (F. J. 3) (mías las cursivas).

En realidad, el criterio jurídico acogido por el Ordenamiento español no es el de la protección indiferenciada de la totalidad de usuarios perjudicados<sup>10</sup>, que llevado hasta

---

<sup>8</sup> Confirman esta tesis, J. MATÍA PRIM y otros, *Huelga, cierre patronal ...*, op. cit., pp. 137-138 y F. VALDÉS DAL-RÉ, «Servicios esenciales y servicios mínimos en la función pública», en *RL*, 1986 II, pp. 125-128.

El criterio del perjuicio de los usuarios venía siendo utilizado desde finales de los setenta por la doctrina. Así, antes de la STC 11/81, por todos, M. ALONSO OLEA, *Derecho del Trabajo*, FDUCM, Madrid, 1980, p. 547. Tras la intervención del TC, entre otros muchos, F. DURÁN LÓPEZ, «Los derechos de los ...», op. cit., p. 13; y J. CRUZ VILLALÓN, «La intervención de la autoridad gubernativa (laboral) en la fijación de los servicios mínimos», en *RL*, 1988, núm. 10, pp. 20-26.

El mejor estudio de este criterio se debe a A. BAYLOS GRAU, *Derecho de huelga y ...*, op. cit., pp. 121 ss. Con menor detenimiento, S. TORRENTE GARI, *El ejercicio del ...*, op. cit., pp. 214 ss.

<sup>9</sup> Por lo demás, el pronunciamiento del TC es polémico y desacertado, ya que emplea unos términos equívocos. Así, en primer lugar, habla del perjuicio a la entera comunidad, cuando parece más correcto aludir al perjuicio de los concretos usuarios de los servicios afectados por el ejercicio del derecho de huelga. En este sentido, M. R. ALARCÓN CARACUEL, «Un posible modelo ...», op. cit., p. 13, para quien el pronunciamiento introduce una lógica cuantitativa contraria a la lógica cualitativa que subyace al artículo 28.2 CE. Cfr., igualmente, STS (3ª), de 17 de marzo de 1984, Ar. 1462, cdo. 5. Para W. DÄUBLER, «La huelga en ...», op. cit., p. 87, la misma fórmula utilizada por la CE está elegida con labilidad psicológica, ya que fuerza a todo crítico a la posición impopular de querer poner en peligro la existencia de la comunidad. En segundo lugar, razona en términos de preferencia de unos intereses, los de los usuarios de los servicios, sobre otros, los de los huelguistas, sin que dicha preferencia se deduzca del artículo 28.2 CE, tal y como resulta confirmado en pronunciamientos posteriores del TC, a propósito del concepto de mantenimiento, de la aplicación del principio de proporcionalidad, etc.

<sup>10</sup> El artículo 51 CE —«Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos»— no acoge el criterio de la protección indiferenciada de los usuarios frente

sus últimas consecuencias provocaría la inanición del derecho de huelga, pues rara es la huelga moderna en la que no aparecen implicados intereses de terceros<sup>11</sup>. El criterio elegido es el de la protección selectiva de los usuarios perjudicados, en base al cual el Ordenamiento sólo ofrece protección específica a ciertos usuarios; no, por tanto, a cualesquiera usuarios.

De este modo, del conjunto de usuarios perjudicados por el ejercicio del derecho de huelga unos obtienen protección jurídica específica y el resto debe acomodarse con la protección que pudiera derivar de la regulación ordinaria del derecho de huelga, por lo demás no pensada para proteger directamente los intereses de los usuarios. Por supuesto, siempre cabe la posibilidad de proteger a estos últimos usuarios por la vía de la autorregulación, mediante la cual los propios huelguistas deciden autolimitar su derecho de huelga para proteger a los usuarios del perjuicio que el ejercicio del mismo pudiera ocasionarles.

¿Cuáles son los usuarios específicamente protegidos por el Ordenamiento jurídico? Únicamente los usuarios de los servicios considerados esenciales. Cuando se aborde el concepto de servicios esenciales se entenderá con mayor facilidad el criterio jurídico de la protección selectiva de los usuarios perjudicados por el ejercicio del derecho de huelga, tanto lo que se refiere a su extensión o alcance como, sobre todo, a su fundamento.

No hay por tanto la menor duda de que la respuesta que el Constituyente español de 1978 da al problema social del perjuicio ocasionado a terceros usuarios por el ejercicio

---

al ejercicio del derecho de huelga. Más bien está pensando en la protección de los usuarios y consumidores frente a determinadas actuaciones empresariales.

Con carácter adicional y secundario acuden a este precepto constitucional a propósito del mantenimiento de los servicios esenciales, I. ALBIOL MONTESINOS y T. SALA FRANCO, «El mantenimiento de los servicios mínimos y de los servicios esenciales de la comunidad como límites del derecho de huelga», en *AL*, 1987, p. 1313. También aluden secundariamente al mismo las SSTs (3ª), 28-9-1982, Ar. 6303, cdo. 4; 17-5-89, Ar. 3784, F. J. 6; y 2-7-91, Ar. 6770, F. J. 4.

<sup>11</sup> En la crítica que con anterioridad a la intervención del TC efectuaba A. BAYLOS GRAU, *El derecho de ...*, op. cit., pp. 282 ss., al criterio del perjuicio de los usuarios, manifestaba claramente que la aceptabilidad del criterio dependía de que el citado perjuicio se concretara en los derechos fundamentales de la sección 1ª, capítulo 2º del título I de la CE. El mismo autor en *Derecho de huelga y ...*, op. cit., pp. 121 ss., vuelve a insistir sobre esa cuestión, advirtiendo del peligro de las opiniones doctrinales que aluden simplemente al criterio del perjuicio genérico a los intereses de terceros. Con menor detenimiento, S. TORRENTE GARI, *El ejercicio del ...*, op. cit., pp. 214 ss.

del derecho de huelga consiste en la protección selectiva de dichos usuarios, a través del concepto de servicios esenciales de la comunidad: sólo los usuarios de esos servicios están específicamente protegidos por el Ordenamiento jurídico.

La respuesta jurídica dada por el Ordenamiento al problema social tantas veces mencionado, que no se olvide es una respuesta que pasa por la restricción del derecho de huelga, ha estado rodeada desde el inicio de una generalizada aceptación<sup>12</sup>. Aceptación de las cuestiones generales, es decir, de la existencia del problema social, de la necesidad de una solución jurídica y de que ésta consista en la protección selectiva articulada a través del concepto de servicios esenciales. Como puede imaginarse, en el tránsito de las cuestiones generales a los concretos contenidos jurídicos la aceptación es sustituida por la discrepancia, habitual en el terreno jurídico. Una cosa es convenir la necesidad de una específica regulación jurídica e incluso la orientación de la misma y otra bien distinta la articulación técnico-jurídica de la regulación.

Aceptación que, por lo demás, contrasta con la controversia que acompaña a toda propuesta restrictiva del derecho de huelga, ya se refiera a la titularidad del derecho, a las modalidades protegidas, a los intereses objeto de tutela, al procedimiento a seguir, etc.

Las fuerzas políticas<sup>13</sup> que conformaron el Poder Constituyente sentaron las bases de la aceptación de la que se viene hablando, plasmándola en la redacción dada al artículo 28.2 CE<sup>14</sup>. Pero la aceptación generalizada de las cuestiones generales no se

---

<sup>12</sup> A. BAYLOS GRAU, *Derecho de huelga y ...*, op. cit., pp. 25 ss., ha sido quien con mayor profundidad y rigor se ha ocupado de constatar la unánime aceptación.

<sup>13</sup> Para R. L. SORIANO DÍAZ, «Las limitaciones al ejercicio de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978», en AA.VV., *Derechos económicos, sociales y culturales*, Univ. de Murcia, Murcia, 1981, p. 199, la previsión relativa al mantenimiento de los servicios esenciales, al igual que otras relativas al orden público, etc., es una concesión de las fuerzas políticas progresistas a las conservadoras, a cambio de otras concesiones efectuadas por estas últimas a las primeras, como por ejemplo la función social como limitación del derecho de propiedad. Aunque el anterior argumento no carezca del todo de fundamento, la previsión expresa se debe principalmente a la importancia adquirida por el fenómeno social en los países de nuestro entorno, así como en la OIT, lo que llevó a los más conservadores a incluir esta fórmula, sin que hubiera gran oposición por parte de las fuerzas progresistas. En este sentido, resulta sintomático cómo un autor italiano claramente progresista, G. F. MANCINI, «Sistema económico y ...», op. cit., p. 54, al comentar la Constitución española admite plenamente la presencia del límite expreso del mantenimiento de los servicios esenciales, lo cual contrasta con el tono pesimista que impregna su artículo sobre el modelo constitucional económico y laboral.

<sup>14</sup> Tanto la presencia expresa en la CE de la cláusula relativa al mantenimiento de los servicios esenciales, como los concretos términos empleados, no fueron apenas puestos en entredicho en el debate

limita al Constituyente, de por sí propenso al consenso, alcanzando también a la jurisprudencia<sup>15</sup> y, lo que es más sorprendente, a la doctrina<sup>16</sup>.

### 3. LA INFLUENCIA DE OTROS CRITERIOS JURÍDICOS

Resulta relativamente fácil concluir hoy día, con una experiencia de ya más de 20 años, que con la constitucionalización del mantenimiento de los servicios esenciales se pretende exclusivamente ofrecer respuesta al problema social del perjuicio ocasionado por las huelgas a los terceros usuarios; a determinados usuarios para ser más precisos.

A la altura de 1978, por contra, no estaba tan claro que bajo la fórmula constitucional mantenimiento de los servicios esenciales el único criterio acogido fuese el

---

constitucional, lo que contrasta con la importancia que en el mismo debate se concedió a otros temas, singularmente a la huelga política. Sobre esta cuestión, véase, A. BAYLOS GRAU, *Derecho de huelga y ...*, op. cit., pp. 25-27, nota 1.

J. VIDA SORIA, «Génesis de las ...» op. cit., p. 254, da cuenta del único cambio en la redacción de la previsión relativa al mantenimiento de los servicios esenciales —el art. 31.3 del anteproyecto del texto constitucional establecía: «{...} La ley regulará el ejercicio de este derecho, que no podrá atentar al mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad». La redacción definitiva aparece en el dictamen de la Comisión de asuntos constitucionales y libertades públicas del Congreso relativo al anteproyecto—, que no fue explicado en el debate, lo que le hace pensar que los grupos políticos sobreentendieron que no tenía repercusión. Téngase en cuenta que este autor avisa del escaso provecho que el jurista puede encontrar en los debates constitucionales, como consecuencia de las servidumbres del consenso: el escaso debate, la falta de rigor técnico-jurídico, la enorme ambigüedad de los preceptos, etc.

<sup>15</sup> Las primeras sentencias de los tribunales ordinarios que se ocuparon de este tema —SSAN 6-6-80; 20-6-80; 24-7-80 y SSTS (3ª) 11-7-80, Ar. 2950; 24-9-80, Ar. 3248; 24-9-80, Ar. 3249— no cuestionaron en ningún momento la necesidad y legitimación de la previsión constitucional, centrándose las discrepancias en el alcance de la misma y en las garantías de su aplicación. Tampoco el TC, en su sentencia 11/81, F. J. 18, planteó problemas al respecto.

<sup>16</sup> Con anterioridad a la Constitución la doctrina aceptaba sin problemas la existencia de un ámbito peculiar donde el ejercicio del derecho de huelga sufriría ciertas restricciones, aunque se utilizaran distintos términos para referirse a ese ámbito. Así, algunos autores hablaban ya de servicios esenciales, como por ejemplo M. L. DEVEALI, «El derecho de huelga y sus límites», en *RT*, 1956, núm. 10, p. 871 y AA.VV., *Derecho de huelga*, Zyx, Madrid, 1965, pp. 38 ss. Otros autores, en cambio, aceptaban genéricamente la categoría de los límites externos, entre los que sin duda cabría incluir el mantenimiento de los servicios esenciales. Así, F. DURÁN LÓPEZ, *Derecho de huelga ...*, op. cit., p. 81, nota 58; A. MARTÍN VALVERDE, «Huelga laboral y ...», op. cit., p. 85; y F. VALDÉS DAL-RÉ, «Límites al derecho ...», op. cit., pp. 613-614 (este artículo fue inicialmente publicado en *Cuadernos de Derecho del Trabajo*, 1977, núm. 3, pp. 13-51).

Una aceptación poco común es la efectuada por G. DIÉGUEZ CUERVO, «Ensayo jurídico sobre las huelgas políticas», en AA.VV., *El Derecho del Trabajo ante el cambio social y político*, Univ. de Zaragoza, Zaragoza, 1977, pp. 123 ss., quien incluye los servicios esenciales dentro de las huelgas contra la comunidad, que a su vez integran la categoría de las huelgas políticas.

Tras la aprobación de la CE de 1978 la aceptación doctrinal de la previsión constitucional del artículo 28.2 fue unánime, centrándose las discrepancias en la delimitación técnico-jurídica de la misma.

de la protección selectiva de los usuarios. Junto a éste circulaban otros, como la continuidad de los servicios públicos, la protección del interés general, la protección indiferenciada de los usuarios, etc<sup>17</sup>.

Parece evidente que el consenso político-constitucional alcanzado en torno al artículo 28.2 estuvo influenciado desde luego por el criterio de la protección selectiva de los usuarios, pero también por los criterios mencionados en el anterior párrafo. Buena prueba de lo que se dice es que apenas aprobada la Constitución se mencionaban indistintamente todos los criterios, a veces aisladamente y a veces conjuntamente.

Por otra parte, no está de más resaltar que el criterio de la protección selectiva de los usuarios es el resultado de una evolución histórica, cuyos antecedentes son, de menor a mayor proximidad, el criterio subjetivo de la condición de funcionarios públicos de los huelguistas y los criterios objetivos de continuidad de los servicios públicos, de protección del interés general y de protección indiferenciada de los usuarios. En la mayoría de los países la huelga ha estado históricamente prohibida o al menos restringida en el ámbito del sector público, principal antecedente histórico de la actual huelga en los servicios esenciales<sup>18</sup>, en un primer momento en atención a la condición de funcionarios públicos de los huelguistas<sup>19</sup> y posteriormente como consecuencia de los sacrosantos

---

Sobre este particular, véase, A. BAYLOS GRAU, *Derecho de huelga y ...*, op. cit., pp. 26-27, notas 2 a 6, con abundantes referencias bibliográficas.

<sup>17</sup> Ha sido A. BAYLOS GRAU quien mejor ha estudiado los criterios que de alguna manera explican la singularidad de la huelga en los servicios esenciales, dedicándole la primera parte de su tesis doctoral titulada *El derecho de ...*, op. cit., capítulo II. Del mismo autor, «Huelga y servicios esenciales para la comunidad», en AA.VV., *Jurisprudencia constitucional y relaciones laborales*, CEC, Madrid, 1983, pp. 197-200 y *Derecho de huelga y ...*, op. cit., pp. 25 ss. Otros autores también se han dedicado a esta cuestión, eso sí, sin la profundidad del autor citado anteriormente. Así, entre otros, S. TORRENTE GARI, *El ejercicio del ...*, op. cit., pp. 91 ss. y J. C. CASSAGNE, *La huelga en ...*, op. cit., pp. 41 ss. Desde el punto de vista del Derecho comparado, E. ALES, *Lo sciopero nei servizi pubblici in Europa tra interesse generale de autotutela. Spunti comparatistici*, Giappichelli, Torino, 1995, pp. 9 ss.

<sup>18</sup> La huelga en los servicios esenciales tal y como ha sido conformada por el TC nace en España con la Constitución de 1978, siendo su principal, que no exclusivo, antecedente histórico la huelga del sector público, caracterizada por la presencia del Estado como antagonista de los huelguistas, en el contexto de una visión liberal del Estado y de la sociedad civil. Ésa es la premisa de la que parte Baylos en las obras mencionadas en la nota anterior. También comparten esta visión, F. VALDÉS DAL-RÉ, «Derecho de huelga ...», op. cit., p. 15 y E. ALES, *Lo sciopero nei ...*, op. cit., pp. 27 ss.

<sup>19</sup> Sobre las razones dogmáticas que sustentaban la incompatibilidad entre función pública y huelga, así como su crítica y pérdida de vigencia general, véase, L. CAMPS RUIZ, J. M. RAMÍREZ MARTÍNEZ y T. SALA FRANCO, *Fundamentos de Derecho Sindical*, Ediciones De la Torre, Madrid, 1978, pp. 199 ss.; A. BAYLOS GRAU, *Derecho de huelga y ...*, op. cit., pp. 31 ss.; y S. TORRENTE GARI, *El ejercicio del ...*, op. cit., pp. 91 ss.

principios de continuidad y regularidad de los servicios públicos<sup>20</sup> y de prevalencia del interés general sobre el particular de los huelguistas<sup>21</sup>.

Aunque el objetivo fundamental de esos criterios no fuese proteger a los usuarios, sino más bien al aparato institucional del Estado, lo cierto es que éstos encontraban indirectamente protección<sup>22</sup>. Sólo cuando los citados criterios entran en crisis surge con fuerza el moderno criterio de la protección directa de los usuarios, ya sea protección indiferenciada ya selectiva.

En definitiva, es innegable que la constitucionalización del mantenimiento de los servicios esenciales estuvo influenciada por distintos criterios jurídicos, entre otros motivos por razones históricas. De hecho, como antes se ha dicho, los primeros años que siguieron a la aprobación de la Constitución se caracterizaron por el empleo conjunto o aislado de la totalidad de los criterios mencionados<sup>23</sup>, especialmente el de la continuidad de los servicios públicos y el de la protección del interés general<sup>24</sup>.

---

<sup>20</sup> Sobre este criterio, que continúa vigente en Francia, véase, A. BAYLOS GRAU, *Derecho de huelga y ...*, op. cit., pp. 88 ss., quien se pronuncia en tono ciertamente crítico, y S. TORRENTE GARI, *El ejercicio del ...*, op. cit., pp. 175 ss.

Por lo que a Francia se refiere, véase, por todos, P. TERNEYRE, *La grève dans les services publics*, Sirey, Paris, 1991, pp. 30 ss.

<sup>21</sup> Cfr., A. BAYLOS GRAU, *Derecho de huelga y ...*, op. cit., pp. 110 ss., con tono acertadamente crítico, y S. TORRENTE GARI, *El ejercicio del ...*, op. cit., pp. 210 ss.

<sup>22</sup> Para A. BAYLOS GRAU, *Derecho de huelga y ...*, op. cit., pp. 121 ss., la protección de los usuarios estaba implícita en el resto de criterios.

<sup>23</sup> Incluso en alguna ocasión se argumentó que todos los funcionarios públicos prestaban servicios esenciales. Es el caso del «Acuerdo sobre medidas en casos de ausencia no justificada al servicio de los funcionarios públicos», del Consejo de Ministros de 15 de Junio de 1979 (puede consultarse en A. CANO MATA, «La huelga de funcionarios», en *RAP*, 1980, núm. 93, pp. 129-149). También conecta función pública y servicios esenciales, J. M. JIMÉNEZ CRUZ, «La huelga de los funcionarios públicos» en *Documentación Administrativa*, 1982, núm. 196, pp. 52-53. Incluso hoy día, M. ALONSO OLEA y M. E. CASAS BAAMONDE, *Derecho del Trabajo*, Civitas, Madrid, 1998, pp. 1024 ss., se ocupan de la huelga de los funcionarios dentro de un epígrafe dedicado a la huelga en los servicios esenciales. Por contra, E. BORRAJO DACRUZ, «El derecho de huelga de los funcionarios públicos en la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981» en *REDC*, 1981, núm. 2, p. 140, entiende que «Los servicios atendidos por funcionarios públicos gozan de una fuerte presunción de interés social, pero no son, necesariamente y por sí mismos, servicios esenciales o vitales»; y F. SUÁREZ GONZÁLEZ, «El Derecho del ...», op. cit., p. 206, entiende que en el artículo 28.2 no se establecen limitaciones a la función pública.

<sup>24</sup> Prácticamente todas las disposiciones de la autoridad gubernativa de finales de los setenta e inicios de los ochenta aludían en sus preámbulos, como fundamento de su intervención, a la naturaleza de servicio público de los sectores o empresas afectados por el ejercicio del derecho de huelga y a la protección del interés general. Un caso especialmente significativo es el del Acuerdo del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía, de 5 de octubre de 1983, que delega la fijación de servicios mínimos en las Consejerías de Trabajo y en la competente por razón de la materia, y que utiliza exclusivamente el

El recurso a diferentes criterios, comprensible en la confusión propia del recién inaugurado periodo postconstitucional, es tajantemente rechazado por el supremo interprete de la Constitución, el TC, a la altura de 1981<sup>25</sup>. Para éste el único criterio

---

criterio del servicio público para justificar la imposición de servicios mínimos. Lo mismo puede decirse del Decreto del Consejo de Gobierno de Galicia 59/87, de 26 de marzo.

El criterio de la continuidad de los servicios públicos, así como el de la protección del interés general, fue frecuentemente utilizado por las primeras sentencias del Tribunal Supremo. Así, entre otras, las SSTs (3<sup>a</sup>) 11-7-80, Ar. 2950, cdo. 6 y 24-9-80, Ar. 3249, cdo. 1, aunque en realidad lo que predomina en las sentencias mencionadas es la confusión terminológica y la argumentación retórica, ya que tan pronto se alude a los servicios públicos como a los servicios de reconocida e inaplazable necesidad, no faltando alusiones a los servicios esenciales, a la protección del interés general y a los intereses constitucionales.

<sup>25</sup> El TC se encarga de despejar las dudas que pudieran existir en torno a la confusión de los conceptos de servicios públicos y de servicios esenciales. Dudas alimentadas por los autores que consideraban vigente la redacción original del artículo 10.2 DLRT y por la posible influencia francesa. El pronunciamiento aclaratorio del TC es el siguiente: «{...} disposición que debe ser entendida en el sentido de que la Autoridad Gubernativa puede adoptar medidas de garantía cuando la huelga afecte a servicios esenciales para la comunidad, pero no, como es obvio, cuando se trata de servicios públicos que no reúnen las circunstancias anteriormente señaladas» ( STC 26/81, F. J. 8). Con igual claridad la STC 53/86 establece: «{...} concreción {de los servicios esenciales} que no cabe elaborar en atención a la titularidad, pública o privada, del servicio en cuestión sino a través del carácter del bien satisfecho» (F. J. 3). Esa doctrina fue asumida por el artículo 11.1 del frustrado PLOH, al establecer: «A los efectos de la presente Ley se considerarán servicios esenciales de la comunidad, con independencia del régimen público o privado de su prestación, {...}». Lo mismo puede decirse del Acuerdo Vasco —punto I. I— y de la Ley italiana 146/90 —art. 1.1.—. Tempranamente, A. EMBID IRUJO, «La problemática actual de la huelga de funcionarios», en *REDA*, 1978, núm. 19, p. 605, señalaba con claridad que el concepto de servicios esenciales es más amplio que el de servicios públicos.

En todo caso, que no sean conceptos coincidentes no significa que sean totalmente ajenos: la incidencia de los servicios esenciales en el sector público es notablemente mayor que en el sector privado, si bien el creciente afán de privatización hace cada vez menos cierta esa afirmación. Por utilizar una terminología matemática, los servicios esenciales y los servicios prestados por las Administraciones Públicas son dos conjuntos distintos, si bien con una importante zona común. Sobre este particular, véase mi trabajo «Servicios esenciales y Administraciones Públicas», comunicación presentada al XI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, celebrado en Valencia los días 19 y 20 de Mayo de 2000 (pendiente de publicación).

En cuanto al criterio del perjuicio para el interés general, que el TC ni tan siquiera menciona, no podía de ningún modo estar detrás de la definición de servicios esenciales, precisamente por el carácter de derecho fundamental que la huelga asume en la Constitución de 1978, lo que implica que en el ejercicio de este derecho confluyan tanto intereses particulares o colectivos como generales. En este sentido, P. CALAMANDREI, «Il Significato costituzionale ...», op. cit., p. 232, para quien: «{...} la asunción del derecho de huelga entre los derechos fundamentales constitucionalmente garantizados demuestra que el interés colectivo profesional ha sido ascendido en la Constitución a interés general: como ha sucedido para todos los demás derechos de libertad constitucionalmente garantizados». También, L. ORTEGA, *Los derechos sindicales ...*, op. cit., p. 178 y M. O. SÁNCHEZ MARTÍNEZ, *La huelga ante ...*, op. cit., pp. 216-217, nota 230, para quien una cosa es que las reivindicaciones de los huelguistas puedan entenderse como interés privado o colectivo y otra bien distinta el interés que se hace valer mediante el ejercicio del derecho de huelga que, al igual que en el resto de derechos fundamentales, será siempre público. De esta manera la colisión que subyace a la fórmula del artículo 28.2 CE es de intereses públicos o generales y no de intereses públicos por un lado y privados o sociales por otro. Desde un punto de vista más general, véase, P. HÄBERLE, *Le libertà fondamentali ...*, op. cit., pp. 53 ss y la STC 159/86, F. J. 6, cuando establece: «Tanto las normas de libertad como las llamadas normas limitadoras se integran en un único ordenamiento inspirado por los mismos principios en el que, en último término, resulta ficticia la contraposición entre el interés particular subyacente a las primeras y el interés público que, en muchos supuestos, aconseja su restricción».

acogido por la Constitución es el de la protección de los usuarios de los servicios esenciales; protección selectiva, por tanto. La condición de funcionario público<sup>26</sup>, la continuidad del servicio público<sup>27</sup>, la protección del interés general, etc., no aparecen en la doctrina del TC; son criterios ajenos al mantenimiento de los servicios esenciales *ex* artículo 28.2 CE.

Sin embargo, la firme posición del TC no siempre es respetada. No faltan ejemplos de disposiciones de la autoridad gubernativa y de sentencias de los tribunales ordinarios que al amparo del artículo 28.2 CE manejan criterios ajenos a la protección selectiva de los usuarios. Pero esta cuestión, aquí solo apuntada, será convenientemente tratada y criticada en otro lugar<sup>28</sup>.

---

Por contra, J. C. CASSAGNE, *La huelga en ...*, op. cit., p. 74, entiende que el interés de los huelguistas es privado y que al colisionar con el interés general de los usuarios de los servicios esenciales debe ceder. En parecidos términos se sitúa J. RIVERO LAMAS, «La huelga en los servicios esenciales: complejidad del supuesto y opciones legislativas», en *El derecho de huelga. Seminario Hispano-Alemán en honor de los profesores Manuel Alonso Olea y Franz Gamillscheg*, editado por A. Montoya Melgar, *RFUCM*, 1993, núm. monográfico 17, p. 219, al seguir utilizando la contraposición entre el interés colectivo defendido por los huelguistas y el interés general de los usuarios de los servicios esenciales.

<sup>26</sup> La condición de funcionario público en España no conlleva una limitación del derecho de huelga de tipo subjetivo, es decir, por el sólo hecho de ser funcionario, sin perjuicio de que objetivamente buena parte de los funcionarios desarrollen sus actividades en el ámbito de los servicios esenciales y vean consecuentemente limitado su derecho de huelga. En cambio, en Alemania los funcionarios —*Beamten*— tienen prohibido el derecho de huelga. Vid., R. BIRK y E. HERNICHEL, «El derecho de huelga en los servicios públicos en la República Federal de Alemania», en *Documentación Laboral*, 1992, núm. 38, pp. 68-70. En este sentido, el CLS de la OIT admite que el derecho de huelga pueda ser objeto de restricciones, incluso de prohibiciones, en el ámbito de la función pública, aunque como contrapartida acoja un concepto estricto de funcionarios públicos: sólo aquéllos que ejercen funciones de autoridad en nombre del Estado. Vid., OIT, *La libertad sindical*, op. cit., párrafos 531-539, pp. 120-122.

Distinto es el caso de determinados cuerpos de funcionarios —militares, fuerzas y cuerpos de seguridad y carreras judicial y fiscal—, que sí tienen prohibido el derecho de huelga por el dato subjetivo de pertenecer a un determinado cuerpo de funcionarios. Sobre los argumentos comunes y específicos que tradicionalmente vienen empleándose en relación con esos cuerpos de funcionarios, su progresiva crítica y su plasmación en el texto constitucional español, véase, A. BAYLOS GRAU, *Derecho de huelga y ...*, op. cit., pp. 48 ss.; S. TORRENTE GARI, *El ejercicio del ...*, op. cit., pp. 145 ss. y R. GONZÁLEZ DE LA ALEJA, *La titularidad del ...*, op. cit., pp. 301 ss. Desde el punto de vista del Derecho comparado, E. ALES, *Lo sciopero nei ...*, op. cit., pp. 84 ss.

Un ámbito en el que el criterio subjetivo de la condición de funcionario público continúa desplegando eficacia es el de la incriminación penal de las huelgas; de las huelgas en las que concurran determinadas circunstancias, según el artículo 409 del CP de 1995. Sobre este último artículo, por lo demás extraordinariamente complejo, véase, S. TORRENTE GARI, *El ejercicio del ...*, op. cit., pp. 87-90 y A. BAYLOS GRAU y J. TERRADILLOS, *Derecho penal del trabajo*, Trotta, Madrid, 1997, pp. 161 ss. La penalización de la huelga de los funcionarios públicos tiene una larga y tortuosa historia en España, a través de las sucesivas redacciones del art. 222.1 del derogado Código Penal. Sobre la historia de este precepto, vid., A. EMBID IRUJO, «La problemática actual ...», op. cit., pp. 596-597.

<sup>27</sup> En la actualidad las huelgas en los servicios públicos que no sean a su vez esenciales sólo se diferencian del resto de las huelgas por el mayor plazo de preaviso y por la necesaria publicidad dirigida a los usuarios, a tenor de los artículos 3.3 y 4 del DLRT.

<sup>28</sup> Vid., *infra*, capítulo 2, apartado C, epígrafe 3.c.



## **B. FUENTES DE LA REGULACIÓN JURÍDICA DE LA HUELGA EN LOS SERVICIOS ESENCIALES**

Se ha mencionado en más de una ocasión que la huelga ejercida en el ámbito de los servicios esenciales es objeto de una regulación jurídica específica, ciertamente restrictiva del derecho de huelga. Antes de analizar detalladamente esa específica regulación jurídica desde una perspectiva material conviene afrontar el estudio de la regulación desde una perspectiva formal, es decir, las fuentes de la huelga en los servicios esenciales<sup>1</sup>.

La conveniencia de un apartado como éste, específicamente dedicado a las fuentes de la huelga en los servicios esenciales, en lugar de optar por un tratamiento integral de la mismas, es decir, un tratamiento del marco normativo al hilo de las distintas cuestiones materiales en las que pudiera tener relevancia, obedece a la singularidad e importancia que en esta materia tienen las fuentes, así como a la enorme complejidad de la opción integral. Consecuentemente con la metodología elegida las referencias a normas materiales serán escasas y superficiales, remitiendo su estudio exhaustivo a otros apartados.

El carácter adicional de la regulación jurídica de la huelga en los servicios esenciales presupone una regulación ordinaria o común del derecho de huelga, que, por supuesto, también es aplicable a la ejercida en el ámbito de los servicios esenciales. Así pues, cuando se habla de la regulación de la huelga en los servicios esenciales no se alude a un tratamiento jurídico aislado del entero régimen jurídico del derecho a la huelga, sino a una regulación adicional a la que cualquier huelga pueda tener<sup>2</sup>. Aquí sólo interesa la regulación adicional o específica, sin perjuicio de que cuando sea necesario se traigan a colación determinados aspectos formales o materiales de la regulación común.

---

<sup>1</sup> Desde el punto de vista del Derecho comparado, véase, J. BERNIER, «La détermination des services essentiels dans le secteur public et les services publics de certains pays industrialisés», en J. Bernier (edit.), *Grèves et services essentiels*, L'Université Laval, Saint-Foy, 1994, pp. 62 ss.

<sup>2</sup> Rechaza frontalmente el aislamiento de la regulación de la huelga en los servicios esenciales de la regulación general, M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, «En torno a la huelga en los servicios esenciales», en *RL*, 1987 I, pp. 37-38.

J. L. MONEREO PÉREZ, *Configuración jurídica del ...*, op. cit., p. 287, la disciplina jurídica de la huelga en los servicios esenciales constituye un Derecho especial “incompleto”.

# 1. VIGENTE SISTEMA DE FUENTES DE LA HUELGA EN LOS SERVICIOS ESENCIALES

## 1. a. La Constitución española de 1978

A diferencia de Francia e Italia, donde las respectivas Constituciones no contienen referencia alguna a la huelga en los servicios esenciales, España, al igual que Grecia y recientemente Portugal<sup>3</sup>, se caracteriza por haber regulado constitucionalmente dicha cuestión, en los siguientes términos: «La ley que regule el ejercicio de este derecho establecerá las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad» (art. 28.2 CE).

La regulación española de la huelga en los servicios esenciales tiene su base en la propia Constitución. En este sentido, la norma que disciplina esta materia, al igual que el resto de normas constitucionales, se caracteriza por su laconismo, lo que no significa que no se encuentren en la misma elementos de enorme relevancia. Un primer elemento lo constituye la referencia inequívoca al legislador orgánico como el operador jurídico habilitado para regular esta materia, lo que no excluye, como se verá más adelante, la intervención de otros operadores, pero sí condiciona el contenido de cualquier hipotética legislación orgánica de desarrollo del artículo 28.2 CE, que necesariamente y como mínimo deberá ocuparse del mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> La Constitución Griega de 1975 sí contiene una larguísima previsión al respecto. Concretamente: «El derecho de recurrir a la huelga podrá ser objeto de restricciones concretas impuestas por la ley que lo regule, tratándose de funcionarios públicos y de empleados de colectividades locales y de personas morales de derecho público, así como del personal de las empresas públicas o de utilidad pública cuyo funcionamiento tenga importancia vital para la satisfacción de las necesidades esenciales de la sociedad en su conjunto, si bien dichas restricciones no podrán abocar a la supresión del derecho de huelga o al impedimento de su ejercicio legal»(art. 23.2).

En cuanto a Portugal, la reforma constitucional llevada a cabo en 1976 ha introducido un nuevo apartado, el 3º, al artículo 57 que expresamente autoriza al legislador a regular los servicios de seguridad y mantenimiento y los servicios mínimos indispensables para la satisfacción de las necesidades sociales. Vid., J. J. GOMES CANOTIHO y J. LEITE, «Ser ou não ...», op. cit., pp. 38-39.

<sup>4</sup> En este sentido, por todos, M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, «En torno a ...», op. cit., p. 37 y F. DURÁN LÓPEZ, *Autorregulación de servicios mínimos en huelgas y paros laborales*, CARL, Sevilla, 1988, p. 73.

En todo caso, tal y como advierten V. MARTÍNEZ ABASCAL, F. PÉREZ AMORÓS y E. ROJO TORRECILLA, «La regulación promocional, legal y convencional del derecho de huelga», en *Constitución y Derecho del Trabajo 1981-1991 (Análisis de 10 años de jurisprudencia constitucional)*, coordinado por M. R. Alarcón Caracuel, Marcial Pons, Madrid, 1992, pp. 324-237, una cosa es que *de lege ferenda* se entienda conveniente y necesaria la regulación legal y otra distinta es que *de lege data*

Mayor importancia tiene el segundo elemento derivado de la norma constitucional, a saber, la fórmula utilizada por la CE subraya claramente la necesidad de compatibilizar el ejercicio del derecho de huelga con el mantenimiento de los servicios esenciales, lo que excluye tanto una prohibición absoluta del derecho de huelga en los servicios esenciales como un ejercicio normal del citado derecho. Otro elemento importante consiste en la existencia de una pluralidad de garantías mediante las que asegurar el mantenimiento. Finalmente, no puede olvidarse la propia utilización del concepto de servicios esenciales frente a otros que pudieran haberse empleado, como servicios públicos, orden público, etc., con una mayor carga restrictiva para el derecho de huelga.

En resumen, la regulación de la huelga en los servicios esenciales tiene su base en la propia Constitución —art. 28.2—, cuyo laconismo no impide reconocer, al menos a nivel de principios, los más importantes elementos configuradores de esta materia.

Con ser extraordinariamente importante la expresa mención constitucional del mantenimiento de los servicios esenciales, no puede olvidarse que por ejemplo en Italia la inexistencia de específica referencia constitucional no ha impedido la construcción del edificio jurídico de la huelga en los servicios esenciales<sup>5</sup>. En todo caso, es preferible la situación española, en la que los cimientos del edificio aparecen visibles en la propia Constitución.

### **1. b. Fuentes ordinarias: regulación legal-gubernativa y regulación jurisprudencial**

Cualquier persona que ignorase el Ordenamiento jurídico español y leyese el artículo 28.2 CE pensaría que el “edificio jurídico” de la huelga en los servicios esenciales, cuya base o cimientos se encuentran en la propia Constitución, estaría sostenido por un enorme pilar, a saber, la ley orgánica anunciada por el citado precepto constitucional. Desde luego esa persona también debería ignorar que el legislador ha tardado muchísimo tiempo en actuar en

---

se considere dicha regulación como obligatoria, cuando el artículo 28.2 CE lo que concede es un poder facultativo al legislador orgánico.

<sup>5</sup> En el debate constitucional italiano se propuso la introducción de una referencia expresa al «mantenimiento dei servizi essenziali alla vita comunitaria», que como se sabe no prosperó, como tampoco prosperaron el resto de enmiendas que pretendían introducir criterios limitativos del derecho de huelga. El debate se saldó a favor de la enmienda Merlin que reproducía los términos del recién aprobado preámbulo de la Constitución francesa de 1946. Sobre el debate constituyente, véase, U. ROMAGNOLI, «Commento all’art. 40 della Costituzione», en G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione, tomo I, Rapporti economici*, Zanichelli-II Foro, Bologna-Roma, 1979, pp. 289-295.

aquellos otros Ordenamientos que como el francés o el italiano reclamaban su intervención<sup>6</sup>. Y sin embargo, ésa no es la arquitectura de la huelga en los servicios esenciales en España, ya que la anunciada ley orgánica no ha sido emanada<sup>7</sup>, pese a que se haya intentado en alguna ocasión<sup>8</sup>, y no parece que vaya a aparecer en el inmediato futuro.

Si el edificio jurídico de la huelga en los servicios esenciales no ha sido construido sobre un único pilar, tal y como el Constituyente encargado de sentar los cimientos había previsto, ¿cómo ha sido construido? o, lo que es lo mismo, ¿cuáles son los pilares que sustentan el tan citado edificio? La respuesta a estas interrogantes ocupa los párrafos siguientes, adelantando que esos pilares son dos: el primero está constituido por la regulación legal y, sobre todo, gubernamental. El segundo está integrado por los principios elaborados por el TC y por los tribunales ordinarios<sup>9</sup>.

---

<sup>6</sup> En el caso de Francia la previsión constitucional de 1946 no culminó hasta 1963. Mientras en Italia el artículo 40 de la Constitución de 1947 no ha sido desarrollado hasta 1990.

<sup>7</sup> El DLRT no puede considerarse como la ley orgánica anunciada por el artículo 28.2 CE. En efecto, la STC 11/81, F. J. 5, establece al respecto: «No quiere, en cambio, decir que el Real Decreto-Ley pueda en lo sucesivo considerarse plenamente asimilado a una ley orgánica o investido del carácter de ley orgánica, ni tampoco que pueda cumplir el papel de la norma de integración a la que la Constitución se remite, pues ésta tendrá que ser siempre una Ley Orgánica y el legislador, para dar cima al desarrollo de la Constitución, habrá de confeccionar y elaborar esa Ley Orgánica». La inexistencia de adecuado desarrollo legislativo es recalcada de nuevo por la STC 123/90, F. J. 4.

Cuestión distinta es que la citada STC 11/81, F. J. 5, no considerara aplicable retroactivamente la reserva de ley al DLRT. Había abogado por esta solución, J. M. RAMÍREZ MARTÍNEZ, «Huelga y cierre ...», op. cit., p. 448. Por la aplicación retroactiva de la garantía y la consiguiente inconstitucionalidad se había pronunciado, en cambio, A. BAYLOS GRAU, «La intervención del Gobierno en las huelgas de Renfe y del metro de Madrid», en *RFDUCM*, 1980, núm. 58, pp. 203-204.

<sup>8</sup> Los primeros intentos se producen simultáneamente en el seno de la función pública y en el sector privado a finales de los setenta e inicios de los ochenta. Pese a que la regulación legal del derecho de huelga formase parte de los distintos programas electorales del Partido Socialista sólo en 1987 se produjo un serio intento de regulación legal. De este modo, se llega a la iniciativa de 1992-93, que cuando estaba a punto de ser aprobada se vio truncada por la disolución del Parlamento. Sobre los proyectos de regulación legal de la huelga de los funcionarios, de inicios de los ochenta, véase, L. ORTEGA, *Los derechos sindicales ...*, op. cit., pp. 199 ss. Para los intentos legislativos de 1980, 1987 y 1992-93, vid., por todos, M. C. PALOMEQUE LÓPEZ, «Los dos debates políticos sobre la promulgación de una “nueva ley” de huelga y la estrategia diferenciada de los sindicatos», en *RL*, 1992 I, pp. 366-384; del mismo autor, *Derecho sindical español*, op. cit., pp. 294 ss.; V. MARTÍNEZ ABASCAL, F. PÉREZ AMORÓS y E. ROJO TORRECILLA, «La regulación promocional ...», op. cit., pp. 336 ss.; y S. TORRENTE GARI, *El ejercicio del ...*, op. cit., pp. 352 ss. En cuanto al contenido global de la frustrada regulación de 1992-93, cfr., AA.VV., *Estudios sobre la huelga. Jornada para el estudio del PLOH sobre la huelga*, ACARL, Madrid, 1992; VIDAL CARBANA y VIDAL BENEYTO, *Ley de huelga consensuada: texto definitivo y comentarios*, CDN, Madrid, 1992; AA.VV., *Ley de huelga*, ISE, Madrid, 1993; I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, *El proyecto de ley orgánica de huelga de 1993: la huelga en los servicios esenciales de la comunidad como telón de fondo*, Univ. de Cantabria, Santander, 1993; y S. TORRENTE GARI, *El ejercicio del ...*, op. cit., pp. 359 ss.

<sup>9</sup> A. BAYLOS GRAU, «La regulación del derecho de huelga en los servicios esenciales en España. Algunos puntos críticos», en *Revista de Treball*, 1990, núm. 12, pp. 10-11, habla de tres pilares: constitucional, legal —art. 10.2 DLRT— y jurisprudencial.

### 1. b. 1. La regulación legal-gubernativa: convalidación y reinterpretación del artículo 10.2 DLRT

El primer pilar ha sido identificado con la regulación legal y gubernamental cuando en realidad está constituido únicamente por la intervención gubernamental, actuando la regulación legal exclusivamente como vehículo jurídico de autorización de la intervención gubernativa.

La regulación legal no puede ser lógicamente la inexistente ley de desarrollo del artículo 28.2 CE, sino el preconstitucional DLRT. Este último instrumento normativo fue objeto, tras la entrada en vigor de la Constitución, de un rico debate acerca de su vigencia o derogación, como consecuencia de su posible inconstitucionalidad<sup>10</sup>. Al anterior debate se añadió la tradicional discusión sobre el instrumento regulador más conveniente en materia de huelga en general y en los servicios esenciales en particular<sup>11</sup>.

---

<sup>10</sup> Abogaban por la derogación, entre otros, A. MARTÍN VALVERDE, «El derecho de ...», op. cit., pp. 252-253 y A. BAYLOS GRAU, *El derecho de ...*, op. cit., pp. 404-412. Partidarios de la vigencia, en cambio, G. BARREIRO GONZÁLEZ, «La disponibilidad del ...», op. cit., pp. 80-82; M. ALONSO OLEA, *El estatuto de los trabajadores. Texto y Comentario breve*, Civitas, Madrid, 1980, p. 304; y J. M. RAMÍREZ MARTÍNEZ, «Huelga y cierre patronal ...», op. cit., pp. 444 y 449, sin perjuicio, para este último, de la derogación de los límites contrarios a la CE.

No puede olvidarse, en todo caso, que la jurisprudencia, vigente ya la Constitución, venía aplicando el DLRT. Así, SSTs (3ª) 11-7-80, Ar. 2950 y 24-9-80, Ar. 3248; SAN 6-6-80 (cuyo texto íntegro está en L. E. DE LA VILLA, *Materiales para el ...*, op. cit., pp. 99-106); y STCT 23-11-79, Ar. 6590.

<sup>11</sup> Un amplio estudio de esta cuestión, comenzando con la situación en Derecho comparado — Francia, Italia, Portugal— y continuando con las posturas doctrinal, gubernamental y sindical, en A. BAYLOS GRAU, *El derecho de ...*, op. cit., pp. 371 ss. Con menor detalle, L. ORTEGA, *Los derechos sindicales ...*, op. cit., pp. 185 ss.

La doctrina posterior al reconocimiento constitucional del derecho de huelga se muestra mayoritariamente favorable a la regulación legal, bien que con diverso alcance. Así, favorables a una regulación legal promocional, entre otros, M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, A. MARTÍN VALVERDE y F. DURÁN LÓPEZ, «La regulación del derecho de huelga y su problemática», en AA.VV., *La huelga ante el desarrollo de la Constitución*, Fundación F. Ebert, Madrid, 1979, pp. 59 ss.; L. E. DE LA VILLA, «Algunas reflexiones para ...», op. cit., pp. 96 ss., quien defiende, con sólidos y convincentes argumentos, la necesidad de regular el derecho de huelga mediante ley promocional, frente a las posturas que entonces defendían la autorregulación sindical, al rebufo de la propuesta conjunta italiana de 1978; y M. C. PALOMEQUE LÓPEZ, «Regulación y autorregulación ...», op. cit., pp. 15-17, quien propugna una ley promocional del derecho de huelga, que promueva fórmulas de regulación autónoma y de autorregulación. Recientemente, S. TORRENTE GARI, *El ejercicio del ...*, op. cit., pp. 331 ss., se muestra firme defensora de la necesidad de una regulación legal del derecho de huelga que promueva fórmulas de regulación negociada y de autorregulación sindical. En cambio, el Círculo de empresarios en su documento «El derecho de huelga. Realidades y exigencias», en *RL*, 1989 II, pp. 1245-1249, se muestra partidario de una nueva regulación legal del derecho de huelga, si bien en términos ciertamente restrictivos para el anterior derecho fundamental. Igual postura restrictiva cabe apreciar en el artículo

El primero de los debates quedó cerrado tras la convalidación del DLRT por parte de la STC 11/81<sup>12</sup>, mientras que el segundo se inclinó definitivamente del lado del instrumento legislativo, siempre que mediante éste se instaurara un sistema de regulación mixta y se fortaleciese el derecho de huelga<sup>13</sup>.

---

periodístico publicado por J. M. CUEVAS, «Una ley de huelga necesaria», en el diario *Expansión*, el 6 de mayo de 1987 (texto reproducido en *Revista de Treball*, 1987, núm 4, pp. 185-186).

La posición favorable a la autorregulación ha sido asumida en España por CC.OO. —Vid. AA.VV., «Mesa redonda sobre la autorregulación sindical del derecho de huelga», en *GS*, 1987, núm. 53, pp. 12-31 e «Informe al Defensor del Pueblo sobre el proyecto de regulación por ley del derecho de huelga», en *RL*, 1989 I, pp. 1331-1336, en los que se rechaza frontalmente el desarrollo legislativo del art. 28.2 y se proponen en cambio medidas de fomento de la autorregulación pura y negociada— y doctrinalmente por A. BAYLOS GRAU, «El derecho de ...», op. cit., pp. 371 ss., pudiendo resumirse gráficamente mediante los términos «la mejor ley de huelga es la que no existe» o «a través del desarrollo de un derecho ciudadano se establecería un deber de súbdito»; y J. COSCUBIELA I CONESA y M. A. FALGUERA I BARÓ, «El ejercicio del ...», op. cit., pp. 355 ss., quienes incluso dan contenido concreto a la autorregulación pura y a la negociada. Esta posición está fuertemente influenciada más que por la pragmática experiencia alemana por la cultura sindical y doctrinal italiana, antes de que experimentara una profunda transformación que condujo a la regulación legal de 1990. Para conocer esta cultura y sus transformaciones, por todos, véase, R. SCOGNAMIGLIO, «Disciplina e autodisciplina del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali», en *Rivista di diritto internazionale e comparato del lavoro*, 1977, núm. 1-2, p. 32; U. ROMAGNOLI, «Due interventi sullo sciopero nei servizi pubblici», in *Democrazia e Diritto*, 1978, núm. 2, p. 261; P. CURZIO, *Autonomia collettiva e ...*, op. cit., pp. 42 ss.; y F. SANTONI, *Lo sciopero*, op. cit., pp. 111 ss.

<sup>12</sup> Una excelente reconstrucción del proceso conducente a la presentación del recurso de inconstitucionalidad contra el DLRT, en J. MATÍA PRIM y otros, *Huelga, cierre patronal ...*, op. cit., pp. 19-23.

Esta sentencia ha sido objeto de numerosos comentarios, pudiendo citar, entre otros, los siguientes: A. BAYLOS GRAU y A. DESDENTADO BONETE, «Una victoria del movimiento obrero. La sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981», en *GS*, 1981, núm. 13, pp. 6-11; E. ROJO TORRECILLA, «El Tribunal Constitucional ante el derecho de huelga. (Análisis de la Sentencia del 8 de abril de 1981)», en *Revista de Política Comparada*, 1981, núm. 5, pp. 149-176; L. M. CAMPS RUIZ, «La huelga como causa de despido: una aproximación al tema después de la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981», en *RT*, 1981, núms. 61-62, pp. 13-34; J. MATÍA PRIM y otros, *Huelga, cierre patronal ...*, op. cit.; F. DURÁN LÓPEZ, «El régimen legal de la huelga tras la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981», en *RPS*, 1982, núm. 134, pp. 49-72; y A. MARTÍN VALVERDE, «La doctrina general ...», op. cit., pp. 81-115.

<sup>13</sup> El debate doctrinal acerca del instrumento regulador del derecho de huelga ha sido reconducido por M. C. PALOMEQUE LÓPEZ, «La regulación por ley del derecho de huelga», en *DL*, 1987, núm. 23, pp. 7 ss., quien propugna el abandono de la tradicional fórmula ley de huelga sí/ley de huelga no por un análisis de los contenidos posibles de la regulación legal, cuya necesidad se afirma sin ambages, siempre que dicha regulación promocióne mecanismos de autorregulación pura y/o negociada. En la misma línea, F. DURÁN LÓPEZ, «Los derechos sindicales y la regulación de la huelga», en *REDT*, 1989, núm. 39, pp. 377 ss. y M. R. ALARCÓN CARACUEL, «Un posible modelo ...», op. cit., pp. 19 ss., quienes proponen la autorregulación mixta como modelo a seguir en una hipotética y necesaria futura ley de huelga que aborde el tema del mantenimiento de los servicios esenciales, otorgando, el primero, un papel subsidiario a la autoridad gubernativa, mientras, el segundo, concede esa misma función a los tribunales.

Incluso los sindicatos, singularmente CC.OO., han acabado aceptando la conveniencia de la regulación legal en materia de huelga; especialmente en el ámbito de los servicios esenciales, tal y como quedó demostrado en el frustrado proyecto de 1992-93. El mismo tránsito de la autorregulación a la regulación legal promocional se había producido con anterioridad en Italia, luego de haber comprobado la insuficiencia práctica de la existente autorregulación, ante la enorme fragmentación de la representación de los trabajadores en el ámbito de los servicios esenciales, además de otras consideraciones técnico-jurídicas. Sobre el particular, véase, L. MARIUCCI, «La legge sullo sciopero

Se ha dicho que la regulación legal, es decir el DLRT, únicamente ha actuado en materia de huelga en los servicios esenciales autorizando a la autoridad gubernativa a construir el primer pilar de la vigente regulación de la que se viene hablando<sup>14</sup>. Esa autorización o habilitación se contiene en el artículo 10.2 DLRT<sup>15</sup>, que tras la STC 11/81<sup>16</sup> ha pasado a desempeñar exclusivamente esa función habilitadora<sup>17</sup>. En efecto, el TC convalida el artículo 10.2 DLRT, luego de haberlo reescrito con los términos del 28.2 CE, con el único objetivo de identificar a la autoridad gubernativa como la instancia decisora en la materia<sup>18</sup>.

---

nei servizi pubblici essenziali: problemi chiusi e aperti», en *Lavoro e Diritto*, 1990, pp. 536 ss. El tránsito también estuvo motivado por el hecho de que mientras en el debate tradicional sólo debían confrontarse huelga y orden público, con la terciarización del conflicto aparece un nuevo elemento, los usuarios, que complica el debate y otorga un nuevo papel al legislador. En este último sentido, T. PIPAN, *Sciopero contro l'utente.*, op. cit., p. 168, para quien las posiciones ideológicas progresistas y conservadoras en relación con el derecho de huelga obedecen a la lógica de la relación entre la huelga y el orden público y son relativamente simples; en cambio, las posiciones ideológicas que tienen en cuenta la necesidad de compatibilizar el ejercicio del derecho de huelga con el de los derechos fundamentales por él afectados son mucho más complejas. En esta última línea se inserta claramente el artículo anteriormente mencionado de Durán López y también su opúsculo *Autorregulación de servicios ...*, op. cit., pp. 9-17, en el que se hace especial hincapié en la nueva situación socioeconómica derivada de la crisis.

Finalmente, desde el punto de vista del Derecho comparado en general, A. PANKERT, «Solución de conflictos del trabajo en los servicios esenciales», en *RIT*, 1981, núm. 100, p. 57, descubre cómo la regulación de los servicios esenciales en la mayoría de los países tiene una base legal, añadiendo que «La experiencia parece indicar que sólo en países con larga tradición de relaciones de trabajo de cooperación más bien que de enfrentamiento {v.g. Suecia y Alemania}, y en que las organizaciones sindicales tienen un gran ascendente sobre los trabajadores, pueden existir sistemas basados en convenios colectivos o en estatutos sindicales». En el mismo sentido, G. S. MORRIS, *Strike in essential services*, Mansell, Londres, 1986, p. 7.

<sup>14</sup> En realidad, además del artículo 10.2 DLRT hay que considerar la regulación contenida en los artículos 3 y 4, sobre el preaviso y la publicidad en las huelgas en los servicios públicos, que también forman parte del primer pilar denominado regulación legal y gubernamental. El contenido material de dichos artículos será tratado en el siguiente capítulo, apartado A, epígrafe 2.b.1.

<sup>15</sup> Literalmente establece: «Cuando la huelga se declare en empresas de cualquier género de servicios públicos o de reconocida e inaplazable necesidad y concurran circunstancias de especial gravedad, la Autoridad gubernativa podrá acordar las medidas necesarias para asegurar el funcionamiento de los servicios. El Gobierno, asimismo, podrá adoptar a tales fines las medidas de intervención adecuadas».

<sup>16</sup> F. J. 18 y párrafo e) del apartado 2º del fallo.

<sup>17</sup> En este sentido, cabe citar cómo la recurrente contra el DLRT —en su escrito complementario, cuyo texto íntegro se encuentra en J. MATÍA PRIM y otros, *Huelga, cierre patronal ...*, op. cit., pp. 279-280— sostenía la inconstitucionalidad del artículo 10.2 DLRT concretamente por no precisar el tipo de medidas garantizadoras que la autoridad gubernativa podía adoptar, sin que el TC entrara en esta cuestión. Esta misma circunstancia le suscita enorme perplejidad a F. DURÁN LÓPEZ, «El régimen legal ...», op. cit., p. 70, nota 35. Quién mejor ha denunciado esta situación ha sido L. M. CAMPS RUIZ, «La huelga como ...», op. cit., p. 24, al entender que el artículo 10.2 DLRT actúa de manera criticable como mero vehículo de transmisión de responsabilidad a la autoridad gubernativa, al no contener indicación alguna relativa a los principios o criterios de regulación a seguir por la citada entidad decisora.

<sup>18</sup> La técnica de la sentencia interpretativa —STC 11/81, F. J. 4— es la única a la que podía acudir el TC para salvar la constitucionalidad del artículo 10.2 DLRT, habida cuenta de las notables diferencias

### 1. b. 2. Las disposiciones de la autoridad gubernativa: naturaleza jurídica

Haciendo uso de la autorización la autoridad gubernativa *ex* artículo 10.2 DLRT ha construido el primer pilar de la regulación de la huelga en los servicios esenciales, denominado regulación gubernamental o administrativa. Cuantitativamente es el más importante<sup>19</sup>.

El mayor problema que presenta esa regulación administrativa es el de la determinación de la naturaleza jurídica de las disposiciones emanadas por la autoridad gubernativa, a saber, acto administrativo, norma jurídica reglamentaria o ambas cosas según los casos. En ésta, como en tantas otras materias, resulta decisiva la doctrina elaborada por el TC. Pues bien, la sentencia 33/81 se muestra muy clara al respecto al establecer:

---

existentes entre el mismo y el artículo 28.2 CE, tanto en el supuesto de hecho como en la consecuencia jurídica. De esta manera, se reescribe el 10.2 con los términos del 28.2, con el añadido de la referencia a la autoridad gubernativa. Suscriben el carácter interpretativo vinculante del pronunciamiento constitucional sobre el artículo 10.2: R. MARTÍNEZ EMPERADOR, «Efectos de la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981 en la regulación de la huelga y de los conflictos colectivos», en AA. VV., *La doctrina del Tribunal Constitucional en materia de huelga y conflictos colectivos*, IES, Madrid, 1981, pp. 170-171; J. GÁRATE CASTRO, «Derecho de huelga ...», *op. cit.*, p. 6; y M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, «La huelga en los servicios esenciales y el papel de la jurisprudencia constitucional», en *RL*, 1997, núms. 15-16, p. 119. Confirma el carácter interpretativo el propio TC en su sentencia 26/81, cuando establece en relación con el artículo 10.2 DLRT: «{...} disposición que debe ser entendida en el sentido de que la Autoridad Gubernativa puede adoptar medidas de garantía cuando la huelga afecte a servicios esenciales para la comunidad, pero no, como es obvio, cuando se trata de servicios públicos que no reúnen las circunstancias anteriormente señaladas» (F. J. 8)

La operación realizada por el TC había sido previamente efectuada por la SAN 6-6-80, cdo. 3, al condicionar la vigencia del artículo 10.2 DLRT a una nueva lectura del mismo, acorde con los términos del 28.2 CE. Sin embargo, la STS (3ª) 11-7-80, Ar. 2950, cdo. 5, no reinterpreta el citado artículo 10.2 DLRT a la luz del precepto constitucional, sino que este último es reinterpretado con los términos del anterior.

Por contra, algunos autores, como M. R. ALARCÓN CARACUEL, «Un posible modelo ...», *op. cit.*, p. 12 y L. E. DE LA VILLA, «Servicios mínimos en ...», *op. cit.*, p. 445, no están de acuerdo con la anterior opinión y proponen la estricta aplicación del 10.2 DLRT, luego de concluir su carácter más restrictivo, aunque constitucional, que el art. 28.2 CE, como si de dos supuestos diferentes se tratara. En parecidos términos se sitúa R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, «Modelo normativo del ...», *op. cit.*, p. 104, al no incluir el fallo de la STC 11/81 sobre el artículo 10.2 DLRT dentro de la técnica de la sentencia interpretativa.

<sup>19</sup> La importancia de la actuación de la autoridad gubernativa en esta materia lleva a A. BAYLOS GRAU, «Derecho de huelga en los servicios esenciales. Problemas derivados del acto gubernativo de imposición de un servicio mínimo», en AA.VV., *Derecho de libertad sindical y huelga*, CGPJ, Madrid, 1992, Cuaderno núm. XII, pp. 195-196, a afirmar que se ha producido una publicación general de la disciplina de la huelga en los servicios esenciales.



«{...} la finalidad de este Real Decreto no fue —ni pudo serlo— integrar el Ordenamiento Jurídico definiendo por vía reglamentaria “servicios esenciales” y “garantías precisas” para el mantenimiento de estos servicios; su finalidad fue dentro del marco legal componer los derechos de los trabajadores y los intereses comunitarios y, con este propósito, dirige una orden al Gobernador Civil para que ante una situación de conflicto adopte las medidas estrictamente necesarias que, entrañando una restricción del derecho de aquéllos, asegure otros derechos y bienes constitucionalmente protegidos. Se trata de un acto aplicativo del art. 10.2 del Real Decreto-Ley 17/1977, y no de ejercicio de potestades reglamentarias» (F. J. 3).

Es evidente que el TC considera que esas medidas o disposiciones, de acuerdo con el criterio doctrinalmente conocido como ordinamentalista<sup>20</sup>, tienen la naturaleza de acto administrativo, aunque formalmente se utilice el vehículo jurídico reglamentario<sup>21</sup>.

La pulcritud inicial del TC se va enturbiando en sus sentencias posteriores, en las que ya no queda tan claro que se esté, necesariamente y en todo caso, ante actos administrativos. Así, en la sentencia 86/91<sup>22</sup> se establece el carácter de «{...} actos de ejecución de la legislación del Estado que, *sin perjuicio de su carácter normativo*, entran en la esfera competencial de las Comunidades Autónomas» (F. J. 4) (mías las cursivas). Y en la sentencia 233/97 se insiste reiteradamente en enmarcar las decisiones del TC en el estricto ámbito de la distribución competencial, insinuando que de las mismas no se deriva necesariamente el carácter de verdadero acto administrativo de todas las disposiciones garantizadoras del mantenimiento de los servicios esenciales. Incluso, se constata la existencia de medidas garantizadoras con carácter normativo cuando se dice:

---

<sup>20</sup> Vid., E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo I*, Civitas, Madrid, 1999, pp. 179-182.

<sup>21</sup> A esta misma solución llega la STS (3ª), de 31 de marzo de 1982, Ar. 1308, cdo. 6, que literalmente establece: «{...} lo impugnado en este recurso reviste la forma de Real Decreto por el órgano de quien procede, mas no por su contenido ya que, si atendemos al ámbito de aplicación, éste afecta a un número limitado de provincias -diez- y dentro de ellas, a un número concreto de administrados, y no carácter permanente, sino solamente mientras dura una situación concreta, que es la de Huelga; si atendemos a su permanencia en el tiempo, no ha sido la intención del legislador del Gobierno insertar permanentemente en el Ordenamiento Jurídico el Real Decreto con tal carácter sino que solamente vivirá en tanto en cuanto dure la huelga convocada, agotándose una vez transcurrida esa situación, por lo que pese a su carácter formal de Real Decreto no pierde su naturaleza de acto administrativo {...}; nos hayamos, por lo tanto, ante una actuación de “ejecución” y no ante el ejercicio de una potestad reglamentaria {...}».

Doctrinalmente, J. J. Díez Sánchez, *El derecho de huelga de los funcionarios públicos*, Civitas, Madrid, 1990, p. 121, proclama claramente la naturaleza de actos administrativos de las disposiciones de fijación de servicios mínimos.

«{...} sin que sea preciso analizar aquí el supuesto —no infrecuente— de las normas que abordan de manera genérica el mantenimiento de determinados servicios esenciales, remitiendo al posterior momento en que se convoque una huelga concreta la determinación de los servicios a mantener adecuados a las circunstancias de esa específica convocatoria» (F. J. 3, *in fine*).

Así las cosas, la doctrina del TC necesita ser leída con mucha atención y reinterpretada en los siguientes términos: en primer lugar, la naturaleza aplicativa, de acto administrativo si se prefiere, de las disposiciones garantizadoras adoptadas por la autoridad gubernativa es una conclusión que encuentra su justificación en la necesidad de incluir dichas medidas dentro de la categoría de la ejecución de la legislación laboral —art. 149.1.7ª CE—, otorgando de este modo capacidad para garantizar el mantenimiento de los servicios esenciales a las CC.AA. que hubieran asumido la anterior competencia. Por otra parte, esa conclusión se vio facilitada en los casos enjuiciados por las SSTC 33/81 y 233/97, ya que en ambos las disposiciones garantizadoras, pese al cauce reglamentario utilizado, eran verdaderos actos administrativos, dictados para una concreta huelga.

En segundo lugar, el TC no ignora que existen medidas garantizadoras con verdadera naturaleza normativa, si bien desde un punto de vista competencial las considera incluidas dentro de la ejecución de la legislación laboral. Además, y esto es más importante, da a entender que la naturaleza normativa de esas disposiciones es incompatible con la garantía de la reserva de ley constitucionalmente establecida para la regulación del derecho de huelga, incluido el mantenimiento de los servicios esenciales, cuando en la STC 33/81 establece: «{...} la finalidad de este Real Decreto no fue —*ni pudo serlo*— integrar el Ordenamiento jurídico definiendo por vía reglamentaria {...}» (F. J. 3) (mías las cursivas). Esa incompatibilidad, aunque no se haya explicitado y abordado como debiera, ha jugado decisivamente a la hora de incluir las medidas garantizadoras dentro de la ejecución de la legislación laboral.

---

<sup>22</sup> Esta sentencia resuelve un conflicto positivo de competencia relativo a la extensión de los convenios colectivos. Las otras dos sentencias del TC mencionadas en esta página serán estudiadas con mayor detenimiento cuando se hable de la autoridad gubernativa.

En tercer y último lugar, tras la STC 233/97, que ha optado por otorgar la titularidad de la competencia para establecer las medidas garantizadoras del mantenimiento de los servicios esenciales a la Administración con competencias sobre el servicio esencial afectado, el carácter aplicativo o normativo de las medidas ha dejado de tener importancia, al menos desde el punto de vista competencial, desde el momento en que las disposiciones se dictan utilizando como base competencial no la ejecución de la legislación laboral, sino la competencia sobre el servicio o el sector al que el servicio esencial pertenezca. Naturalmente, sigue siendo un tema importante la naturaleza aplicativa o normativa de las medidas garantizadoras y, en este sentido, sería conveniente que el alto tribunal apenas tuviera ocasión se pronunciase frontalmente sobre la cuestión, no desde el punto de vista competencial, que ahora carece de relevancia, sino desde la compatibilidad de una posible naturaleza normativa con la garantía constitucional de la reserva de ley.

Para buena parte de la doctrina algunas disposiciones tendrían naturaleza reglamentaria, formal y materialmente<sup>23</sup>. De este modo, del conjunto de disposiciones emanadas por las distintas autoridades gubernativas, que constituyen lo que se ha

---

<sup>23</sup> Así lo entienden, L. ORTEGA, *Los derechos sindicales ...*, op. cit., pp. 195-196, quien está pensando en aquellos Decretos que se limitan a establecer la esencialidad de un servicio; I. ALBIOL MONTESINOS y T. SALA FRANCO, «El mantenimiento de ...», op. cit., pp. 1311-1313, con la consecuencia de que este tipo de disposiciones son competencia exclusiva del Estado, sin que ello signifique desconocer el papel que las autoridades gubernativas autonómicas están llamadas a desempeñar en el momento aplicativo; S. TORRENTE GARI, *El ejercicio del ...*, op. cit., pp. 245 ss, quien considera que numerosos RR.DD. están más próximos a las normas que a los actos administrativos, por lo que habrán de ser emanados respetando las normas reguladoras de la elaboración de las disposiciones normativas; G. B. OLMEDA FREIRE, «Los Decretos sobre servicios mínimos y la competencia del Orden Social», en *Tribuna Social*, 1997, núm. 82, pp. 41-43, quien está pensando exclusivamente en las disposiciones que establecen la esencialidad de un servicio; y M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, «La huelga en ...», op. cit., p. 133, quien entiende que en muchos Decretos de servicios mínimos predomina el contenido normativo, al estar principalmente destinados a permanecer en el ordenamiento jurídico.

Algunas sentencias del TS admitían el carácter normativo de las disposiciones de fijación de servicios mínimos sin plantearse problemas de constitucionalidad. Es el caso, entre otras, de las SSTS (3ª), 26-1-85, Ar. 268, cdo. 2; 26-2-85, Ar. 782, cdo. 6; (5ª), 24-6-88, Ar. 4727, F. J. 6; y 17-5-89, Ar. 3784, F. J. 4.

Finalmente, también el legislador frustrado de 1992-93 admitía este carácter normativo, en la Disposición Derogatoria, párrafo segundo, del PLOH, que establecía lo siguiente: «Los reales decretos y restantes normas sobre prestación de servicios mínimos dictados al amparo del artículo 10 del Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, continuarán en vigor hasta tanto se promulguen los acuerdos o normas sustitutorias de éstos que afecten al ámbito de dichos reales decretos o normas. En todo caso, transcurridos dieciocho meses desde la vigencia de esta Ley se entenderán derogados». Del tenor de esta disposición pueden extraerse dos conclusiones: primera, para el legislador los reales decretos y normas de la autoridad gubernativa tienen carácter normativo; de otra forma no podrían entenderse en vigor. Segunda, y más interesante, el legislador no sólo no encuentra ningún problema de incompatibilidad con

denominado regulación gubernamental o administrativa de la huelga en los servicios esenciales, algunas tendrían naturaleza de acto administrativo, otras de norma reglamentaria, no faltando, incluso, disposiciones que podrían participar de la doble naturaleza<sup>24</sup>. Cuestión distinta es la compatibilidad o incompatibilidad entre la naturaleza reglamentaria de algunas disposiciones y la garantía constitucional de la reserva de ley, de la que tendrá ocasión de hablarse más adelante.

### 1. b. 3. La regulación jurisprudencial

El segundo pilar del edificio jurídico de la huelga en los servicios esenciales está constituido por los principios elaborados por el TC y, de su mano, por los tribunales ordinarios de lo contencioso-administrativo y, en menor medida, de lo social<sup>25</sup>.

Frente al anterior pilar, que se caracteriza por su importancia cuantitativa, en éste predomina el elemento cualitativo, ya que los principios jurisprudenciales se han ocupado de las materias más importantes: definición de los servicios esenciales, definición del mantenimiento de los servicios esenciales, garantías aplicables a las medidas garantizadoras del citado mantenimiento, etc. Tema distinto es el grado de cumplimiento

---

la garantía de la reserva de ley, sino que además las declara vigentes, hasta un periodo máximo de año y medio.

<sup>24</sup> Para A. BAYLOS GRAU, «Interpretación jurisprudencial del derecho de huelga: tres sentencias sobre la imposición de servicios mínimos», en *RL*, 1996, núm. 5, p. 41, en algunas disposiciones, como la que da lugar a la STS (3ª) 15-9-95, Ar. 6654, parecen convivir su carácter concreto para una huelga ya convocada y su vocación de permanencia para futuras huelgas, aunque para estas últimas necesiten ser actualizadas. En el mismo sentido, A. MERINO SEGOVIA, «Servicios mínimos en RTVE», en *Revista de Derecho Social*, 1998, núm. 2, p. 151.

<sup>25</sup> A. MARTÍN VALVERDE, «La doctrina general ...», op. cit., p. 86, habla de «{...} regulación flexible de elaboración jurisprudencial {...} compuesta de principios y de máximas jurisprudenciales».

La intervención judicial tardó dos años en aparecer, como consecuencia del clima de desconcierto y resignación que predominó en los sindicatos tras la aprobación de la CE de 1978. Sobre este clima, véase, A. MONTOYA MELGAR, «Ejercicio y garantías de los derechos fundamentales en materia laboral», en *RPS*, 1979, núm. 121, pp. 327-328.

La jurisprudencia del TS, a diferencia de la emanada por la AN —contrasta la detallada y fundada elaboración técnica de la SAN 6-6-80 con las SSTS de 1980 que carecen de la citada elaboración técnica y se limitan a justificar la intervención administrativa sin aportar explicaciones sólidas. En este sentido, E. RAYÓN SUÁREZ, «Alcance de la consagración constitucional del derecho de huelga: la doctrina del Tribunal Supremo», en *REDT*, 1980, núm. 4, pp. 531-535—, tarda varios años en acomodarse plenamente a la del TC. En efecto, hasta 1986-1987 predominan las sentencias poco respetuosas con los principios elaborados por el TC, mientras a partir de esta fecha la acomodación es progresivamente mayor, pudiéndose hablar desde 1992-93 de plena acomodación entre la jurisprudencia del TC y la del TS. Recoge prácticamente toda la jurisprudencia del Tribunal Supremo, A. CEINOS SUÁREZ, *La jurisprudencia del ...*, op. cit.

efectivo de los principios, del que se hablará al hilo de las distintas cuestiones materiales implicadas<sup>26</sup>.

La regulación jurisprudencial de principios se debe a la inexistencia de adecuada regulación legal<sup>27</sup>, como sucede o ha sucedido en otros países de nuestro entorno jurídico, pero también a las deficiencias de la regulación administrativa, que ha dado lugar a una excesiva litigiosidad<sup>28</sup>, e, incluso, a la propia doctrina del TC, que es en sí misma causa del creciente peso de la intervención judicial en la materia<sup>29</sup>.

### **1. c. El papel marginal de otras fuentes: autonomía colectiva y autorregulación**

Después de estudiar los dos pilares que sustentan el edificio jurídico de la huelga en los servicios esenciales resta plantear el papel desempeñado en el Ordenamiento español por dos fuentes que en otros países tienen una enorme importancia, a saber, la autonomía colectiva y la autorregulación sindical. Puede adelantarse que su papel es ciertamente marginal, pero antes de constatar esta última aseveración cabe preguntarse si la marginación deriva directamente de la Constitución, o bien es consecuencia de la singular arquitectura española a nivel ordinario.

¿Puede la autonomía colectiva regular la huelga en los servicios esenciales? La respuesta a esta interrogante no es nada sencilla. En principio pudiera pensarse que nada impediría desde un punto de vista constitucional una regulación paccionada del mantenimiento de los servicios esenciales, ya que cuando «la CE reserva a una ley

---

<sup>26</sup> Para L. E. DE LA VILLA, «Servicios mínimos en ...», op. cit., pp. 446-447, la doctrina del TC, pese al innegable hechizo que acompaña a muchas de sus sentencias, no se está proyectando como debiera en el ordenamiento jurídico receptor o, quizá más exactamente, en la práctica administrativa de fijación de servicios mínimos.

<sup>27</sup> La STC 53/86, F. J. 2, entiende que a falta de desarrollo normativo adecuado mediante ley orgánica «{...} la doctrina elaborada por estos pronunciamientos {del TC} constituye, así, referencia obligada para enjuiciar el caso que se examina», y ello aunque se trate de una doctrina emanada principalmente de la resolución de recursos de amparo. Una buena muestra de la doctrina del TC sobre la huelga en los servicios esenciales, con alto valor pedagógico, se encuentra en las SSTC 43/90, F. J. 5 y 8/92, F. J. 2.

<sup>28</sup> Para L. E. DE LA VILLA, «Servicios mínimos en ...», op. cit., pp. 446-447, la doctrina del TC está motivada principalmente por la litigiosidad derivada de la deficiente regulación administrativa.

<sup>29</sup> Para A. BAYLOS GRAU, «Diez años de jurisprudencia constitucional: el derecho de huelga», en *Constitución y Derecho del Trabajo (1981-1991)*, coordinado por M. R. Alarcón Caracuel, Marcial Pons, Madrid, 1992, pp. 294-296, la propia jurisprudencia constitucional, comenzando con la STC 11/81 y siguiendo con todas las demás, es la principal responsable de la judicialización.

orgánica u ordinaria la regulación de una determinada materia laboral, lo que impide es su ordenación por cualquier otro vehículo normativo estatal, pero no la intervención de la negociación colectiva»<sup>30</sup>. Sin embargo, no puede admitirse una regulación convencional que no cuente con el soporte legislativo querido por la Constitución<sup>31</sup>. Ahora bien, que no pueda actuar autónomamente no significa que no deba asumir un papel protagonista; sólo que dicho papel debe asignarlo el legislador orgánico. La autonomía colectiva es conveniente en materia de mantenimiento pero necesita de una habilitación adicional a la del artículo 37.1 CE, la habilitación del legislador orgánico ex artículo 28.2 CE. De este modo, y por utilizar una terminología tradicional<sup>32</sup>, no cabe constitucionalmente una regulación negociada de la huelga en los servicios esenciales, pero sí una regulación mixta en la que intervengan el legislador, la autonomía colectiva y otros operadores jurídicos.

---

<sup>30</sup> I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, *Ley y autonomía colectiva*, MTSS, Madrid, 1987, p. 135. También, M. E. CASAS BAAMONDE, «Derecho de huelga ...», op. cit., pp. 68-69. En este sentido, la STC 58/85 establece: «{...} del texto constitucional no se deriva expresa o implícitamente ningún principio que con carácter general sustraiga a la negociación colectiva la regulación de las condiciones de ejercicio de los derechos fundamentales» (F. J. 5). Confirma esta doctrina la STC 217/91, F. J. 6.

Gran parte de la doctrina se muestra favorable a la regulación negociada del derecho de huelga en general y del ejercido en los servicios esenciales en particular. Vid., por todos, G. BARREIRO GONZÁLEZ, «La disponibilidad del ...», op. cit., pp. 83-86, quien razona convincentemente la posibilidad de regulación del derecho de huelga mediante la negociación colectiva, en solitario o concretando la regulación legal, que él entiende debiera ser de mínimos; y A. BAYLOS GRAU, *Derecho de huelga y ...*, op. cit., pp. 143 ss. En contra, J. A. SAGARDOY BENGOCHEA, *La eficacia de los convenios colectivos y su contenido en el Estatuto de los Trabajadores*, IES, Madrid, 1981, pp. 62-64, aunque matizadamente; M. ALONSO GARCÍA, *Curso de Derecho del Trabajo*, Ariel, Barcelona, 1982, pp. 225-226; y M. M. ZORRILLA RUIZ, «Garantías precisas para el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad», en *El derecho de huelga. Seminario Hispano-Alemán en honor de los profesores Manuel Alonso Olea y Franz Gamillscheg*, editado por A. Montoya Melgar, RFDUCM, 1993, núm. monográfico 17, p. 228, al considerar que el mantenimiento de los servicios esenciales es una cuestión de orden público o seguridad pública —arts. 10.1 y 149.1.29º CE— y, consecuentemente, irrenunciable para los poderes públicos.

<sup>31</sup> Así lo entiende S. TORRENTE GARI, *El ejercicio del ...*, op. cit., pp. 331 ss. Esta tesis estaría además avalada —*obiter dicta*— por la STC 123/90, F. J. 4.

La polémica relativa a la intervención de la autonomía colectiva en la regulación del derecho de huelga ante la existencia en la Constitución de una reserva de ley también se ha producido en Italia, optándose por el carácter relativo de la reserva y la consiguiente posibilidad del legislador de habilitar a la negociación colectiva. Sobre este particular, P. CURZIO, *Autonomia collettiva e ...*, op. cit., pp. 129 ss. y G. GIUGNI, *Diritto sindacale*, op. cit., pp. 261-262.

<sup>32</sup> F. DURÁN LÓPEZ, *Autorregulación de servicios ...*, op. cit., pp. 52 ss., menciona tres tipos de autorregulación: pura, negociada y mixta. Esta última, caracterizada por la combinación con arreglo a distintas modalidades —cuatro de las cuales son mencionadas por el autor— de la intervención legislativa y de la autorregulación pura y/o negociada, es la mejor, por razones tanto políticas como técnico-jurídicas. En términos parecidos, M. C. PALOMEQUE LÓPEZ, «La regulación por ...», op. cit., pp. 9-11 y 21-24, describe cuatro modelos puros de política jurídica: regulación judicial, regulación autónoma, autodisciplina sindical y regulación legal. También habla de la combinación de los anteriores modelos, dando lugar a la regulación mixta, por la que inequívocamente se decanta.

Por otra parte, una vez habilitada la autonomía colectiva no puede desplegar en esta materia su genuina función normativa y es que con el mantenimiento de los servicios esenciales no se trata de integrar los intereses enfrentados de trabajadores y empresarios, en cuyo caso desplegaría sin problemas dicha función normativa, sino de integrar los intereses enfrentados de trabajadores y usuarios. Pero esta complicada cuestión será abordada en otro lugar<sup>33</sup>.

Si la autonomía colectiva no puede intervenir aisladamente en el desarrollo del artículo 28.2 CE a mayor razón tampoco puede hacerlo la autorregulación pura o sindical<sup>34</sup>. Sólo si el legislador orgánico decide otorgarle algún papel puede la autorregulación intervenir con alguna eficacia<sup>35</sup>. Por supuesto, la autorregulación siempre tiene las puertas abiertas en el ámbito de los servicios esenciales y fuera de él pero sin efectos jurídicos externos, esto es, sin condicionar jurídicamente el derecho de huelga de los no afiliados; incluso el derecho de huelga de los afiliados, sin perjuicio de la responsabilidad intrasindical de estos últimos.

---

<sup>33</sup> Vid., *infra*, capítulo cuarto, apartado A, epígrafes 2.d. y 3. En dichos epígrafes se presta especial atención a la interesante experiencia italiana.

<sup>34</sup> El TC se ha pronunciado en su sentencia 11/81 sobre esta cuestión, en los siguientes términos: «No es discutible que en muchos casos la solvencia moral de los huelguistas conduzca a una oferta seria de garantías suficientes y eficaces, sobre todo en un sindicalismo llegado a la madurez. Mas sentar como única regla el arbitrio de los huelguistas es tesis insostenible, pues evidentemente no cubre los casos de oferta insuficiente o de ineficacia de la oferta de garantías, ni tampoco aquellos otros en que se caiga en la tentación de aumentar la presión huelguística sumando a la que se hace sobre el empresario o patrono, la que se puede hacer sobre los usuarios de las prestaciones de los servicios públicos. De aquí puede extraerse la conclusión de que la decisión sobre la adopción de las garantías de funcionamiento de los servicios no puede ponerse en manos de ninguna de las partes implicadas, sino que debe ser sometida a un tercero imparcial» (F. J. 18). Para F. DURÁN LÓPEZ, *Autorregulación de servicios ...*, op. cit., pp. 79 ss., de la anterior doctrina se deduce claramente el rechazo de la autorregulación pura, al tiempo que se acoge la autorregulación mixta. En cambio, J. COSCUBIELA I CONESA y M. A. FALGUERA I BARÓ, «El ejercicio del ...», op. cit., pp. 359 ss., entienden que es posible una autorregulación pura o extralegal, a partir del cumplimiento de la premisa que según ellos está en el anterior rechazo del TC: la existencia o no de madurez en los sindicatos. Aquí se comparte plenamente la postura del primero de los autores.

De las experiencias comparadas de autorregulación se ocupa F. DURÁN LÓPEZ, *Autorregulación de servicios ...*, op. cit., pp. 33-45 y 59 ss., realizando especial hincapié en las situaciones alemana e italiana, contrastando el éxito de la primera, como consecuencia de la concurrencia de determinadas exigencias técnicas e ideológicas —unidad sindical, concepción orgánica del derecho de huelga y modelo de relaciones laborales más cooperativo que conflictivo—, con los continuos inconvenientes de la segunda, precisamente por no darse las anteriores exigencias.

<sup>35</sup> Sin embargo, para L. E. DE LA VILLA, «Servicios mínimos en ...», op. cit., pp. 449-450, la autorregulación ha entrado en España por la puerta de atrás, ya que los sindicatos mayoritarios incumplen sistemáticamente los servicios mínimos fijados por la autoridad gubernativa sin que

Desde el punto de vista constitucional tanto la autonomía colectiva como la autorregulación sindical pueden contribuir a desarrollar el artículo 28.2 CE. Lo que no pueden es desarrollarlo prescindiendo del legislador orgánico: es éste quien puede atribuirles un determinado papel. Así las cosas, la marginación de la autonomía colectiva y de la autorregulación se debe principalmente a la ausencia de ley orgánica. Principalmente porque dicha ausencia no tiene por qué traducirse necesariamente en la postergación de esas fuentes. En efecto, pese a que el sistema vigente esté basado en la regulación administrativa y jurisprudencial nada impide que se fomenten en la práctica la autorregulación pura y la negociada<sup>36</sup>. En efecto, la STC 51/86, al tiempo que señala la centralidad del papel de la autoridad gubernativa en esta materia, introduce posibles vías de utilización de la autorregulación pura y negociada, cuando establece:

«La propia doctrina de este Tribunal ha residenciado en la autoridad gubernativa correspondiente la decisión al respecto, y a ella sola toca decidir, sin perjuicio de que pueda remitir la concreta fijación de los servicios a instituciones derivadas de la autonomía colectiva, si se ofrecen garantías suficientes en torno a la efectiva prestación de los servicios, o bien pueda hacer suyas las conclusiones, propuestas u ofertas de las propias partes en conflicto» (F. J. 3).

En todo caso, lo que resulta claro, aunque no tanto del párrafo transcrito como del conjunto de la doctrina del TC sobre el tema, es que sea cuál sea la vía y el momento que se utilicen para dar entrada a la autorregulación pura y negociada la autoridad gubernativa está en todo momento en condiciones de dirigir la actuación de la autorregulación, así como de aceptar, rechazar o modificar los resultados de la misma. De ahí que se diga que esas fuentes ocupan en España un papel marginal, tanto en el diseño abstracto, en el que simplemente no están previstas, como en la práctica<sup>37</sup>.

---

normalmente se produzcan consecuencias negativas, ni para el sindicato, ni para los trabajadores participantes en la acción conflictiva.

<sup>36</sup> En este sentido, A. BAYLOS GRAU, *Derecho de huelga y ...*, op. cit., pp. 172-179, para quien, pese a la existencia del artículo 10.2 DLRT y del papel teórico marginal asignado por la jurisprudencia, no hace falta esperar a la nueva ley de huelga para promocionar en la práctica estos mecanismos de autorregulación pura y/o negociada.

<sup>37</sup> Es difícil conocer cuál es el peso que en la práctica están jugando la autorregulación pura y la negociada, ya que no existen referencias claras sobre el particular. Para A. BAYLOS GRAU, «La regulación del ...», op. cit., p. 11, son muy frecuentes los servicios mínimos pactados entre el comité de huelga y el empresario, aunque no proporcione ni ejemplos concretos, ni tampoco la posición al respecto de la autoridad gubernativa. De la consulta de la jurisprudencia y de las disposiciones de la autoridad gubernativa también parece que sean frecuentes los servicios mínimos pactados o, al menos, los intentos de pactarlos.

Algunas disposiciones de la autoridad gubernativa se encargan de fomentar la intervención de los representantes de los trabajadores, que no la autodisciplina. Así, por citar sólo dos ejemplos, el RD



Una apreciable excepción en el marco del panorama descrito lo constituye el Acuerdo sobre regulación de servicios mínimos en las actividades o servicios esenciales en caso de huelga en la comunidad autónoma del País Vasco<sup>38</sup>. Este Acuerdo constituye un excelente ejemplo de cómo las autoridades gubernativas competentes pueden fomentar instrumentos de autorregulación pura y negociada, habiéndose optado en este caso por la autorregulación pura, declarándose aconsejable, asimismo, el fomento de la negociación colectiva en la materia.

Aunque no se trate de una verdadera fuente cabe mencionar el papel igualmente marginal y escasamente autónomo de la doctrina científica en esta materia, debido seguramente al papel protagonista asumido por el TC en la elaboración de los conceptos claves<sup>39</sup>.

Antes de comenzar con la crítica del vigente sistema de fuentes de la huelga en los servicios esenciales convendría sintetizarlo, diciendo que se está ante un edificio jurídico cuyos cimientos se encuentran en la propia CE, pero que no ha sido edificado conforme a los planos elaborados por el propio Constituyente: en lugar de descansar en la ley orgánica lo ha hecho en la regulación administrativa emanada por las distintas

---

453/87, de 3 de abril (Parque Móvil Ministerial), establece que los servicios mínimos serán aprobados por la autoridad gubernativa ante la propuesta de la dirección del organismo y oído el comité de huelga (art. 2); mientras el Decreto Foral de Navarra 191/92, de 19 de mayo (Administración autonómica) establece la negociación de los servicios mínimos con el comité de huelga.

Por otra parte, y siguiendo la influyente cultura sindical italiana, siempre podrá ocuparse la autorregulación pura y/o negociada de la autodisciplina en aquellos servicios que, aunque técnicamente no sean esenciales, y por tanto no quepa la intervención de la autoridad gubernativa, repercutan negativamente sobre sus usuarios o cumplan una importante función social. En este sentido, véase, J. COSCUBIELA I CONESA y M. A. FALGUERA I BARÓ, «El ejercicio del ...», op. cit., p. 365. Parece, sin embargo, que esta vía de autorregulación no está siendo utilizada por los sindicatos españoles, habiendo pasado inadvertida en la Propuesta Sindical Prioritaria y en la Iniciativa Social de Progreso, que se limitan a establecer en términos bastante vagos un procedimiento para la determinación de los servicios mínimos en los servicios esenciales basado en la autorregulación negociada. Mayor concreción se aprecia en la Propuesta Marco de autorregulación de la huelga en Cataluña, elaborada por la Comisión Obrera Nacional de Cataluña y expuesta por los autores citados en este mismo párrafo.

Al igual que en España el peso de la autonomía colectiva en Francia es mínimo. En cambio, es muy importante en Gran Bretaña, sostenida por la autorregulación sindical; también en Alemania, ante la ausencia de regulación legal; y en Italia, privilegiada por la ley 146/90. Sobre el papel de la autonomía colectiva y del resto de fuentes en materia de huelga en los servicios esenciales, desde el punto de vista del Derecho comparado, véase, E. ALES, *Lo sciopero nei ...*, op. cit., pp. 97 ss.

<sup>38</sup> Acuerdo suscrito por el Departamento de Trabajo y Seguridad Social del Gobierno Vasco y las centrales sindicales ELA, UGT y CC.OO.; aprobado por el Consejo de Gobierno Vasco el 18 de octubre de 1994; y publicado en el Boletín Oficial del País Vasco (BOPV) del 11 de noviembre de 1994. Su texto íntegro puede consultarse en *RL*, 1994 II, pp. 1428-1433. Un breve comentario del mismo, en S. TORRENTE GARI, *El ejercicio del ...*, op. cit., p. 347, nota 49.

<sup>39</sup> En este sentido, M. E. CASAS BAAMONDE, «Derecho de huelga ...», op. cit., p. 58.

autoridades gubernativas y en la regulación jurisprudencial del TC y de los tribunales ordinarios. Esta última, surgida del control de la anterior regulación administrativa, resulta más apreciable en el terreno de la elaboración de principios abstractos y generales que en el de la resolución de casos concretos. En cuanto a la autonomía colectiva y a la autorregulación sindical, con la excepción del Acuerdo Vasco, su papel ha sido ciertamente marginal, supeditado en todo momento a la voluntad de la autoridad gubernativa competente.

## **2. CRÍTICA DEL VIGENTE SISTEMA DE FUENTES Y POSIBLES ALTERNATIVAS**

El actual marco normativo regulador del derecho de huelga, el DLRT<sup>40</sup>, surgido necesariamente con vocación provisional, ha sobrevivido con creces a la mayoría de sus “hermanos”, productos normativos típicos y propios de la transición política<sup>41</sup>. Ha mostrado, sobre todo en la materia que aquí interesa, notables carencias y ha generado enorme conflictividad social y litigiosidad.

Con esos antecedentes se entiende la singular intervención del TC, criticando duramente y con acierto la actual regulación del derecho de huelga en los servicios esenciales, en los siguientes términos:

«El fondo del asunto muestra una vez más las consecuencias que produce en nuestro ordenamiento la falta de desarrollo adecuado del mandato que al legislador impone el art. 28.2 CE, lo que origina una conflictividad innecesaria en relación con la fijación de los servicios esenciales, y una puesta en peligro tanto de la garantía del mantenimiento de los servicios esenciales como del ejercicio legítimo del derecho de huelga, lo que exige el establecimiento de procedimientos adecuados para asegurar la necesaria ponderación de los bienes constitucionales en juego. Corresponde a la ley garantizar, mediante los instrumentos oportunos, el mantenimiento de los servicios esenciales de la Comunidad en caso de huelga, pero, al mismo tiempo, también le corresponde establecer medidas que garanticen el respeto del ejercicio legítimo del derecho de huelga, incluida la previsión de vías jurisdiccionales adecuadas que permitan preservar el derecho de huelga

---

<sup>40</sup> Este deficiente marco regulador ha sido profusamente estudiado y criticado a lo largo de toda su vigencia. Sobre el mismo en sus orígenes, entre otros muchos, F. DURÁN LÓPEZ, «La nueva regulación ...», op. cit., pp. 47-82. Tras la depuración operada por la STC 11/81, de 8 de abril, véase, por todos, J. MATÍA PRIM y otros, *Huelga, cierre patronal ...*, op. cit. Recientemente, aunque insistiendo especialmente en la técnica del abuso del derecho, J. MATÍA PRIM, *El abuso del ...*, op. cit.

<sup>41</sup> Vid., R. SASTRE IBARRECHE, *Derecho sindical y ...*, op. cit.

frente a las eventuales extralimitaciones y excesos en la fijación de los servicios mínimos» (STC 123/90, F. J. 4).

Parece claro que el TC rechaza el vigente sistema de fuentes por la litigiosidad y consiguiente inseguridad que ha creado, al tiempo que reclama la ejecución del proyecto diseñado por el Constituyente, a saber, la emanación de la ley orgánica de desarrollo del artículo 28.2<sup>42</sup>; no cualquier ley, por supuesto, sino una que incorpore unos contenidos que superen los inconvenientes del actual marco normativo.

También la doctrina unánimemente ha valorado en términos negativos la ordenación jurídica de la huelga en general y de la ejercida en el ámbito de los servicios esenciales en particular<sup>43</sup>. Al igual que el TC, la doctrina critica que el sistema de fuentes no esté basado en la ley orgánica que el propio artículo 28.2 CE prevé, dando por supuesto que esa regulación legal contribuiría a superar las deficiencias de que adolece el vigente sistema, para lo cual, entre otras cuestiones, debiera otorgarse un papel protagonista a la autonomía colectiva, en consonancia con el rol central que ésta tiene en el sistema democrático de relaciones laborales que la CE diseña.

Téngase en cuenta que si de algo adolece el vigente sistema es de consenso y no parece lógico que en el tiempo de la «ética del consenso»<sup>44</sup> la disciplina jurídica de la

---

<sup>42</sup> Ésta no es la única ocasión en la que el TC aconseja al legislador emanar una ley. Así, por ejemplo, la STC 195/96, de 28 de noviembre, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad presentado contra la LISOS, establece rotundamente lo siguiente: «Por último, a la vista de la complejidad de las cuestiones analizadas, a la que no es ajena la sistemática de la Ley, y de la entidad del fallo que los razonamientos anteriores conducen a pronunciar, *corresponde al legislador estatal reelaborar la Ley impugnada, si lo estima conveniente* en aras del respeto y clarificación del orden constitucional de competencias y en beneficio de la seguridad jurídica, imprescindible en materias sancionadoras» (F. J. 17) (mías las cursivas).

También la Corte Constitucional italiana invita al legislador a modificar la Ley 146/90 para poder integrar adecuadamente en su seno a los trabajadores autónomos. Se trata de la sentencia 171/1996, de 27 de mayo (publicada en *Foro Italiano*, 1997 I, pp. 1027 ss.).

<sup>43</sup> Muy crítica se muestra M. E. CASAS BAAMONDE en el prólogo de *Legislación de huelga*, Tecnos, Madrid, 1992, pp. 13-20 y J. M. GALIANA MORENO, «Consideraciones sobre una futura regulación de las huelgas en los servicios esenciales», en AA.VV., *Homenaje a J. García Abellán*, Publ. Univ. de Murcia, Murcia, 1994, pp. 101-108. También, con indicación de otras posturas doctrinales descontentas, M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, «La huelga en ...», op. cit., pp. 141-142.

Un excelente y sintético diagnóstico de las deficiencias de la regulación actual en los servicios esenciales como necesaria base sobre la que fundar las propuestas normativas *de lege ferenda* se encuentra en la *Propuesta sindical de regulación del derecho de huelga en los bienes y los servicios esenciales de la comunidad*, en AA.VV., *Estudios sobre la huelga*, ACARL, Madrid, 1992, pp. 199 ss.

<sup>44</sup> Expresión acuñada a propósito de la Ley 146/90 por U. ROMAGNOLI, «Le fonti regolative dello sciopero nei servizi essenziali», en *Lavoro e Diritto*, 1991, p. 550.

huelga en los servicios esenciales prescindir del vehículo de consenso por antonomasia, la autonomía colectiva. En una materia tan delicada como el mantenimiento de los servicios esenciales, que al fin y al cabo restringe el derecho de huelga, más importante aún que la vigencia de las normas es su eficacia y para dotar a las normas de eficacia nada mejor en materia laboral que acudir a la autonomía colectiva<sup>45</sup>. Sólo con unas reglas concordadas por las partes en conflicto, y oportunamente controladas por un tercero imparcial, puede evitarse lo que es tan habitual en España: el rechazo de las reglas heterónomamente fijadas, normalmente acompañado de su incumplimiento<sup>46</sup>.

La anterior crítica general debe completarse con la siguiente: la regulación administrativa podría haber fomentado la autonomía colectiva, convirtiéndola en la práctica en la verdadera protagonista, cosa que no ha hecho. También podría haber respetado con mayor asiduidad los principios elaborados por la jurisprudencia, cosa que tampoco ha efectuado. Del mismo modo, la regulación jurisprudencial, que habríamos previsiblemente tenido un menor protagonismo de haberse emanado la citada ley de desarrollo, podría haber fomentado más de lo que lo ha hecho la autonomía colectiva<sup>47</sup>. En todo caso, la regulación jurisprudencial de la huelga en los servicios esenciales merece una valoración general positiva.

Descendiendo del plano de las críticas generales al de las concretas, el origen del criticado sistema de fuentes se encuentra en la convalidación y reinterpretación que en su día la STC 11/81 efectuó del artículo 10.2 DLRT, dando lugar a una regulación administrativa que hacía menos urgente la adecuada regulación legal, al tiempo que otorgaba una inmejorable posición de control al Ejecutivo. Y lo cierto es que el TC pudo haber elegido otra salida, declarando inconstitucional el artículo 10.2 DLRT<sup>48</sup>. Sin duda,

---

<sup>45</sup> En el sistema diseñado por la Ley italiana 146/90, que como se sabe otorga un papel protagonista a la autonomía colectiva, no hay la menor duda de que la razón principal de ese protagonismo es dotar al sistema de eficacia. Sobre el particular, por todos, P. CURZIO, *Autonomia collettiva e ...*, op. cit., pp. 56 ss, especialmente p. 59 y F. SANTONI, *Lo sciopero*, Jovene, Napoli, 1999, p. 135.

<sup>46</sup> Vid., J. B. VIVERO SERRANO, «Huelga y servicios ...», op. cit., pp. 1-8.

<sup>47</sup> A. BAYLOS GRAU, «Huelga y servicios ...», op. cit., pp. 216-217, denuncia el sesgo de la jurisprudencia constitucional, basada exclusivamente en la técnica de imposición gubernativa de servicios mínimos, habiendo, consecuentemente, dejado sin tratar otros puntos controvertidos.

<sup>48</sup> También pudo haber declarado constitucional el artículo 10.2, sin necesidad de reinterpretación alguna. Esta hipótesis, hoy día inimaginable, habría complicado todavía más el actual panorama al incorporar el criterio de la continuidad de los servicios públicos.

el miedo al vacío normativo que caracteriza a toda la STC 11/81 alcanza aquí una de sus manifestaciones más evidentes<sup>49</sup>. Ese *horror vacui* ha de conectarse con la atribución de competencia que el artículo 10.2 realiza a la autoridad gubernativa, que es lo sin duda lleva al TC a conservarlo, si bien convenientemente reconducido a la fórmula del 28.2 CE.

Ahora bien, ese pretendido vacío no es tal, ya que el artículo 28.2 CE es directamente aplicable por los tribunales y posibilita igualmente la intervención de la autoridad gubernativa, sin necesidad de ampararse en el artículo 10.2 DLRT<sup>50</sup>. En este sentido, debe tenerse en cuenta que este último artículo no resulta aplicable a los funcionarios públicos —art. 1.1 DLRT, en relación con art. 1.3.a) ET— ni al personal laboral dependiente de establecimientos militares —disposición adicional 1ª DLRT<sup>51</sup>— y sin embargo no imposibilita la intervención de la autoridad gubernativa<sup>52</sup>.

En definitiva, el objetivo que la STC 11/81 buscaba con la reinterpretación del artículo 10.2 DLRT, a saber, la identificación de la autoridad decisora en materia de establecimiento de medidas garantizadoras del mantenimiento de los servicios esenciales,

---

<sup>49</sup> A. BAYLOS GRAU, «Diez años de ...», op. cit., p. 294, entiende que la convalidación del DLRT se debe a un «horror al vacío normativo por parte del TC».

<sup>50</sup> Para VELASCO CABALLERO, en M. Bacigalupo Saggese y F. Velasco Caballero, «Límites inmanentes de los derechos fundamentales y reserva de ley», en *REDA*, 1995, núm. 85, p. 130, la Administración puede identificar directamente y en el caso concreto los límites inmanentes de los derechos fundamentales, entre los que se encuentra el mantenimiento de los servicios esenciales, siempre que no exista previa ley reguladora, y ello en atención a los siguientes principios constitucionales: justicia en el caso concreto, tutela judicial efectiva y promoción objetiva de todos los derechos constitucionales. Lo anterior no significa, sin embargo, que el legislador deba permanecer permanentemente inactivo, renunciando a elaborar una correcta política de derechos fundamentales.

<sup>51</sup> El Ministerio de Defensa dictó el 30 de septiembre de 1982 unas Instrucciones en relación con el ejercicio del derecho de huelga del personal dependiente de la Administración militar, al amparo de la disposición adicional 1ª del RD 2205/1980, ocupándose, entre otras cuestiones, de la fijación de servicios mínimos —atribuyendo a la Dirección de servicios del establecimiento militar la competencia para la determinación de los servicios mínimos durante la huelga y unilateralmente al jefe del establecimiento la selección de los trabajadores encargados de prestarlo (Instrucción 5ª)—. Estas Instrucciones fueron parcialmente confirmadas por la STS (5ª) 22-10-84, Ar. 5138 y declaradas nulas en su totalidad por la STC 26/86, de 19 de febrero. Esta última sentencia ha sido comentada por M. E. CASAS BAAMONDE, «El derecho de huelga de los trabajadores de la administración militar y su “normativa específica”», en *REDT*, 1986, núm. 27, pp. 431-443. Vid., igualmente, M. D. GARCÍA VALVERDE, *Personal civil no funcionario al servicio de establecimientos militares*, Comares, Granada, 2000, pp. 571 ss.

<sup>52</sup> E. BORRAJO DACRUZ, «Los derechos colectivos de los médicos del sector público», en *Revista de Seguridad Social*, 1982, núm. 13, p. 27, entiende que los poderes públicos pueden acudir directamente a la Constitución para garantizar el mantenimiento de los servicios sanitarios prestados por

no necesitaba la convalidación del precepto citado. De haberse declarado inconstitucional las posibilidades de desarrollo normativo del artículo 28.2 habrían aumentado considerablemente, aunque es dudoso que se hubiera emanado una ley que instaurase un efectivo sistema de autorregulación mixta<sup>53</sup>. Pertenece esta cuestión al nebuloso mundo de lo que se pudo haber hecho y no se hizo y de lo que de haberse hecho hubiera resultado<sup>54</sup>.

Las críticas hasta ahora efectuadas se enmarcan principalmente en la perspectiva de la política del derecho mientras la que se efectúa a continuación pertenece claramente al ámbito de la interpretación jurídico-constitucional. Se trata de la vulneración de la garantía constitucional de la reserva de ley —genérica del 53.2 y específica del 28.2, ambos de la CE— por parte de aquellas disposiciones de la autoridad gubernativa que inequívocamente tienen carácter reglamentario, es decir, que regulan en términos abstractos y generales la huelga en los servicios esenciales.

La reserva de ley, expresamente establecida por la CE en su artículo 53.1, ha sido analizada en los siguientes términos:

«{...} el principio de reserva de ley no sólo incide sobre la posible remisión a normas reglamentarias, sino que asimismo acota la propia libertad de acción del legislador, en cuanto que éste se ve constreñido a dotar la Ley de “suficientes referencias normativas de orden formal y material”, que permitan, de una parte, conocer que la manifestación de voluntad es propiamente del legislador, y de otra, delimitar la ulterior actuación del

---

los médicos-funcionarios y por los médicos-estatutarios a los que no se aplica el DLRT. En el mismo sentido, J. J. DÍEZ SÁNCHEZ, *El derecho de ...*, op. cit., pp. 117-118.

<sup>53</sup> Las noticias que S. TORRENTE GARI, *El ejercicio del ...*, op. cit., p. 352 y L. ORTEGA, *Los derechos sindicales ...*, op. cit., pp. 199 ss., da de las iniciativas legislativas de inicios de los ochenta no parecen que vayan en el sentido de implantar una verdadera regulación mixta, en la que la autorregulación pura y/o negociada se convierta en la pieza clave del marco normativo, sino que en ellas continúa predominando la intervención heterónoma. En todo caso, el sistema de fijación de servicios mínimos que pretendía implantar el anteproyecto de ley de huelga de 1980 (texto publicado en el diario ABC, del 2 de abril de 1980, reproducido en L. E. DE LA VILLA y J. A. SAGARDOY BENGOCHEA, *El Derecho del Trabajo en España*, T. II, IES, Madrid, 1981, pp. 1119-1124), sin poder considerarse estrictamente como regulación mixta, mejoraba la situación creada por el DLRT.

<sup>54</sup> En Italia la ausencia de la ley de desarrollo del artículo 40, que como se sabe ve la luz en 1990, se saldó antes de que la autorregulación tuviera suficiente importancia e incluso durante la época dorada de la autorregulación con una profusa regulación administrativa del conflicto en los servicios esenciales, en alguna medida parecida a la actual regulación gubernativa española. La Corte Constitucional italiana —sentencia 4/1977, de 12 de enero, publicada en *Foro Italiano*, 1977 I, pp. 276 ss.— convalidó la regulación administrativa articulada a través de la vieja *precettazione*, siendo uno de los argumentos fundamentales la pertinaz ausencia de la ley de desarrollo. Sobre el particular, véase, por todos, P. CURZIO, *Autonomia collettiva e ...*, op. cit., pp. 30 ss.

Gobierno al adoptar las oportunas medidas de ejecución de aquella voluntad»<sup>55</sup>.

A tenor del anterior significado de la reserva de ley la autoridad gubernativa no puede regular abstractamente la huelga en los servicios esenciales, ni tan siquiera alegando la habilitación legal del artículo 10.2 DLRT, ya que éste se limita a identificar la entidad decisora sin mayores especificaciones<sup>56</sup>. El Tribunal Supremo ha acabado acogiendo esta tesis. En efecto, la STS (3ª), de 7 de noviembre de 1997, Ar. 9498, entiende como *ratio decidendi* que las disposiciones con naturaleza de norma reglamentaria vulneran la garantía constitucional de la reserva de ley<sup>57</sup>. Anteriormente el TS había mantenido la misma tesis, si bien *obiter dicta*<sup>58</sup>.

---

<sup>55</sup> F. FERNÁNDEZ SEGADO, «La teoría jurídica de los derechos fundamentales en la doctrina del Tribunal Constitucional», en *REDC*, 1993, núm. 39, pp. 240 ss., quien alude además a diversas sentencias del TC: 83/84, F. J. 4 y 29/86, F. J. 2. También se ha ocupado de esta garantía, L. VILLACORTA MANCEBO, «Aspectos de la reserva de ley en el sistema constitucional español», en *Escritos jurídicos en memoria de Luis Mateo Rodríguez*, t. I, Universidad de Cantabria, 1993, pp. 519-576. La articulación entre la Constitución y la Ley en materia de derechos fundamentales ha sido tratada, entre otros, por J. JIMÉNEZ CAMPO, «El legislador de los derechos fundamentales», en AA.VV., *Estudios de Derecho Público en homenaje a I. De Otto*, Univ. de Oviedo, Oviedo, 1993, pp. 473-510 y M. MEDINA GUERRERO, *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, McGraw-Hill, Madrid, 1996.

<sup>56</sup> Especialmente importante es la opinión de L. ORTEGA, *Los derechos sindicales...*, op. cit., pp. 193-194, para quien la convalidación del DLRT no supone la de su sistema de fuentes, por lo que rechaza una regulación reglamentaria de la huelga en los servicios esenciales al amparo del artículo 10.2. En el mismo sentido, G. B. OLMEDA FREIRE, «Los Decretos sobre ...», op. cit., p. 42. Anteriormente, L. CAMPS, «La huelga como ...», op. cit., p. 24, había criticado el artículo 10.2 DLRT, al entender que actúa como mero “vehículo de transmisión” a la autoridad gubernativa de una función que la Constitución encomienda a una ley que vaya más allá de la mera remisión.

<sup>57</sup> Concretamente entiende: «{...} aunque es cierta la posibilidad de colaboración reglamentaria en la regulación de las materias sometidas a reserva material de Ley, ello no excluye la necesidad de que, cuando existe esa reserva, previamente a la regulación reglamentaria, una norma con rango de Ley haya fijado las líneas esenciales que deben respetarse por la ulterior regulación gubernamental —SSTC 83/1984, 99/1978, 101/1988— {lo que no sucede con el art. 10.2 DLRT}» (mío el paréntesis). En consecuencia, las disposiciones con naturaleza reglamentaria vulneran el artículo 28.2, ya que «{...} aparecen como reglamentos independientes, en una materia en la que no existe deslegalización, ni tampoco una habilitación reglamentaria deducible directamente de la Constitución o de una general habilitación legal» (F. J. 3).

<sup>58</sup> Cuando a partir de 1995 el TS se ha planteado la naturaleza jurídica de las disposiciones de la autoridad gubernativa predominan las argumentaciones *obiter dicta* en las que las disposiciones que se le someten a enjuiciamiento son calificadas como actos administrativos, evitando, de este modo, recurrir a la vulneración de la reserva de ley como *ratio decidendi*. Así, la STS (3ª) 15-9-95, Ar. 6654, F. J. 1, plantea *obiter dicta* la inconstitucionalidad de una regulación reglamentaria de los servicios esenciales amparada en la habilitación legal del art. 10.2 DLRT, si bien entiende que el RD impugnado no contiene una regulación abstracta, sino una actuación concreta ante una huelga ya declarada. En el mismo sentido, las SSTC (todas ellas de la sala 3ª) 15-1-96, Ar. 349, F. J. 5; 21-3-96, Ar. 2798, F. J. 5; 6-5-96, Ar. 3953, F. J. 5; 14-10-97, Ar. 7535, F. J. 3; 20-2-98, Ar. 2362, F. J. 1. Por cierto, es más que discutible la naturaleza de actos administrativos de algunas de las disposiciones enjuiciadas por estas sentencias.

Tras lo que se acaba de decir, no hay la menor duda de que las disposiciones de la autoridad gubernativa que tienen naturaleza reglamentaria, que son muchas por cierto<sup>59</sup>, vulneran frontalmente el derecho fundamental de huelga, al transgredir la garantía constitucional de la reserva de ley que rodea al citado derecho<sup>60</sup>. Téngase en cuenta que la reserva de ley forma parte del contenido de los derechos fundamentales<sup>61</sup>, de tal manera que la inobservancia de la misma comporta la vulneración del derecho fundamental, en este caso del derecho de huelga, siendo, consecuentemente, utilizable la vía del recurso de amparo.

Contrasta la rotundidad de la anterior afirmación con la escasa atención doctrinal que este tema ha despertado. Es más, buena parte de la doctrina laboralista sigue refiriéndose a la naturaleza reglamentaria de las disposiciones de la autoridad gubernativa sin plantearse excesivos problemas<sup>62</sup>. La falta de atención doctrinal seguramente se deba

---

En el caso de la citada STS (3ª), 7-11-97, Ar. 9498, la vulneración de la reserva de ley actúa como *ratio decidendi* al no poder acudir a otros motivos de impugnación, singularmente a la falta de motivación, que en este caso se cumplió escrupulosamente.

<sup>59</sup> La última disposición de fijación de servicios mínimos que se ha publicado en el BOE, la Resolución de la Secretaria General de Educación y Formación Profesional, de 12 de diciembre de 2000, alude tanto en el preámbulo como en el articulado a las normas reglamentarias que disciplinan la huelga el sector educativo no universitario, el RD 417/88 y la Orden de 25 de mayo de 1988, sin plantearse problema alguno en cuanto a la vulneración de la reserva de ley por parte de dichas normas reglamentarias. Evidentemente, la citada disposición desconoce la última jurisprudencia del TS.

<sup>60</sup> Para S. TORRENTE GARI, *El ejercicio del ...*, op. cit., pp. 253-256, la regulación reglamentaria no es inconstitucional por vulneración de la reserva de ley, que para ella no sería aplicable al preconstitucional DLRT, sino por desconocimiento de la doctrina del TC acerca de la imposible fijación apriorística de servicios esenciales y servicios mínimos.

<sup>61</sup> En este sentido se pronuncia la STC 140/86, cuando establece: «Pues es claro que a la hora de establecer garantías para los diversos derechos enunciados en la Constitución, el rango de la norma aplicable {...} representan un importante papel por cuanto las características “formales” de la norma {...} suponen evidentemente límites y requisitos para la acción normativa de los poderes públicos que son otras tantas garantías de los derechos constitucionalmente reconocidos {...}» (F. J. 6).

<sup>62</sup> Para constatar lo que se dice nada mejor que efectuar un repaso de algunos de los principales manuales de Derecho del Trabajo y de Derecho Sindical. Así, A. MONTOYA MELGAR, *Derecho del Trabajo*, op. cit., p. 730, quien no se plantea problema alguno; M. ALONSO OLEA y M. E. CASAS BAAMONDE, *Derecho del Trabajo*, op. cit., p. 1029, quienes simplemente reflejan en una nota a pie (núm. 79, p. cit.) la posición de la jurisprudencia del Supremo y en el texto siguen aludiendo a la posible regulación reglamentaria; A. MARTÍN VALVERDE, F. RODRÍGUEZ-SAÑUDO y J. GARCÍA MURCIA, *Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 2000, p. 380, quienes también aluden a la jurisprudencia del Supremo si bien siguen aludiendo a la vía reglamentaria como habitual procedimiento de actuación de la autoridad gubernativa; y M. C. PALOMEQUE LÓPEZ y M. ÁLVAREZ DE LA ROSA, *Derecho del Trabajo*, op. cit., pp. 587-588. Lo mismo puede decirse de las recientes monografías que abordan parcialmente el derecho de huelga. Es el caso, por ejemplo, de F. FERRANDO GARCÍA, *Los efectos de la huelga en el contrato de trabajo*, Aranzadi, Pamplona, 1999, p. 91, quien habla de potestad reglamentaria sin matización alguna.



a la ausencia de específica jurisprudencia constitucional<sup>63</sup> y a la relativa novedad de la jurisprudencia del Supremo<sup>64</sup>. Por otra parte, la vulneración de la reserva de ley no suele ser empleada como motivo de impugnación y cuando se emplea suele estar acompañada de otros motivos más consolidados, como la ausencia de motivación, a los que los tribunales prestan más atención<sup>65</sup>.

En cuanto a las disposiciones de la autoridad gubernativa que claramente tienen naturaleza de acto administrativo no plantean problema alguno en relación con la garantía de la reserva de ley, que no les afecta<sup>66</sup>.

---

En todo caso, parece que poco a poco la doctrina está prestando mayor atención a la importante jurisprudencia del Supremo sobre el particular. Así, además de las tímidas referencias de algunos de los autores apenas citados, puede mencionarse a T. SALA FRANCO e I. ALBIOL MONTESINOS, *Derecho Sindical*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 470.

<sup>63</sup> El TC no aborda frontalmente el problema que aquí se está tratando, limitándose a la repercusión que la naturaleza jurídica de las disposiciones pudiera tener en materia de distribución competencial entre el Estado y las CC.AA. Así, la STC 233/97 establece: «{...}, sin que sea preciso analizar aquí el supuesto —no infrecuente— de las normas que abordan de manera genérica el mantenimiento de determinados servicios esenciales, remitiendo al posterior momento en que se convoque una huelga concreta la determinación de los servicios a mantener adecuados a las circunstancias de esa específica convocatoria» (F. J. 3).

<sup>64</sup> La jurisprudencia ordinaria se despreocupó de este tema en sus primeros pronunciamientos. Así, la SAN 6-6-80, no se planteó el problema de la naturaleza jurídica de las disposiciones de fijación de servicios mínimos. La STS (3ª) 11-7-80, Ar. 2950, cdo. 6, entendió que se trataba del ejercicio de la potestad reglamentaria, aunque no se planteó contradicción alguna entre esta naturaleza y la reserva de ley orgánica. Lo mismo cabe decir de las SSTS (3ª), 26-1-85, Ar. 268, cdo. 2; 26-2-85, Ar. 782, cdo. 6; (5ª), 24-6-88, Ar. 4727, F. J. 6; y 17-5-89, Ar. 3784, F. J. 4. Como se sabe, a partir de 1995 la jurisprudencia del Supremo cambia radicalmente.

Una muestra del titubeo de la jurisprudencia ordinaria puede consultarse en S. TORRENTE GARI, *El ejercicio del ...*, op. cit., p. 252.

<sup>65</sup> Un buen ejemplo de economía de esfuerzos lo constituye la STC 26/86 que declaró nulas las Instrucciones dictadas por el Ministerio de Defensa en relación con el ejercicio del derecho de huelga del personal dependiente de la Administración militar por razones distintas a la vulneración de la garantía de la reserva de ley, en la que ni siquiera entra.

<sup>66</sup> El principio de reserva de ley despliega toda su eficacia respecto de la regulación abstracta o normativa de los límites de los derechos fundamentales. Ahora bien, ¿cuál es su operatividad respecto de la regulación concreta o aplicación de los límites?. En este último supuesto la doctrina no es pacífica, compartiéndose aquí la postura de quienes entienden que la reserva no es predicable del momento aplicativo, de tal manera que la autoridad gubernativa y/o los tribunales podrán aplicar ante un caso concreto un determinado límite de un derecho fundamental sin necesidad de cobertura legal. Lo que no podrán hacer será regular abstractamente sin suficiente cobertura legal. Este problema ha sido afrontado por M. BACIGALUPO SAGGESE y F. VELASCO CABALLERO, «Límites inmanentes de ...», op. cit., con soluciones y argumentos discrepantes, defendiendo el primero la tesis favorable a la aplicación de la reserva legal también al momento aplicativo, mientras el segundo acoge la tesis contraria, aquí defendida, con unos argumentos interesantes relativos a la matización que los principios de reserva de ley y de democracia parlamentaria experimentan en el moderno Derecho Constitucional.

También en Francia es objeto de debate la limitación del derecho de huelga a través de actos administrativos que imponen servicios mínimos sin cobertura legal, manteniéndose posturas divergentes. Para A. JEAMMAUD, «Huelga y servicios ...», op. cit., pp. 25 ss., fuera de los casos admitidos por el Consejo de Estado, que tienen que ver con el mantenimiento del orden público, de la acción gubernamental y de la protección de la seguridad de personas y cosas, es absolutamente

La cuestión de fondo que late en torno a la reserva de ley es la necesidad que todo Estado democrático tiene de que la política de los derechos fundamentales, como política nuclear que es, sea diseñada por el propio constituyente y por el legislador —en nuestro caso orgánico—, así como por el TC, desde otra perspectiva<sup>67</sup>. Pues bien, sucede que el diseño relativo a la huelga en los servicios esenciales, como política de derechos fundamentales que es, no está cumpliendo en absoluto las anteriores premisas, desde el momento en que está siendo el ejecutivo el encargado no ya de aplicar la política, que también, sino de diseñarla en términos abstractos. Es de esperar que la última jurisprudencia del TS acabe calando en la doctrina y, sobre todo, en la *praxis* administrativa, que hasta el momento parece *grosso modo* desconocerla. Además, dicha jurisprudencia debiera hacer pensar a los partidos políticos y a los agentes sociales en la necesidad apremiante de emanar de una vez por todas la famosa ley orgánica.

Las críticas que se han formulado tienen la entidad suficiente como para justificar una profunda reforma del vigente sistema de fuentes. La piedra angular de dicha reforma debe ser la emanación de la ley orgánica anunciada por el artículo 28.2. No cualquier ley, por supuesto, sino una que contribuya a fortalecer el derecho fundamental de huelga y que resuelva los numerosos inconvenientes del actual marco normativo.

Una ley orgánica que sea a la vez fuente y fuente de fuentes de la huelga en los servicios esenciales, es decir, que regule por sí misma determinados aspectos y que diseñe el papel que han de jugar el resto de fuentes en esta materia, creando las condiciones técnicas necesarias para su adecuado desenvolvimiento, incluidas las sanciones en caso de incumplimiento. En definitiva, y por utilizar una terminología ya consolidada, se trata de implantar un sistema de autorregulación mixta<sup>68</sup>, siendo deseable, además, que la pluralidad de fuentes se deje sentir en la propia elaboración de

---

indispensable una ley, al día de hoy inexistente en general, para poder amparar los actos administrativos de imposición de servicios mínimos. Este mismo autor da cuenta de la postura doctrinal favorable a la imposición administrativa de servicios mínimos, que, por lo demás, es una realidad desde hace mucho tiempo.

<sup>67</sup> Sobre el papel de los distintos operadores jurídicos en la política de derechos fundamentales, véase, por todos, M. BACIGALUPO SAGGESE y F. VELASCO CABALLERO, «Límites inmanentes de ...», op. cit., pp. 115-131.

<sup>68</sup> Vid., F. DURÁN LÓPEZ, *Autorregulación de servicios ...*, op. cit., pp. 58-59, concretamente el cuarto modelo de autorregulación mixta, en el que el legislador, en el marco de lo que doctrinalmente se

la ley, es decir, que en la medida de lo posible se negocie la ley con los interlocutores sociales<sup>69</sup>.

Ni qué decir tiene que la ley orgánica debiera recoger, aunque no siempre con el mismo alcance, los principios elaborados por el TC<sup>70</sup>.

A diferencia de la situación actual, el papel protagonista debe pasar de la autoridad gubernativa a la autonomía colectiva y el papel secundario, que no baladí<sup>71</sup>, ha de corresponder a un tercero imparcial que tenga carácter público, o sea, que no ha de ser necesariamente la autoridad gubernativa, pudiendo desempeñar las imprescindibles funciones de control y suplencia una autoridad administrativa independiente<sup>72</sup>. No es éste, sin embargo, el momento de entrar en las soluciones técnicas que el legislador debiera adoptar en relación con el peso y las relaciones de las distintas fuentes autónomas y heterónomas, remitiendo a lo que se dirá cuando se aborde la entidad encargada de la fijación de servicios mínimos.

---

conoce como neoinstitucionalismo, se encarga de diseñar el marco jurídico de actuación de las otras fuentes reguladoras.

<sup>69</sup> En este sentido, por todos, M. E. CASAS BAAMONDE, «Los procedimientos de fijación de los servicios esenciales», en AA.VV., *Estudios sobre la huelga*, ACARL, Madrid, 1992, op. cit., pp. 222-223.

Téngase en cuenta, a este propósito, que la Ley italiana 146/90 en su día fue negociada con los mayores sindicatos.

<sup>70</sup> No todos los principios elaborados por el TC español tienen el mismo alcance y condicionan de igual manera al futuro legislador, ya que mientras algunos proceden de la solución de recursos de amparo, otros provienen de la resolución de recursos de inconstitucionalidad y de conflictos positivos de competencia. Además, no es lo mismo que la doctrina se haya emanado en relación con el 28.2 CE que con el 10.2 DLRT. Para M. E. CASAS BAAMONDE, «Los procedimientos de ...», op. cit., p. 228, la jurisprudencia constitucional producida sobre el artículo 10.2 no puede hipotecar al legislador futuro. En cambio, R. MARTÍNEZ EMPERADOR, «Huelga en servicios esenciales para la comunidad», en AA.VV., *Estudios sobre la huelga*, ACARL, Madrid, 1992, pp. 82-84, no parece realizar distinciones y entiende que la totalidad de la doctrina constitucional habrá de ser respetada por el legislador. En todo caso, sería conveniente que el legislador acogiese la esencia de la mayor parte de los principios.

La asunción de los principios jurisprudenciales es una nota característica esencial de la evolución experimentada por el Derecho italiano, donde la doctrina de la Corte Constitucional sobre la huelga en los servicios esenciales, emanada a propósito de los arts. 330 a 333 del Código Penal Rocco, fue recogida primero por la regulación administrativa contenida en la vieja *precettazione* y por la autorregulación sindical y después por la Ley 146/90. Sobre la cuestión, véase, por todos, U. ROMAGNOLI y M. V. BALLESTRERO, *Norme sull'esercizio ...*, op. cit., pp. 5-9 y 56-62.

<sup>71</sup> Para F. DURÁN LÓPEZ, *Autorregulación de servicios ...*, op. cit., pp. 73 ss., incluso en el escenario de una deseable futura ley de huelga la autoridad gubernativa debiera seguir efectuando importantes labores: control y suplencia de la autorregulación pura y/o negociada.

<sup>72</sup> Sobre este tipo de autoridades administrativas, véase, A. BETANCOR RODRÍGUEZ, *Las Administraciones independientes: un reto para el estado social y democrático de derecho*, Tecnos, Madrid, 1994. Desde la influyente perspectiva italiana, S. CASSESE y C. FRANCHINI, *I garanti delle regole*, Il Mulino, Bologna, 1996.

En cuanto a la jurisprudencia, debiera volver a jugar el papel que normalmente le corresponde, a saber, la interpretación y aplicación del derecho en la resolución de casos concretos, abandonando su actual e intensa función creativa<sup>73</sup>.

La propuesta que se acaba de formular se alinea con la opinión de buena parte de la doctrina laboralista y estuvo a punto de plasmarse en líneas generales en el frustrado PLOH<sup>74</sup>. En el Derecho comparado el mejor ejemplo de lo que se propone lo constituye la ley italiana 146/90<sup>75</sup>, recientemente modificada por la ley 83/2000, de 11 de abril de 2000<sup>76</sup>.

---

<sup>73</sup> Ésa es la posición que ostenta la jurisdicción italiana en el diseño de la Ley 146/90, según P. CURZIO, *Autonomia collettiva e ...*, op. cit., pp. 205-207. Adviértase que antes de dicha Ley la jurisdicción italiana había jugado un papel creativo parecido al que todavía hoy juega la jurisdicción española.

<sup>74</sup> Sobre la opinión de la doctrina laboralista española se remite a las obras recogidas en las notas 11 y 13. En cuanto al PLOH, se remite a las obras mencionadas en la nota 8, *in fine*.

<sup>75</sup> Sobre el sistema de fuentes, vid, por todos, U. ROMAGNOLI, «Le fonti regolative ...», op. cit., pp. 547-583; P. CURZIO, *Autonomia collettiva e ...*, op. cit., pp. 49 ss.; T. TREU, «Lo sciopero nei servizi essenziali pubblici essenziali: un caso estremo di regolazione pluralistica», en AA. VV., *Scritti in onore di Luigi Mengoni*, Giuffrè, Milano, 1995, pp. 1325-1382; y P. PASCUCCI, *Tecniche regolative dello sciopero nei servizi essenziali*, Giappichelli, Torino, 1999, pp. 113 ss. El sistema de fuentes, como otras muchas cuestiones, ha sido modificado por la Ley 83/2000, por lo que las anteriores obras deben ser leídas con arreglo a las modificaciones introducidas recientemente. A este respecto, véase, A. VALLEBONA, «Introduzione», en L. Menghini, M. Miscione y A. Vallebona (a cura di), *La nuova disciplina dello sciopero nei servizi pubblici essenziali*, Cedam, Padova, 2000, pp. 5-7 y GRAGNOLI, E.: «Le regole per l'esercizio del diritto di sciopero», en P. Pascucci (a cura di), *La nuova disciplina dello sciopero nei servizi essenziali*, Ipsoa, 2000, pp. 40 ss.

Cfr., sobre la Ley 146/90 en general, T. TREU y otros, *Sciopero e servizi essenziali. Commentario sistematico alla l. 12 giugno 1990, n. 146*, Cedam, Padova, 1991; M. RUSCIANO y G. SANTORO PASSARELLI, *Lo sciopero nei servizi essenziali. Commentario alla legge 12 giugno 1990, n. 146*, Giuffrè, Milano, 1991; U. ROMAGNOLI y M. V. BALLESTRERO, *Norme sull'esercizio ...*, op. cit.; y F. SANTONI, *Lo sciopero*, op. cit., pp. 107 ss. En esas obras puede consultarse el texto de la Ley. Ha sido, por lo demás, traducida al castellano por F. MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, en *RT*, 1990, núm. 99, pp. 159-171 y por J. C. CASSAGNE, *La huelga en ...*, op. cit., pp. 169-180.

<sup>76</sup> Los motivos de la reforma son claramente expuestos por P. PASCUCCI, «La riforma della legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali», en *Giornale di Diritto Amministrativo*, 2000, núm. 8, pp. 745-746, destacando, de un lado, la insuficiencia de la Ley 146/90 para hacer frente a los microconflictos del sector transportes, con la importancia que dicho sector tiene, especialmente en el año 2000 —Jubileo—, y, de otro lado, la necesidad constatada por la doctrina, por la jurisprudencia constitucional y ordinaria y por la Comisión de garantías de introducir ciertos retoques en el diseño efectuado por la Ley 146/90: poderes de la Comisión, relación entre fuentes autónomas y heterónomas, sistema de sanciones, extensión de las reglas a los trabajadores autónomos, etc.

Se han ocupado de comentar la reforma introducida por la Ley 83/2000, entre otros, el citado P. Pascucci; L. MENGHINI, M. MISCIONE y A. VALLEBONA (a cura di), *La nuova disciplina dello sciopero nei servizi pubblici essenziali*, Cedam, Padova, 2000; y P. PASCUCCI (a cura di), *La nuova disciplina dello sciopero nei servizi essenziali. Legge n. 146/1990 (modificata dalla legge n. 83/2000)*, Ipsoa, 2000. Pendiente de publicación se encuentra el número 25 de *Quaderni di Diritto del Lavoro e delle Relazioni Industriali*, dedicado monográficamente al estudio de la reforma bajo el título *Il conflitto collettivo nei servizi pubblici*. Del proyecto de Ley se ocupó en su momento G. GHEZZI,

Sucede, sin embargo, que el debate acerca de la regulación legislativa del derecho de huelga es en la actualidad, y no parece que el futuro próximo depare sorpresas en este campo, exclusivamente jurídico, habiendo quedado aparcado el necesario debate político y sindical<sup>77</sup>. En este contexto, tiene sentido efectuar una propuesta alternativa a la anterior, que pretende los mismos objetivos pero que utiliza distintos instrumentos<sup>78</sup>. En lugar de la ley orgánica puede acudir a instrumentos normativos como los acuerdos sobre materias concretas —art. 83.2 ET—, al estilo del ASEC<sup>79</sup>, y como los correspondientes acuerdos de la función pública —Ley 9/87—. O bien, a instrumentos de carácter político como el Acuerdo Vasco o como los planes abstractos de servicios mínimos a los que se alude en otro lugar<sup>80</sup>. En todo caso, estas últimas propuestas, que en lo político son más factibles que la emanación de la ley orgánica, desde el punto de vista técnico-jurídico presentan numerosos inconvenientes, el más importante de los cuales es el peligro de que la autoridad gubernativa se acoja al vigente artículo 10.2 DLRT para seguir ostentando el papel protagonista, postergando los resultados de la autorregulación pura y de la negociada.

---

«Un'importante riforma tutta in salita: la disciplina dello sciopero nei servizi pubblici essenziali», en *Rivista Giuridica del Lavoro*, 1999, núm. 4, pp. 687-725.

La Ley 83/2000 ha sido publicada en la *Gazzeta Ufficiale*, de 11 de abril de 2000, núm. 85. Tanto el texto de esta última Ley como en el de la Ley 146/90 con las oportunas modificaciones puede consultarse en P. PASCUCCI (a cura di), *La nuova disciplina ...*, op. cit., pp. 283 ss. y 293 ss. También en *Lavoro e previdenza oggi*, 2000, núm. 6, pp. 1153-1176.

<sup>77</sup> M. C. PALOMEQUE LÓPEZ y M. ÁLVAREZ DE LA ROSA, *Derecho del Trabajo*, op. cit., pp. 557-558.

<sup>78</sup> Defiende la pertinencia de estos instrumentos alternativos, A. BAYLOS GRAU, «Formas nuevas y ...», op. cit., pp. 73-74.

<sup>79</sup> Acuerdo sobre Solución Extrajudicial de Conflictos Laborales, suscrito en 1996 (BOE, 8-2-96), y puesto en práctica dos años más tarde (BOE, 9-2-98). Sobre el mismo, véase, S. TORRENTE GARI, *El ejercicio del ...*, op. cit., pp. 415 ss.; A. ODRIOZOLA LANDERAS, «El acuerdo sobre solución extrajudicial de conflictos laborales (ASEC)», en *AL*, 1996 III, pp. 663-676; C. PIQUERAS PIQUERAS, *El acuerdo sobre solución extrajudicial de conflictos: una reflexión sobre su naturaleza y eficacia*, Ibidem, Madrid, 1998; *Suplemento especial sobre el ASEC y los Acuerdos autonómicos sobre solución extrajudicial de conflictos laborales*, *RL*, 1998; F. VALDÉS DAL-RÉ, «El ASEC: apuntes sobre un texto y su contexto», en *RL*, 1998, núm. 6, pp. 1-10; y *Suplemento especial: solución extrajudicial de conflictos*, *RL*, 2000.

<sup>80</sup> Vid., *infra*, capítulo cuarto, apartado B, epígrafe 1.b.

A. OJEDA AVILÉS, «El acuerdo para modernizar la Administración y mejorar las condiciones de trabajo: Un importante avance en la negociación colectiva pública», en *AL*, 1992-1, p. 333, nota 15, da cuenta de un compromiso político asumido por la Administración para fomentar la autorregulación sindical en el ámbito de los servicios esenciales de su competencia, que sin embargo no llegó a materializarse ante la inminencia de la regulación del derecho de huelga en esas fechas.

### C. CONCEPTO DE SERVICIOS ESENCIALES

El concepto más importante de los que se manejan en esta investigación es, sin duda, el de servicios esenciales. Éstos constituyen el ámbito en el que el derecho de huelga experimenta la regulación adicional de inequívoco carácter restrictivo. La importancia de este concepto trasciende el ámbito del derecho de huelga para afectar al entero sistema de relaciones laborales y es que si el citado sistema no es comprensible sin la consideración de la huelga como derecho fundamental, tampoco lo es sin la correcta delimitación de los servicios esenciales como ámbito donde el ejercicio del derecho de huelga sufre sus mayores limitaciones.

El único concepto de servicios esenciales que aquí interesa es el que singulariza la huelga ejercida en su ámbito y no aquel que la propia Constitución —art. 128.2<sup>1</sup>— utiliza para habilitar al legislador a efectuar reservas en favor del sector público, cuyo carácter exclusivamente económico parece evidente<sup>2</sup>. Se trata de dos conceptos sin duda relacionados

---

<sup>1</sup> Dice literalmente: «Se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica. Mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general». El antecedente de esta norma se encuentra en el artículo 43 de la Constitución italiana de 1947. Sobre este último precepto, véase, M. S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Il Mulino, Bologna, 1977, pp. 133 ss.

<sup>2</sup> Este carácter económico del concepto del artículo 128.2 es unánimemente admitido por la doctrina. Vid., por todos, G. ARIÑO ORTIZ, «La empresa pública», en *El modelo económico de la Constitución española*, t. II, dirigido por F. Garrido Falla, IEE, Madrid, 1981, p. 103; R. GÓMEZ-FERRER MORANT, «La reserva al sector público de recursos o servicios esenciales», en AA.VV., *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, t. V, Civitas, Madrid, 1991, p. 3826; y J. M. GIMENO FELIÚ, «Sistema económico y derecho a la libertad de empresa versus reservas al sector público de actividades económicas», en *RAP*, 1994, núm. 135, pp. 149-211.

A. SERRANO TRIANA, *La utilidad de la noción de servicio público y la crisis del Estado bienestar*, IELSS, Madrid, 1983, pp. 101 ss. y 144 ss, identifica los servicios esenciales, desde una perspectiva fundamentalmente política y sociológica, con lo «indispensable para una convivencia humana y civilizada según las exigencias que hoy impone la vida moderna, que exige aquellas prestaciones sin las que no es aceptable la convivencia social y la pertenencia a un Estado que, se ha dicho hasta la saciedad, es Social, Democrático y de Derecho». En esta misma línea cabe inscribir a los comentaristas de la encíclica *Pacem in Terris*: J. RUIZ-GIMÉNEZ, «Raíz y sentido de la relación política», en *Comentarios a la Pacem in terris*, BAC, Madrid, 1963, p. 267 y M. JIMÉNEZ DE PARGA, «La “*Pacem in terris*” y el Estado de derecho», en *Comentarios Universitarios a la Pacem in Terris*, Tecnos, Madrid, 1964, pp. 211-230, añadiendo además que estos autores incorporan un importante elemento jurídico al concepto de servicios esenciales, al relacionarlo directamente con la satisfacción de los derechos fundamentales, anticipándose, como se verá después, a la solución adoptada por el TC español para definir los servicios esenciales ex artículo 28.2 CE.

pero diferentes<sup>3</sup>. En efecto, si bien es cierto que gran parte de los servicios esenciales *ex* artículo 28.2 CE pueden ser considerados igualmente esenciales a los efectos del 128.2, también lo es que la finalidad de ambos conceptos es diferente, pues mientras el del artículo 28.2 pretende proteger los intereses de los usuarios afectados por el ejercicio del derecho de huelga, el del artículo 128.2 persigue dotar al Estado de adecuados instrumentos de intervención en una economía considerada de libre mercado. En definitiva, el concepto de servicios esenciales que aquí interesa es exclusivamente el del artículo 28.2 CE, en cuyo ámbito la huelga es objeto de una regulación adicional de carácter restrictivo.

## 1. CONCEPTO DE SERVICIOS ESENCIALES

### 1. a. Complejidad y técnicas de definición del concepto de servicios esenciales

La complejidad en este tema aparece desde el inicio, pues no existe un concepto universal y absoluto de servicios esenciales<sup>4</sup>. En efecto, bajo la misma o parecida denominación —sectores vitales para la sociedad, actividades de inaplazable necesidad,

---

<sup>3</sup> La diferencia es resaltada por C. CHINCHILLA MARÍN, *La radiotelevisión como servicio público esencial*, Tecnos, Madrid, 1988, pp. 94-101, para quien el término esencial del 128.2 es sinónimo de utilidad pública o general, sin que necesariamente tengan que ser esenciales en el sentido del 28.2. Para la autora habría distintos grados de esencialidad, estando el 28.2 en la máxima, por su conexión directa con derechos fundamentales, y el 128.2 en la mínima. Para A. SERRANO TRIANA, «Lo esencial en los servicios públicos (I)», en *Actualidad Administrativa*, 1990-3, pp. 607-609, los conceptos de los artículos 28.2 y 128.2 responden a perspectivas distintas: en el primer caso hay un intento de restringir el derecho fundamental de huelga, mientras en el segundo se pretenden restringir derechos fundamentales derivados de la iniciativa privada. Para S. TORRENTE GARI, *El ejercicio del ...*, op. cit., pp. 179-180, también se estaría ante conceptos distintos, ya que el art. 128.2 CE piensa exclusivamente en el sector público y el 28.2 no prejuzga el carácter público o privado de los sujetos prestadores del servicio esencial.

En cambio, F. GARRIDO FALLA, «El modelo económico en la Constitución y la revisión del concepto de servicio público», en *REDA*, 1981, núm. 29, p. 236, propone un único concepto de servicios esenciales, válido tanto para el 28.2 como para el 128.2, aunque la jurisprudencia del TC, elaborada con posterioridad a la fecha de este artículo, ha restado virtualidad a esta interpretación.

<sup>4</sup> En este sentido, E. ALES, *Lo sciopero nei ...*, op. cit., pp. 99 ss., quien estudia los parámetros que sirven de referencia a los Ordenamientos británico, francés, alemán e italiano para definir el ámbito de los servicios esenciales, descubriendo la pluralidad de soluciones existentes: la del legislador italiano de 1990 es la más correcta, al utilizar la consolidada categoría jurídica de los derechos constitucionalmente tutelados, incluso enumerando taxativamente cuáles de esos derechos contribuyen a definir la esencialidad de un servicio, frente a las soluciones utilizadas por los demás Ordenamientos jurídicos, caracterizadas por el recurso a distintos principios generales: la continuidad de los servicios públicos en Francia; los principios constitucionales de protección de la salud y seguridad en Alemania; y la referencia extrajurídica británica a la salud y bienestar de la población.

La situación en esos Ordenamientos jurídicos y en algunos otros puede verse en AA. VV., *Sciopero e servizi pubblici in Europa*, Esi, Napoli, 1989.

servicios de importancia social considerable, etc.<sup>5</sup>— se alude a realidades no siempre coincidentes; incluso, a realidades de lejana o nula semejanza<sup>6</sup>, lo cual es absolutamente normal si se tiene en cuenta que no se está ante un concepto ontológico, sino ante un concepto valorativo, extraordinariamente elástico e influenciado por el contexto en el que se inserte<sup>7</sup>.

Ahora bien, esa relativización del concepto de servicios esenciales, que alcanza su punto álgido en la postura de aquellos<sup>8</sup> que se plantean la esencialidad en relación a los distintos grupos subjetivos de intereses, es decir, que formulan la pregunta ¿esencial para quién?, ha de ser a su vez relativizada o matizada del siguiente modo: las afirmaciones anteriores se producen y tienen sentido cuando se habla del concepto de servicios esenciales desde una perspectiva de Derecho comparado; en cambio, situados en un determinado Ordenamiento dichas afirmaciones no pueden conducir a la conclusión de que es imposible definir los servicios esenciales en base a criterios objetivos y con ciertas dosis de seguridad jurídica, y menos aún que la esencialidad haya de modularse según los intereses de los diferentes grupos. Al contrario, es posible, no sin dificultades<sup>9</sup>, definir los servicios esenciales en base a criterios sólidos y objetivos, y, sobre todo, es posible identificar los concretos intereses que con dicho concepto se pretende proteger.

---

<sup>5</sup> Términos extraídos de F. VALDÉS DAL-RÉ, «Derecho de huelga: ...», op. cit., p. 14. Desde el Derecho comparado, J. BERNIER, «La détermination des ...», op. cit., pp. 57-60, da cuenta de los distintos términos que se vienen utilizando para designar esta realidad, proporcionando, asimismo, tres nociones de servicios esenciales: estricta, amplia y muy amplia.

<sup>6</sup> Resulta provechoso comprobar con A. PANKERT, «Solución de conflictos ...», op. cit., pp. 59 ss., cómo la definición de servicios esenciales gira en muchos países en torno a tres polos: la protección del equipo industrial, la preservación de la seguridad y salud de los ciudadanos y la evitación de graves perjuicios a la economía nacional, de los cuales sólo el segundo guarda estrecha relación con el vigente concepto español de servicios esenciales, mientras los otros dos polos estarían cubiertos en nuestro país por otras figuras jurídicas: los servicios de seguridad y mantenimiento en el caso del primero de ellos y el arbitraje obligatorio del art. 10.1 DLRT en el segundo. También denuncia la amplitud y heterogeneidad de supuestos que se hacen recaer en el concepto de servicios esenciales, J. GARCÍA BLASCO, *El derecho de huelga ...*, op. cit., pp. 98 ss.

<sup>7</sup> En este último sentido, F. VALDÉS DAL-RÉ, «Servicios esenciales y ...», op. cit., pp. 128-129, quien entiende: «{...} un concepto susceptible de apropiarse diversos contenidos en atención a los contextos histórico, social, económico y normativo, al desarrollo de las necesidades de la población y a los cambios culturales»; F. DURÁN LÓPEZ, «Los derechos de los consumidores en la regulación de la huelga», en *Estudios sobre el consumo*, 1987, núm. 11, p. 14; M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, «En torno a ...», op. cit., pp. 38-39; y J. VIDA SORIA y Á. GALLEGO MORALES, «Derechos sindicales y ...», op. cit., p. 352.

<sup>8</sup> Se trata de las opiniones de MORRIS y de AARON recogidas por M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, «En torno a ...», op. cit., p. 39. En el mismo sentido, J. BERNIER, «La détermination des ...», op. cit., p. 48.

<sup>9</sup> La complejidad de la definición de servicios esenciales fue puesta de manifiesto por R. L. SORIANO DÍAZ, «Las limitaciones al ...», op. cit., p. 213, en los siguientes términos: «Quizá no sea aventurado decir que nuestros sabios jurisprudentes con seguridad encontrarán la piedra filosofal del esoterismo antes de hallar un criterio uniforme para la interpretación de estos significativos servicios esenciales de la comunidad».



Lo anterior no significa que en un determinado Ordenamiento la relativización desaparezca por completo, pues, por un lado, siempre actuará en relación con la comparación del concepto nacional con otros conceptos, y, por otro, dejará sentir sus efectos a lo largo del tiempo en la medida en la que se produzcan cambios políticos, económicos, culturales, tecnológicos, etc., lo que, en este mismo orden de ideas, sucede con buena parte de los conceptos jurídicos. En definitiva, el concepto de servicios esenciales, como otros muchos conceptos, refleja una tensión entre la concreción y la certeza de una parte y la dificultad de aprehensión de la realidad social de otra. Pero esa tensión en sí misma no debiera imposibilitar la definición de los servicios esenciales por parte de un determinado Ordenamiento.

En lo que sí parece haber cierto consenso y coincidencia es en las técnicas mediante las cuales puede definirse el valorativo y elástico concepto de servicios esenciales, independientemente de la realidad social que designe, a saber, la técnica de la definición general y la de la definición enumerativa<sup>10</sup>. Por supuesto, junto a estas dos técnicas puras existen multitud de técnicas mixtas, resultantes de la combinación de las dos anteriores,

---

<sup>10</sup> Sobre estas técnicas, véase, A. MARTÍN VALVERDE, «El derecho de ...», op. cit., p. 232 y A. PANKERT, «Solución de conflictos ...», op. cit., pp. 58 ss., quien establece las siguientes conclusiones: la técnica enumerativa es utilizada preferentemente por los países en vías de desarrollo y en la práctica no impide la búsqueda de la necesaria flexibilidad. En cuanto a la definición general, mayoritaria en los países industrializados, otorga gran flexibilidad y mientras en unos países es bastante precisa en otros está basada en conceptos excesivamente vagos.

Favorables a la técnica enumerativa, entre otros muchos, L. ORTEGA, *Los derechos sindicales ...*, op. cit., p. 190, para quien la mejor técnica es la de la lista, siempre que se articule un proceso especial, como el del derecho de reunión, para resolver los problemas que pudieran plantearse; M. E. CASAS BAAMONDE, «Los procedimientos de ...», op. cit., pp. 231-232; y F. VALDÉS DAL-RÉ, «Derecho de huelga: ...», op. cit., p. 19. Esta técnica pretendía utilizar el anteproyecto de ley de huelga de 1980, prescindiendo de cualquier definición general (texto publicado en el diario ABC, del 2 de abril de 1980, y reproducido en L. E. DE LA VILLA y J. A. SAGARDOY BENGOCHEA, *El Derecho del ...*, op. cit., pp. 1119-1124).

En cambio, partidarios de la definición general se muestran, entre otros, J. GÁRATE CASTRO, «Derecho de huelga ...», op. cit., p. 13, para quien la definición general cuenta a su favor con la mayor flexibilidad que introduce, lo cual sintoniza bien con el carácter dinámico que los propios servicios esenciales tienen; y M. M. ZORRILLA RUIZ, «Garantías precisas para ...», op. cit., pp. 229-230, si bien la filosófica definición general que este autor proporciona —«Un servicio es esencial si su desatención aísla, atomiza o dispersa a las personas físicas que componen la comunidad afectada, incomunica o desarticula los grupos que la forman, y/o impide a los poderes públicos respaldar con eficacia y expeditividad el grado de racionalización que han alcanzado»— es rechazable por la enorme indeterminación que conlleva, y que deja en manos de los tribunales la verdadera construcción del concepto.

Estas dos técnicas han sido frecuentemente utilizadas por el CLS de la OIT en su afán de evitar los numerosos abusos que se cometen a la hora de concretar los servicios esenciales. Vid., G. DIÉGUEZ CUERVO, «El derecho de ...», op. cit., pp. 42-43 y OIT, *La libertad sindical ...*, op. cit., párrafos 544-545 y 563-568.

que en realidad han acabado imponiéndose en la mayoría de los países, incluido España<sup>11</sup>.

### 1. b. Definición de servicios esenciales en Derecho comparado e internacional

Pese a que anteriormente se haya sostenido la relatividad del concepto de servicios esenciales desde la perspectiva del Derecho comparado es siempre conveniente ofrecer una somera panorámica del estado de dicho concepto o de nociones equivalentes en algunos países de nuestro entorno<sup>12</sup>.

Parece oportuno comenzar con Italia, cuyo Derecho sindical ha sido y continúa siendo el más influyente en España, sin que el derecho de huelga constituya una excepción a este respecto. La elaboración del concepto italiano de servicios esenciales se produce en ausencia de la intervención legislativa anunciada por el artículo 40 y ante la vigencia de determinados artículos del fascista Código Penal Rocco —artículos 330 y 333 y, en menor medida, 340—, que tipificaban el abandono colectivo e individual de los servicios públicos, resultando sumamente fácil encajar en esos tipos penales cualesquiera huelgas en el sector público. La necesaria acomodación de los citados preceptos penales al reconocimiento constitucional del derecho de huelga permite a la Corte Constitucional —especialmente las sentencias 46/58, 123/62, 31/69, 222/76 y 125/80<sup>13</sup>— elaborar de manera ciertamente tortuosa el concepto de servicios esenciales, en cuyo ámbito la huelga no tenía cabida en un primer momento, para posteriormente ser admitida bien que con las oportunas restricciones.

---

<sup>11</sup> Para F. DURÁN LÓPEZ, *Autorregulación de servicios ...*, op. cit., p. 27, los métodos puros de definición tienden a coincidir en sus resultados prácticos, por lo que en realidad lo mejor es combinarlos. También A. OJEDA AVILÉS, *Derecho Sindical*, op. cit., p. 484, se muestra partidario de las definiciones mixtas.

La técnica mixta, un tanto *sui generis*, es la utilizada en la actualidad por el Ordenamiento español. Sobre esta cuestión, véase, A. BAYLOS GRAU, «Derecho de huelga en ...», op. cit., pp. 200 ss.

<sup>12</sup> Para conocer la situación en algunos países que en esta obra no son específicamente considerados, así como de países que sí son tenidos en cuenta, véase, J. BERNIER (edit.), *Grèves et services essentiels*, Université Laval, Saint-Foy, 1994.

Para Portugal, véase, J. J. GOMES CANOTILHO y J. LEITE, «Ser ou não ...», op. cit., pp. 29 ss.

Para el caso de Argentina y otros países del Mercosur, cfr., J. C. CASSAGNE, *La huelga en ...*, op. cit., y M. E. ACKERMAN, «Derecho de huelga ...», op. cit., pp. 439-456.

<sup>13</sup> Esta jurisprudencia ha sido profusamente analizada. Véase, por todos, F. CARINCI, *Il conflitto collettivo nella giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1971; G. SUPPIEJ, «Trent'anni di ...», op. cit., pp. 25-38; P. CURZIO, *Autonomia collettiva e ...*, op. cit., pp. 24 ss.; U. ROMAGNOLI y M. V. BALLESTRERO, *Norme sull'esercizio ...*, op. cit., pp. 5-9 y 56-62; y P. PASCUCCHI, *Tecniche regolative dello ...*, op. cit., pp. 39 ss.

Para la Corte italiana los servicios esenciales se caracterizan por satisfacer directamente intereses generales preeminentes según la Constitución. Esta definición inicial es completada, que no sustituida, con otra posterior según la cual la esencialidad reposa no ya exclusivamente en los intereses preeminentes sino en intereses de valor constitucional, tanto preeminentes como equivalentes a los protegidos por el derecho de huelga. Esta tosca materia prima jurisprudencial, convenientemente depurada por la doctrina<sup>14</sup>, pasa a las experiencias de autorregulación y culmina con su parcial plasmación legal en el artículo 11.5 de la Ley marco 93/1983, sobre el empleo público<sup>15</sup>. Durante este proceso se consolida la definición amplia, en la que los servicios esenciales se conectan con los valores y derechos constitucionalmente protegidos, tengan o no carácter preeminente.

Con estos materiales construye el legislador italiano de 1990 —Ley 146/90— la definición de servicios públicos esenciales<sup>16</sup> vigente en la actualidad, que tiene el siguiente tenor: «A los efectos de la presente ley se consideran servicios públicos esenciales, independientemente de la naturaleza jurídica de la prestación de trabajo, y aun

---

<sup>14</sup> Véase, por todos, la definición de M. V. BALLESTRERO, en U. Romagnoli y M. V. Ballestrero, *Norme sull'esercizio ...*, op. cit., p. 62, para quien los intereses de valor constitucional susceptibles de limitar el derecho de huelga se concretan en los siguientes principios constitucionales: la seguridad exterior del país; el orden público constitucional; la vida, la integridad, la salud y la libertad de los ciudadanos; y, finalmente, la integridad del patrimonio productivo.

<sup>15</sup> Un comentario de esta importante Ley en M. GRANDI, «Diritti di libertà, diritti sindacali e sciopero nella legge quadro sul pubblico impiego», en *RIDL*, 1986 I, pp. 386 ss. Esta Ley ha sido derogada por el Decreto Legislativo 39/1993, de 3 de febrero, que a su vez ya ha sufrido algunas significativas modificaciones.

Antes de la Ley marco de 1983 dos intervenciones normativas se habían ocupado parcialmente de la huelga en los servicios esenciales. Se trata del Decreto del Presidente de la República 185/1964, de 13 de febrero —art. 49—, que regula el sector nuclear, y de la Ley 142/1980, de 23 de mayo, sobre los controladores aéreos. El artículo 20 de la Ley 146/90 ha dejado en vigor ambas normativas parciales, por lo que dichos sectores siguen rigiéndose conforme a normas específicas y adicionalmente por algunos principios de la Ley 146/90. Cfr., F. SANTONI, *Lo Sciopero*, op. cit., pp. 110-111 y 116-117 y E. ALES, «Vecchi e nuovi “raccordi normativi” della l. n. 146/1990», en P. Pascucci (a cura di), *La nuova disciplina dello sciopero nei servizi essenziali*, Ipsoa, 2000, pp. 276-277.

<sup>16</sup> Téngase en cuenta que la expresión italiana servicios públicos esenciales no utiliza el concepto subjetivo y estricto de servicios públicos que se critica en el apartado anterior, sino un concepto objetivo, en el que lo importante es la atención de necesidades de la colectividad y la presencia de intereses públicos y no la titularidad pública del servicio. Con un concepto de servicio público de este tipo no existen inconvenientes para considerar a los servicios esenciales *ex* artículo 28.2 CE como servicios públicos esenciales. Sobre la noción italiana de servicio público empleada por la ley 146/90, véase, F. CORSO, «Conflitto e autotutela nei servizi pubblici essenziali», en *GDLRI*, 1981, pp. 157 ss. y M. V. BALLESTRERO, en U. Romagnoli y M. V. Ballestrero, *Norme sull'esercizio ...*, op. cit., pp. 53 ss. Una noción de servicio público de este tipo es la que lleva a A. LYON-CAEN, «Sciopero e servizi pubblici: l'esperienza francese», en *GDLRI*, 1988, p. 522, a afirmar que se asemeja cada vez más a un ectoplasma.

cuando se desarrollen en régimen de concesión o convenio, aquéllos destinados a garantizar el disfrute de los derechos de la persona, constitucionalmente tutelados, a la vida, a la salud, a la libertad y a la seguridad, a la libertad de circulación, a la asistencia y seguridad social, a la educación y a la libertad de comunicación» (art. 1.2)<sup>17</sup>. Definición ésta que será traída a colación en numerosas ocasiones.

En Francia no se utiliza la noción de servicios esenciales para designar el ámbito en el que la huelga experimenta una regulación adicional. Se utiliza, en cambio, la noción de servicios públicos que, como se sabe, cuenta con una enorme tradición en ese país. Servicios públicos que comprenden toda la Administración y servicios administrativos y además los servicios sociales, industriales y comerciales, independientemente del tipo de gestión y de la relación jurídica de sus empleados<sup>18</sup>. A pesar de que se utilizan conceptos diferentes existe la suficiente identidad de objetivos como para traer a colación a lo largo de esta investigación las soluciones adoptadas por el Ordenamiento francés<sup>19</sup>. Identidad de objetivos que, sin perjuicio de algunas matizaciones importantes, se concreta en la

---

<sup>17</sup> Literalmente establece la ley italiana: «Ai fini della presente legge sono considerati servizi pubblici essenziali, indipendentemente dalla natura giuridica del rapporto di lavoro, anche se svolti in regime di concessione o mediante convenzione, quelli volti a garantire il godimento dei diritti della persona, costituzionalmente tutelati, alla vita, alla salute, alla libertà e alla sicurezza, alla libertà di circolazione, all'assistenza e previdenza sociale, all'istruzione ed alla libertà di comunicazione».

Sobre la definición de servicios esenciales en la Ley 146/90, véase, por todos, M. RUSCIANO, «Articolo 1», en M. Rusciano y G. Santoro Passarelli (a cura di), *Lo sciopero nei servizi essenziali*, Giuffrè, Milano, 1991, pp. 12 ss.; T. TREU, «L'ambito di applicazione della legge», en T. Treu y otros, *Sciopero e servizi essenziali*, Cedam, Padova, 1991, pp. 7 ss.; M. V. BALLESTRERO, en U. Romagnoli y M. V. Ballestrero, *Norme sull'esercizio ...*, op. cit. pp. 64 ss.; y F. SANTONI, *Lo sciopero*, op. cit., pp. 117 ss. La reciente modificación de la Ley 146/90 por la Ley 83/2000, de 11 de abril, no ha afectado a la definición de servicios esenciales.

<sup>18</sup> Del concepto de servicios públicos que sirve como ámbito de regulación adicional del derecho de huelga, vid., P. TERNEYRE, *La grève dans ...*, op. cit., pp. 25 ss. y E. DEVAUX, *La grève dans ...*, op. cit., pp. 26 ss.

<sup>19</sup> Sobre el ejercicio del derecho de huelga en los servicios públicos, véase, R. LATOURNERIE, *Le droit française de la grève*, Sirey, Paris, 1972, pp. 603; H. SINAY y J. C. JAVILLIER, *La grève*, op. cit., pp. 387 ss.; A. LYON-CAEN, «Sciopero e servizi ...», op. cit., pp. 515-526; P. TERNEYRE, «Vade-mecum du ...», op. cit., pp. 804-810; del mismo autor *La grève dans ...*, op. cit.; A. JEAMMAUD, «Huelga y servicios ...», op. cit., pp. 20-30; P. AUVERGNON, «Regulación de la ...», op. cit., pp. 103-118; J. PÉLISSIER, «Grève et substituts ...», op. cit., pp. 131-153; E. ALES, *Lo sciopero nei ...*, op. cit., pp. 51 ss. y 99 ss.; E. DEVAUX, *La grève dans ...*, op. cit.; y J. P. JUÈS, *La grève en France*, PUF, Paris, 1998, pp. 103-110.

Jurisprudencialmente significar l'Arrêt del Consejo de Estado Dehaene Lebon, de 7 de julio de 1950, y las sentencias del Tribunal Constitucional de 25 de julio de 1979 y de 28 de julio de 1987, a las que se aludirá en diversos apartados. Sobre la jurisprudencia Dehaene, vid., E. DEVAUX, *La grève dans ...*, op. cit., pp. 117 ss. y 173 ss. Sobre la jurisprudencia constitucional, V. B. GENEVOIS, «La jurisprudence du Conseil constitutionnel relative au droit de grève dans les services publics», en *DS*, 1989, pp. 796 ss.

limitación del derecho de huelga en atención a la protección de los intereses de determinados terceros usuarios.

En la República Federal de Alemania la huelga en los servicios esenciales tiene menos importancia que en otros países, debido a la prohibición absoluta del derecho de huelga para los funcionarios, que en gran parte trabajan en el ámbito de los servicios esenciales, y también al incisivo juego de los límites generales, como el principio de proporcionalidad, que hacen menos necesaria una restricción específica para los servicios esenciales. En todo caso, no existe definición normativa, habiéndose encargado de la misma la jurisprudencia y, sobre todo, la doctrina, identificándolos como aquellos servicios que suministran bienes vitales a la población, lo que remite a los principios constitucionales de protección de la vida, la salud y la seguridad<sup>20</sup>.

Por lo que al Reino Unido se refiere, simplemente decir que no existe en este país una definición normativa o jurisprudencial de los servicios esenciales, como tampoco un tratamiento jurídico uniforme de la huelga ejercitada en el citado ámbito. Seguramente esta circunstancia obliga a la doctrina a utilizar el concepto de servicios esenciales acuñado por el CLS de la OIT<sup>21</sup>. En realidad, son tales las restricciones que la huelga experimenta en general que el debate sobre específicas limitaciones para la ejercida en el ámbito de los servicios esenciales no tiene ni por asomo la relevancia que en otras experiencias, por lo que a lo largo de esta investigación se prescindirá del Derecho británico.

---

<sup>20</sup> Vid., T. BLANKE, «El derecho de huelga en los servicios públicos de la República Federal Alemana», en *GS*, 1991, núm. 98, pp. 24-33; R. BIRK y E. HERNICHEL, «El derecho de ...», op. cit., pp. 63-83; A. JUNKER, «Huelgas y servicios esenciales», en *El derecho de huelga. Seminario Hispano-Alemán en honor de los profesores Manuel Alonso Olea y Franz Gamillscheg*, editado por A. Montoya Melgar, *RFDUCM*, 1993, núm monográfico 17, pp. 197-206; y E. ALES, *Lo sciopero nei ...*, op. cit., pp. 64 ss. y 99 ss.

<sup>21</sup> Cfr., G. S. MORRIS, *Strike in essential ...*, op. cit. Del mismo autor, «Industrial action in essential services», en *Industrial Law Journal*, 1991, pp. 89-101 e «Industrial action in essential services: the english experience», en J. Bernier (dir.), *Grèves et services essentiels*, L'Université Laval, Sainte-Foy, 1994, pp. 155-171; B. SIMPSON, «Los conflictos colectivos en el sector público en Gran Bretaña: el marco de relaciones legales e industriales», en *GS*, 1991, núm. 98, pp. 33-45; B. FITZPATRICK, «Regulación de la ...», op. cit., pp. 73-101; y E. ALES, *Lo sciopero nei ...*, op. cit., pp. 56 ss. y 99 ss.

También hay que tener en cuenta las definiciones acuñadas por el CLS de la OIT<sup>22</sup>. Para este órgano consultivo por esenciales hay que entender, en un concepto estricto, aquéllos «{...} cuya interrupción podría poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en toda o parte de la población»<sup>23</sup>. Este concepto estricto es el resultado de una evolución desde parámetros genéricos e imprecisos hasta los recién enunciados. Así, hasta 1979 los servicios esenciales eran aquéllos cuya interrupción podría ocasionar perjuicios públicos o graves perjuicios a la colectividad nacional, mientras en el citado año se los definió como aquéllos cuya interrupción podría poner en peligro la vida o las condiciones normales de existencia de toda o parte de la población. De esta manera se llegó en 1983, bajo la influencia de la Comisión de expertos en aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, a la actual definición estricta de servicios esenciales<sup>24</sup>.

Junto a la acepción estricta, en la que son posibles tanto limitaciones como la misma prohibición del derecho de huelga, se maneja una vaporosa acepción amplia —servicios de importancia transcendental según el CLS y servicios de utilidad pública según la Comisión de expertos—, en la que sólo cabría la imposición de servicios mínimos y que incluiría «{...} aquellos servicios no esenciales en el sentido estricto en los que huelgas de una cierta extensión y duración podrían provocar una situación de crisis nacional aguda tal que las condiciones normales de existencia de la población podrían estar en peligro y en servicios públicos de importancia transcendental»<sup>25</sup>.

Para finalizar con este *excursus* por el Derecho comparado e internacional puede mencionarse el artículo 31 de la Carta Social Europea, que pudiera tener una influencia indirecta en la definición de servicios esenciales<sup>26</sup>.

---

<sup>22</sup> Sobre esta cuestión, véase J. HODGES-AEBERHARD y A. ODERO DE DIOS, «Los principios del ...», op. cit., pp. 520-521; L. MIGLIORINO, «La “giurisprudenza” del comitato OIL sulla libertà sindacale», en *La Comunità internazionale*, 1996, núm 1, pp. 79-86; A. ODERO, «El derecho de huelga ...», op. cit., pp. 61-71. Con menor importancia, por su desfase, G. DIÉGUEZ CUERVO, «El derecho de ... », op. cit., pp. 42-44.

<sup>23</sup> OIT, *La libertad sindical...*, op. cit., párrafos 526 y 540 ss.

<sup>24</sup> Esta evolución puede consultarse en J. HODGES-AEBERHARD y A. ODERO DE DIOS, «Los principios del ...», op. cit., pág. 520.

<sup>25</sup> OIT, *La libertad sindical ...*, op. cit., párrafo 556.

<sup>26</sup> Dice así: «Los derechos y principios enunciados en la Parte I, una vez llevados a la práctica, así como su ejercicio efectivo {...} no podrá ser objeto de restricciones o limitaciones {...}, salvo las establecidas por la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática para garantizar el respeto de los derechos y libertades de terceros o para proteger el orden público, la seguridad nacional, la salud pública o las buenas costumbres». Texto extraído de L. E. DE LA VILLA, *Materiales para el ...*, op. cit.,

## 2. EL CONCEPTO DE SERVICIOS ESENCIALES EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL

### 2. a. El panorama anterior a la definición del Tribunal Constitucional

La Constitución española de 1978 introduce el concepto de servicios esenciales de la comunidad en el artículo 28.2 sin proceder a una definición del mismo<sup>27</sup>, que es lo habitual en las normas jurídicas constitucionales. Lo que sí hace la Constitución es remitir al legislador, entre otras, la tarea de definición de los servicios esenciales, pero como se sabe el desarrollo normativo del artículo 28.2 no se ha llegado a producir. Por otra parte, el concepto de servicios esenciales carecía de tradición jurídica en España<sup>28</sup>, no pudiendo tomarse estrictamente como antecedente del mismo el concepto de servicios de reconocida e inaplazable necesidad<sup>29</sup>.

---

p. 45. Aluden a este instrumento jurídico internacional al referirse al concepto de servicios esenciales, entre otros muchos, G. BARREIRO GONZÁLEZ, «La huelga, el cierre patronal ...», op. cit., p. 70, nota 26; A. PARDELL VEA, *Los derechos sindicales ...*, op. cit., pp. 281-282, quien da cuenta de cómo para el Comité de expertos la esencialidad de los servicios está relacionada con la dependencia que la vida comunitaria tenga de los mismos; y M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, «En torno a ...», op. cit., p. 39.

Este precepto tiene como antecedente el artículo 29.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, que puede consultarse en la obra de De La Villa aquí mencionada (p. 33).

<sup>27</sup> El debate constitucional aporta poca luz en esta materia, como en casi todas las relativas al derecho de huelga. Simplemente mencionar que a alguna enmienda le pareció excesivamente parca la alusión a los servicios esenciales, proponiendo la incorporación de nuevos conceptos como seguridad nacional e intereses esenciales, vinculando estos últimos a los sectores vitales de la economía. En cambio, otro grupo de enmiendas consideró excesivamente vago el concepto de servicios esenciales, lo que les llevó a concretarlo o sustituirlo con los principios y derechos fundamentales recogidos en la Constitución, o bien a eliminar toda referencia sobre el particular. Véase, por todos, A. BAYLOS GRAU, *Derecho de huelga y ...*, op. cit., pp. 25-27, nota 1 y M. O. SÁNCHEZ MARTÍNEZ, *La huelga ante ...*, op. cit., pp. 213-214, notas 218 y 219.

<sup>28</sup> Seguramente pueda considerarse la versión castellana de las decisiones del CLS de la OIT como pionera en esta materia. Bajo su influencia y la de ciertas experiencias de Derecho comparado, como la italiana, comienza a utilizarse tímidamente el término servicios esenciales en los años 70. Vid., por todos, A. BAYLOS GRAU, «La militarización en ...», op. cit., p. 54.

Son muy pocas las referencias a los servicios esenciales en la literatura española anterior a los años setenta y, por supuesto, siempre desde una perspectiva foránea. Así, pueden mencionarse las siguientes: M. L. DEVEALI, «El derecho de huelga ...», op. cit., p. 871, habla de servicios esenciales —elaboración de pan, medicamentos...— como categoría distinta, aunque asimilable, a la de servicios públicos a la hora de prohibir el derecho de huelga; y AA.VV., *Derecho de huelga*, op. cit., pp. 38 ss., hablan expresamente de los servicios esenciales para la comunidad dentro de los límites personales del derecho de huelga, basados en un criterio objetivo, y que podían suponer una prohibición absoluta del derecho, o bien el sometimiento a determinadas condiciones de ejercicio.

<sup>29</sup> Se trata de un concepto más teórico o doctrinal que real, de origen penal —utilizado por el artículo 222 del derogado CP en sus distintas redacciones, todas ellas substancialmente inaplicadas—, que en el año 1977 —también aparecía en el art. 3.1.c) del Decreto-Ley 5/75— es utilizado por el polémico artículo 10.2 DLRT. La mejor aproximación a este concepto jurídico indeterminado la efectuó J. CÓRDOBA RODA, *Comentario al Código Penal*, III, Ariel, Barcelona, 1978, p. 455, integrando en

En este contexto, lo más lógico es que fuese el TC el encargado de definir el concepto de servicios esenciales, como efectivamente sucedió. Ahora bien, aunque se haya dicho que el concepto de servicios esenciales carecía de tradición jurídica eso no significa que el TC tuviera que acometer la tarea definitoria desde la nada. Antes al contrario, a la altura de 1981 el alto tribunal contaba ya con una serie de materiales de diverso valor: la experiencia procedente del Derecho comparado y del Derecho internacional, algunas opiniones doctrinales, una incipiente jurisprudencia ordinaria, los proyectos gubernamentales de regulación legal de la huelga, algunos tímidos intentos de regulación autónoma y de autorregulación, etc. De este material ya se ha visto brevemente el Derecho comparado y el Derecho internacional, añadiendo ahora que lógicamente todo ese material internacional no tenía la misma capacidad de influencia, siendo seguramente las experiencias del CLS de la OIT y del Derecho italiano las más relevantes. Por otra parte, se ha de considerar las citadas experiencias tal y como se encontraban a la altura de 1978-1981.

Doctrinalmente, la aportación más importante se debe a MARTÍN VALVERDE, quien en 1978 escribe lo siguiente:

«Por vía de cláusula general el concepto de “servicios esenciales” vendría a coincidir, en su acepción estricta, con lo que en el ordenamiento español se vienen llamando “servicios de reconocida e inaplazable necesidad”, o con lo que en otros países se llaman “actividades de interés vital”. En suma, tales servicios se caracterizarían porque atienden a necesidades muy importantes de los individuos y porque su interrupción impide de manera inmediata o a muy corto plazo la satisfacción de dichas necesidades. Estos dos rasgos nos

---

el mismo «{...} aquello que es preciso para la subsistencia de bienes o intereses fundamentales del individuo en su vida de relación social».

En todo caso, la doctrina no se ha puesto de acuerdo a la hora de comparar los conceptos de servicios esenciales y de reconocida e inaplazable necesidad. Así, M. ALONSO OLEA, «La reforma del art. 222 del Código Penal», en *Quince lecciones sobre conflictos colectivos de trabajo*, FDUCM, Madrid, 1968, p. 252, identifica genéricamente estos servicios como esenciales o urgentes; y F. BADENES VICENTE, *Los conflictos colectivos de trabajo. Del conflicto plural al colectivo y del avance en el grado de la permisible solución autónoma del mismo*, Conselleria de Trabajo de las Islas Baleares, 1984, p. 19, identifica servicios de reconocida e inaplazable necesidad y servicios esenciales con independencia de la acepción amplia o estricta que se maneje. En cambio, para A. MARTÍN VALVERDE, «El derecho de ...», op. cit., p. 232; A. BAYLOS GRAU, «Sobre el derecho de huelga en los servicios esenciales de la comunidad. (Comentario a SAN 6-6-80)», en *REDT*, 1980, núm. 2, p. 258; y J. GARCÍA BLASCO, *El derecho de ...*, op. cit., p. 93, sólo la acepción estricta de servicios esenciales se correspondería con el clásico concepto español de servicios de reconocida e inaplazable necesidad.

S. TORRENTE GARI, *El ejercicio del ...*, op. cit., p. 190, nota 58, advierte de los problemas que plantea la identificación de los conceptos de servicios esenciales y servicios de reconocida e inaplazable necesidad, como consecuencia de la no inclusión en estos últimos de los servicios públicos, buena parte de los cuales son también servicios esenciales.



situarían en la pista de lo que podría ser una definición enumerativa del concepto, habida cuenta de que servicios con estas características son aquellos que están conectados con la salud y la seguridad personal de los ciudadanos: clínicas y servicios sanitarios de urgencia, bomberos, jueces y policía, funcionarios de prisiones, suministro de agua, gas y electricidad en los centros urbanos de ciertas dimensiones y servicios de abastecimiento de dichas aglomeraciones.

En una acepción amplia los “servicios esenciales de la comunidad” podrían abarcar todos los establecimientos, centros de trabajo y actividades que satisfacen necesidades de la población conectadas con los derechos fundamentales de los ciudadanos, aunque dichas necesidades no tengan carácter de inaplazables o ininterrumpibles. Una definición enumerativa de los servicios esenciales en esta acepción amplia comprendería, además de los señalados anteriormente, los transportes y comunicaciones, las escuelas y centros de enseñanza, los medios de comunicación de masas y la administración pública»<sup>30</sup>.

Para este mismo autor las acepciones amplia y estricta de servicios esenciales son igualmente constitucionales, es decir, la opción entre una u otra no es un problema de regularidad jurídica, sino de conveniencia política. Concretamente entiende:

«Si se pretende una regulación legal que resuelva los distintos problemas de convivencia del derecho de huelga con otros derechos fundamentales habrá que optar por la acepción amplia. Si se prefiere una acepción más escueta y flexible se podrá acoger la acepción estricta, remitiendo a la jurisprudencia la precisión de los “límites externos” del derecho de huelga derivados del respeto a los demás derechos fundamentales y libertades públicas»<sup>31</sup>.

Jurisprudencialmente, cabe conceder mayor atención a los pronunciamientos de la Audiencia Nacional que a los del Supremo, al tener los primeros una elaboración más sólida y provechosa desde el punto de vista conceptual<sup>32</sup>. En este sentido, la SAN 6-6-80 afronta la definición de servicios esenciales conforme a la técnica de la cláusula general, asumiendo la acepción considerada doctrinalmente como amplia, en los siguientes

---

<sup>30</sup> A. MARTÍN VALVERDE, «El derecho de ...», op. cit., pp. 232-233. En idéntico sentido, sobre ésta y otras cuestiones relativas al mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad, se pronuncia este mismo autor junto a M. RODRÍGUEZ-PIÑERO y F. DURÁN LÓPEZ, «Regulación del derecho ...», op. cit., pp. 63 ss.

<sup>31</sup> A. MARTÍN VALVERDE, «El derecho de ...», op. cit., pp. 245-246.

<sup>32</sup> En efecto, las primeras sentencias del TS no afrontan directamente la definición de los servicios esenciales, al tiempo que utilizan como sinónimos términos que en realidad no lo son, como servicios públicos, servicios de reconocida e inaplazable necesidad, servicios de interés general, etc. En todo caso, de manera indirecta también las sentencias del Supremo vinculaban los servicios esenciales con la satisfacción de los derechos constitucionales. Así, SSTS (3ª) 11-7-80, Ar. 2950, cdo. 6, in fine y 13-10-80, Ar. 3745, cdo. 1.

términos: «{...} son esenciales para la comunidad aquellos que posibilitan a sus miembros el ejercicio de los derechos y libertades básicas {...}» (cdo. 3)<sup>33</sup>.

También contaba el TC con otros materiales de menor valor, como los trabajos gubernamentales de los años 1979 y 1980<sup>34</sup> encaminados a la regulación legal del tema, las propuestas de autorregulación sindical pura —CC.OO.— y algunos ejemplos de autorregulación negociada<sup>35</sup>.

## **2. b. La definición del Tribunal Constitucional: las características de los servicios esenciales**

Con el anterior material y con el elaborado por el propio TC acerca del carácter fundamental del derecho de huelga<sup>36</sup>, y ante la ausencia de desarrollo normativo del artículo 28.2 CE, el alto tribunal afronta la definición de los servicios esenciales en la sentencia 26/81, en los siguientes términos:

«Dados los términos en que en el momento actual el debate se encuentra establecido, existen por lo menos dos conceptos, a los que se ha llamado,

---

<sup>33</sup> Esta sentencia, cuyo texto íntegro está en L. E. DE LA VILLA, *Materiales para el ...*, op. cit., pp. 99-106, ha sido comentada por A. BAYLOS GRAU, «Sobre el derecho ...», op. cit., pp. 255-264, para quien los derechos a los que se refiere son aquellos que tienen el mismo rango que el derecho de huelga, los incluidos en la sección 1ª. Este mismo autor señala cómo el tribunal pudo ser notablemente influenciado por el conocido artículo de Martín Valverde, que incluso fue aportado como prueba por la recurrente. A esta sentencia siguieron otras de la Audiencia Nacional del mismo tenor, como la 20-6-80 y la 24-7-80.

<sup>34</sup> El artículo 8 del “anteproyecto” de ley de huelga de 1980 (texto publicado por el diario ABC, del 2 de abril de 1980, reproducido en L. E. DE LA VILLA y J. A. SAGARDOY BENGOCHEA, *El Derecho del ...*, op. cit., pp. 1119-1124) definía los servicios esenciales mediante la siguiente enumeración: «a) Servicios sanitarios y de protección ciudadana. b) Producción, transformación y suministro de productos energéticos. c) Productos de alimentación básica. d) Transporte y comunicaciones. e) Recogida de residuos sólidos urbanos y suministro de agua. f) Servicios portuarios que afecten a productos perecederos o de vital importancia económica o social». No contenía, por tanto, definición por vía de cláusula general.

<sup>35</sup> Los escasos ejemplos, cuya capacidad de influencia es prácticamente inexistente, son mencionados por A. BAYLOS GRAU, *El derecho de huelga ...*, op. cit., pp. 441 ss. y 454 ss. y V. MARTÍNEZ ABASCAL, F. PÉREZ AMORÓS y E. ROJO TORRECILLA, «La regulación promocional, legal ...», op. cit., pp. 338-339.

<sup>36</sup> Entre el material a disposición del TC también puede incluirse su propia elaboración acerca de los límites de los derechos fundamentales, entre los que sin duda cabe ubicar la referencia constitucional al mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad. La STC 11/81 se ocupa de esta cuestión en los siguientes términos: «La Constitución establece por sí misma los límites de los derechos fundamentales en algunas ocasiones. En otras ocasiones el límite del derecho deriva de la Constitución sólo de una manera mediata o indirecta, en cuanto que ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no sólo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionalmente protegidos» (F. J. 7). Esta doctrina fue anticipada por la STS (3ª) 11-7-80, Ar. 2950, cdo 4.

aunque tal vez no muy exactamente, amplio y estricto. De acuerdo con una 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 esta manera, en la definición de los servicios esenciales entrarían el carácter necesario de las prestaciones y su conexión con atenciones vitales. 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 e intereses satisfechos. Como bienes e intereses esenciales hay que considerar los derechos fundamentales, las libertades públicas y los bienes constitucionalmente protegidos. A nuestro juicio, esta línea interpretativa, que pone el acento en los bienes y en los intereses de la persona —y no la primera que se mantiene en la superficie de la necesidad de las organizaciones dedicadas a llevar a cabo las actividades— es la que debe ser tomada en cuenta, por ser la que mejor concuerda con los principios que inspira la Constitución» (F. J. 10).

Definición que desde entonces viene utilizándose, habiendo sido sintetizada del siguiente modo: «{...}son servicios esenciales aquellos que pretenden satisfacer derechos e intereses que son, a su vez, esenciales, y por tales debe entenderse los derechos fundamentales, las libertades públicas y los bienes constitucionalmente protegidos» (STC 53/81, F. J. 2). Además, ha sido completada con las siguientes afirmaciones: «Al caracterizarse a estos servicios de manera no sustantiva, sino en atención al resultado por ellos perseguido, la consecuencia es que, *a priori*, no existe ningún tipo de actividad productiva que, por sí, pueda ser considerada como esencial. Sólo lo serán aquellas que satisfacen derechos o bienes constitucionalmente protegidos, y en la medida y con la intensidad con que los satisfagan» (STC 51/86, F. J. 2); y: «{...} concreción {de los servicios esenciales} que no cabe elaborar en atención a la titularidad, pública o privada, del servicio en cuestión sino a través del carácter del bien satisfecho» (STC 53/86, F. J. 3).

Los servicios esenciales tal y como han sido definidos por el TC reúnen las características que a continuación se comentan, añadiendo que mientras algunas son indiscutibles otras son más dudosas<sup>37</sup>.

---

<sup>37</sup> Se han encargado de comentar estas características numerosos autores. Vid., por todos, F. VALDÉS DAL-REÉ, «Servicios esenciales y ...», op. cit., pp. 131 ss.

En primer lugar, destaca la utilización como parámetros de referencia de las categorías de derechos fundamentales y de bienes constitucionalmente protegidos<sup>38</sup>. Se recurre a esas categorías dando lugar a un concepto teleológico o instrumental, en el que la esencialidad del servicio deriva de su carácter instrumental o funcional al ejercicio y disfrute de los derechos y bienes constitucionales<sup>39</sup>. Los servicios esenciales se convierten en instrumentos al servicio de la realización efectiva de los derechos fundamentales y de los bienes constitucionalmente protegidos, lo que obliga a plantearse si realmente dicha conexión teleológica puede o no tener lugar, es decir, si los derechos fundamentales son una categoría idónea para definir los servicios esenciales, cosa que se hace más adelante.

Con el empleo de los parámetros citados el Tribunal Constitucional apuesta firmemente por el criterio jurídico de la protección selectiva de los intereses de los usuarios perjudicados por el ejercicio del derecho de huelga. Apuesta que en el apartado anterior se vio aproximativamente y que ahora se contempla en todo su esplendor, como característica fundamental del propio concepto de servicios esenciales. Pero sobre esta cuestión se insistirá en el siguiente epígrafe.

Por otra parte, el recurso a los anteriores parámetros sitúa al concepto de servicios esenciales dentro de la teoría de los límites inmanentes de los derechos fundamentales. Esta última consecuencia será también convenientemente desarrollada con posterioridad.

En segundo lugar, una característica que expresamente se deriva de la anterior definición es la irrelevancia de la titularidad pública o privada del servicio<sup>40</sup>, a lo que

---

<sup>38</sup> Para F. VALDÉS DAL-RÉ, «Servicios esenciales y ...», op. cit., p. 131, la definición que ha acogido el TC, vinculando servicios esenciales y derechos fundamentales, es una derivación del principio de unidad de la Constitución.

<sup>39</sup> Este carácter teleológico es unánimemente admitido por la doctrina italiana en relación con la definición de servicios esenciales de la ley 146/90. Así, por todos, T. TREU, «L'ambito di applicazione ...», op. cit., pp. 9 ss.; M. V. BALLESTRERO, en U. Romagnoli y M. V. Ballestrero, *Norme sull'esercizio ...*, op. cit., pp. 70-71; y F. SANTONI, *Lo sciopero*, op. cit., p. 118.

<sup>40</sup> Este argumento ha sido abordado por mí en la comunicación que bajo el título «Servicios esenciales y Administraciones Públicas», presente al XI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, celebrado en Valencia los días 19 y 20 de Mayo de 2000 (pendiente de publicación).

habría que añadir, esta vez de forma implícita<sup>41</sup>, la irrelevancia de la forma de gestión del servicio, de la naturaleza de la relación jurídica de los trabajadores empleados en el mismo —relación laboral, funcionarial, administrativa o todas ellas a la vez— y, finalmente, de la situación subjetiva de los usuarios en relación con la entidad o empresa prestadora —titulares de un verdadero derecho subjetivo, de un interés legítimo, etc.—. Por cierto, esta cuestión de la situación subjetiva de los usuarios que en España ha pasado inadvertida es objeto de creciente atención en nuestros países vecinos, fundamentalmente desde la perspectiva del resarcimiento<sup>42</sup>.

Siguiendo con las características del concepto de servicios esenciales resultante de la definición del TC ha de mencionarse, en tercer lugar, su carácter de concepto jurídico indeterminado<sup>43</sup>. La inclusión de los servicios esenciales en la anterior categoría resulta evidente en la lacónica norma constitucional; inclusión confirmada por la ausencia inicial de definición legal o jurisprudencial<sup>44</sup>. Las consecuencias de esa inclusión son, de una

---

<sup>41</sup> La Ley italiana 146/90, en cambio, explicita en su artículo 1.1 la irrelevancia de la forma de gestión del servicio y de la naturaleza jurídica de la prestación de trabajo. Sobre esta cuestión, M. RUSCIANO, «Articolo 1», op. cit., pp. 13-14 y F. SANTONI, *Lo sciopero*, op. cit., pp. 118-120.

<sup>42</sup> Es el caso, en Italia, de M. A. STEFANELLI, *La tutela dell'utente di pubblici servizi*, Cedam., Padova, 1994, pp. 27 ss.; F. DE FALCO, «La posizione dell'utente ed i diritti dell'utenza nello sciopero nei servizi essenziali», en *Il Diritto del Lavoro*, 1995 I, pp. 77 ss.; y F. SANTONI, *Lo sciopero*, op. cit., pp. 124 ss.

En Francia, entre otros, A. RAMIN, «La grève dans les services publics en France: quelques réflexions sur la situation de l'utilisateur», en *DS*, 1985, núm. 1, pp. 33 ss. y P. TERNEYRE, *La grève dans ...*, op. cit., pp. 134 ss.

<sup>43</sup> Sobre la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados, nacida en el ámbito de la ciencia alemana como instrumento de reducción de la discrecionalidad administrativa y hoy día elemento integrante de la teoría general del derecho, véase, entre otros muchos, E. GARCÍA DE ENTERRÍA, «La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo», en *RAP*, 1962, núm. 38, pp. 171-176; F. SAINZ MORENO, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Civitas, Madrid, 1976; E. ALONSO GARCÍA, *La interpretación de la Constitución*, CEC, Madrid, 1984, pp. 116 ss.; y J. IGARTUA SALAVERRÍA, «Principio de legalidad, conceptos indeterminados y discrecionalidad administrativa», en *REDA*, 1996, núm. 92, pp. 535-554.

<sup>44</sup> Tempranamente, R. L. SORIANO DÍAZ, «Las limitaciones al ...», op. cit., p. 199 (artículo escrito en 1978), integra los servicios esenciales dentro de la categoría de los conceptos jurídicos indeterminados, concretamente como una concesión de las fuerzas políticas progresistas a las conservadoras en el contexto de la política de consenso, lo que, por cierto, critica duramente.

Posteriormente, el carácter indeterminado del concepto de servicios esenciales fue manejado tanto por la recurrente contra el DLRT, como por la Abogacía del Estado. La STC 26/81, F. J. 10, señala, antes de definirlo, el carácter en buena medida indeterminado del concepto de servicios esenciales.

J. M. GIMENO FELIÚ, «Sistema económico y ...», op. cit., pp. 204 ss., da cuenta del debate existente en torno a la consideración del concepto de servicios esenciales del artículo 128.2 CE como jurídicamente indeterminado, con las importantes consecuencias que de dicha consideración se derivan. Este autor entiende que el citado concepto más que jurídicamente indeterminado es políticamente indeterminado, de tal modo que sólo puede ser objeto de concreción por parte del legislador en base a criterios políticos y no, por tanto, como una operación de interpretación jurídica fiscalizable por los

parte, la inexistencia de potestad discrecional alguna en manos de la autoridad gubernativa<sup>45</sup>, ya que según la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados la indeterminación del enunciado general no se traduce en la indeterminación de las aplicaciones del mismo, es decir, que frente a las potestades discrecionales en los conceptos jurídicos indeterminados sólo cabe una solución justa.

De otra parte, no pueden fijarse apriorísticamente la totalidad de los servicios esenciales, pues caracteriza a los conceptos jurídicos indeterminados la existencia de un núcleo o zona de certeza, dominio de las afirmaciones evidentes y generalizantes, pero también de un halo o zona de incertidumbre, dominio de los supuestos concretos. La existencia de una zona de incertidumbre, que sólo desaparece ante el análisis de las características del caso concreto, impide la fijación apriorística de la totalidad de servicios esenciales<sup>46</sup>.

La indeterminación de los conceptos jurídicos, como la de los conceptos en general, puede ser eliminada o al menos reducida mediante la técnica definitoria. De este modo, la definición jurisprudencial de servicios esenciales de la STC 26/81, en ausencia de la deseable definición legal, podía haber intentado reducir notablemente la indeterminación de la que se viene hablando, y, sin embargo, no lo hizo<sup>47</sup>. En efecto, la definición jurisprudencial no acaba con la indeterminación por dos motivos: primero, porque la traslada del *definiendum* —servicios esenciales— a los términos empleados en el *definiens*, o sea, a los conceptos de derechos fundamentales y, sobre todo, de bienes constitucionales. En todo caso, la indeterminación se habría reducido a través de esta definición sintética o prescriptiva<sup>48</sup>.

---

tribunales. Éste sería otro importante elemento de diferenciación de los conceptos de los artículos 28.2 y 128.2.

<sup>45</sup> En este sentido, por todos, A. BAYLOS GRAU, *Derecho de huelga y ...*, op. cit., p. 101 y S. TORRENTE GARI, *El ejercicio del ...*, op. cit., pp. 270 ss.

Para la sentencia de la Audiencia Territorial de Madrid, sala de lo contencioso-administrativo, 7-4-88, F.J. 4, el carácter jurídico indeterminado del concepto de servicios esenciales reclama una única solución justa en el proceso de interpretación y aplicación del citado concepto.

<sup>46</sup> Cfr., F. SAINZ MORENO, *Conceptos jurídicos, interpretación ...*, op. cit., p. 197.

<sup>47</sup> La doctrina continúa considerando a los servicios esenciales como un concepto jurídico indeterminado, después de la definición del TC. Así, por todos, J. GARCÍA BLASCO, *El derecho de ...*, op. cit., p. 101; A. BAYLOS GRAU, «Derecho de huelga en ...», op. cit., pp. 199-200; J. GÁRATE CASTRO, «Derecho de huelga ...», op. cit., p. 9; y J. VIDA SORIA y Á. GALLEGO MORALES, «Derechos sindicales y ...», op. cit., p. 353.

<sup>48</sup> Sobre las definiciones, véase, F. SAINZ MORENO, *Conceptos jurídicos, interpretación ...*, op. cit., pp. 104-110 y V. ITURRALDE SESMA, *Lenguaje legal y sistema jurídico. Cuestiones relativas a*

Segundo, y este motivo es más importante que el anterior, porque la definición de servicios esenciales empleada por el TC introduce forzosamente la indeterminación al establecer que no existen servicios esenciales *a priori*<sup>49</sup>. En consecuencia, el concepto de servicios esenciales, incluso después de haber sido definido por el TC, continúa siendo jurídicamente indeterminado. Sobre esta discutible cuestión se volverá más adelante, al hilo de la crítica al concepto de servicios esenciales.

En cuarto lugar, continuando con las características de los servicios esenciales, es posible establecer una graduación de los mismos<sup>50</sup>. Esta característica más que deducirse claramente de la definición elaborada por el TC se debe a la doctrina. En todo caso, está

---

*la aplicación de la ley*, Tecnos, Madrid, 1989, pp. 38-42. Ambos autores nos advierten de la posibilidad de trasladar la indeterminación del *definiendum* a los términos empleados en el *definiens*.

<sup>49</sup> Todo arranca de la STC 26/81, F. J. 10, en la que partiendo de la esencialidad de los intereses, que no de los servicios, se llega a la conclusión de que sólo serían esenciales aquellos servicios cuyo funcionamiento fuera necesario para la satisfacción de los citados intereses, lo que implica necesariamente atender a las circunstancias de un concreto conflicto. Línea ésta que vuelve a ser recalcada por la STC 51/86, F. J. 2, cuando establece: «Al caracterizarse a estos servicios de manera no sustantiva, sino en atención al resultado por ellos perseguido, la consecuencia es que, *a priori*, no existe ningún tipo de actividad productiva que, por sí, pueda ser considerada como esencial. Sólo lo serán aquéllas que satisfacen derechos o bienes constitucionalmente protegidos, y en la medida y con la intensidad con que lo satisfagan».

La jurisprudencia ordinaria, de acuerdo con la constitucional, viene entendiendo que un servicio sólo es esencial cuando su mantenimiento sea necesario. Así, entre otras: STS (3ª) 15-9-95, Ar. 6654, F. J. 2; STS (3ª) 6-5-97, Ar. 3911, F. J. 3; 20-2-98, Ar. 2362, F. J. 3. Sin embargo, las primeras sentencias, como la SAN 6-6-80, cdos. 3 y 5 o la STS (3ª) 24-9-80, Ar. 3249, parecían aceptar la posibilidad de calificar *a priori* un servicio como esencial.

También parte de la doctrina, de la mano de la jurisprudencia, ha llegado a las mismas conclusiones. Así, por todos, J. GARCÍA BLASCO, *El derecho de ...*, op. cit., pp. 94-95 y 101. Por otra parte, S. TORRENTE GARI, *El ejercicio del ...*, op. cit., pp. 195-196, aunque también entiende que no pueden determinarse apriorísticamente los servicios esenciales, crea una categoría de servicios esenciales, a la que denomina potenciales, que estaría muy cerca de los permanentemente esenciales.

También la doctrina del CLS de la OIT señala la imposible fijación apriorística de los servicios esenciales. Vid., OIT, *La libertad sindical ...*, op. cit., párrafo 541.

<sup>50</sup> Comparten esta opinión, entre otros, F. BADENES VICENTE, *Los conflictos colectivos ...*, op. cit., p. 19; F. VALDÉS DAL-RÉ, «Servicios esenciales y ...», op. cit., p. 131; A. BAYLOS GRAU, *Derecho de huelga y ...*, op. cit., p. 108; y M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, «En torno a ...», op. cit., p. 38.

En cuanto a la jurisprudencia, ya la SAN 6-6-80, cdo. 5, admitía la graduación de los servicios esenciales. La STS (3ª) 4-12-97, Ar. 9576, F. J. 4, plantea —*obiter dicta*— la mayor o menor esencialidad dentro de un mismo servicio, como el sanitario, en atención a la condición de hospital público de la Seguridad Social o de clínica privada. Y la STS (5ª), 17-1-89, Ar. 203, F. J. 4, señala el distinto grado de esencialidad entre las distintas prestaciones del transporte aéreo: los vuelos internacionales son más esenciales que los interpeninsulares.

Tener en cuenta la graduación que la Ley 27-4-1909 relativa a coligaciones, huelgas y paros establecía entre los servicios públicos a la hora de fijar un determinado plazo de preaviso, a través de una lista de los mismos —artículos 5 y 6— que posteriormente, inaugurado el franquismo, desembocaría en el concepto genérico de servicios de reconocida e inaplazable necesidad como algo distinto del servicio público, en la Ley 29-3-1941 de Seguridad del Estado —art. 43— y después en el art. 222 del CP de 1944. Estas normas pueden consultarse en M. AVILA ROMERO, *Conflictos colectivos, huelga ...*, op. cit., pp. 77, 273 y 279.

implícita en la propia definición si se considera que tanto los parámetros utilizados como la concepción teleológica acogida conducen necesariamente a la misma. Las consecuencias que de esta característica se derivan serán tratadas al hilo del concepto de mantenimiento de los servicios esenciales, momento en el que se comprenderá más fácilmente esta característica que ahora parece exclusivamente especulativa.

En quinto lugar, los servicios esenciales se corresponden con concretas prestaciones esenciales, que pueden conformar una entera organización productiva o prestacional, o bien sólo una parte de la misma<sup>51</sup>, ya que el criterio teleológico acogido por el TC rechaza automáticamente una concepción de los servicios esenciales que los identifique necesariamente con una empresa, un sector de la producción o rama de industria, aunque sea frecuente emplear esta última opción por su mayor simplicidad. La mejor manera de entender esta característica es acudir a un ejemplo: cuando se dice —la autoridad gubernativa lo ha hecho en numerosas ocasiones a través de sucesivos Reales

---

<sup>51</sup> Por todos, F. VALDÉS DAL-RÉ, «Servicios esenciales y ...», op. cit., p. 133, con las referencias allí contenidas, y J. J. DÍEZ SÁNCHEZ, *El derecho de ...*, op. cit., pp. 193-198, en relación con el servicio esencial de la enseñanza. En contra de esta postura, A. OJEDA AVILÉS, *Derecho Sindical*, op. cit., pp. 494-495.

Buena prueba de esta tesis la constituye la STC 43/90, F. J. 7, en la que tras hablar del servicio esencial de transporte aéreo se pasa revista a las verdaderas prestaciones esenciales del anterior servicio, justificando el mantenimiento de cada una de ellas en base a la protección de distintos intereses esenciales.

Igualmente, la STS (3ª), 17-2-89, Ar. 1069, antecedente 2 y F. J. 1, convalida una sentencia de la Audiencia Territorial de Barcelona que había establecido la necesidad de distinguir dentro de los distintos servicios prestados por el Ayuntamiento de Hospitalet de Llobregat, los esenciales de los que no lo son —léase prestaciones esenciales—, como por ejemplo los del Patronato de Cultura y los del Patronato de Deportes. Por otra parte, la STSJ Madrid (contencioso-administrativo), 10-6-98, Aa. 2236, F. J. 5, entiende que determinadas prestaciones del Metro de Madrid —recursos humanos, adquisiciones, contratación y almacenes— no son esenciales.

También buena parte de las disposiciones de la autoridad gubernativa avalan esta tesis, pues normalmente tras declarar que tal actividad o empresa es esencial proceden a una especificación de los concretos servicios esenciales —léase prestaciones esenciales— dentro de ese sector o empresa globalmente considerado esencial. Es el caso, por citar sólo algunos ejemplos, del RD 755/83, de 13 de abril (Puertos), artículo 2.1, convalidado por la STS (3ª), 8-7-83, Ar. 3918, cdos. 2 y 3; del RD 1462/83, de 1 de junio (Instituciones Penitenciarias), artículo 2.1, convalidado casi íntegramente por la STS (3ª), 26-2-85, Ar. 782, cdos. 7 a 13; del RD 993/83, de 20 de abril (Banco de España), artículo 2; del RD 755/87, de 19 de junio (Administración de Justicia), art. 2.1. Más claro resulta el caso de la primera disposición de fijación de servicios mínimos, el RD 2831/78, de 1 de diciembre (BOE), que limita la esencialidad dentro del organismo autónomo exclusivamente a la publicación del diario oficial.

Los orígenes de esta concepción se encuentran en la sentencia 222/1976 de la Corte Constitucional italiana. Hasta dicha sentencia los servicios esenciales se consideraban equivalentes necesariamente a la totalidad de prestaciones del servicio; a partir de la misma sólo las prestaciones consideradas indispensables habrían de ser aseguradas en caso de huelga, so pena de incurrir en ilícito penal. Sobre esta cuestión, véase, M. V. BALLESTRERO, en U. Romagnoli y M. V. Ballestrero, *Norme sull'esercizio ...*, op. cit., pp. 58-59 y R. NANIA, *Sciopero e sistema costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1995, pp. 61-62.



Decretos<sup>52</sup>— que la televisión es un servicio esencial no puede olvidarse que en dicha organización existen multitud de prestaciones —emisión de programas deportivos, culturales, de entretenimiento, informativos, producción de programas de diverso tipo, tareas administrativas, comerciales, limpieza y mantenimiento de edificios, etc.— de las cuales sólo la emisión de programas informativos incide funcional y directamente en la satisfacción del derecho fundamental a la información. Así pues, el denominado servicio esencial televisivo se corresponde en realidad con las prestaciones esenciales de tipo informativo<sup>53</sup>.

Parte de la doctrina española<sup>54</sup>, influida por la italiana<sup>55</sup>, utiliza el término prestaciones indispensables para referirse a lo que aquí se denomina prestaciones esenciales, si bien otros muchos autores utilizan aquel término como sinónimo de servicios mínimos, siendo aconsejable, ante la confusión en la materia, utilizar exclusivamente el término prestaciones esenciales<sup>56</sup>.

En sexto y último lugar, una característica de tipo metodológico es la relativa al carácter de cláusula general que tiene la definición elaborada por el TC. Definición que cualitativamente desempeña una labor de extraordinaria importancia en el Ordenamiento

---

<sup>52</sup> Es el caso, por poner sólo un ejemplo, del RD 2393/1996, de 22 de noviembre que considera servicios esenciales la radiodifusión y la televisión.

<sup>53</sup> Así lo entiende la STS (3ª), 15-9-95, Ar. 6654, F. J. 2, cuando establece: «Por muy esenciales que puedan ser los servicios de información y los espacios gratuitos de campaña electoral, *no así el resto de la programación* {...}» (mías las cursivas). La doctrina de esta sentencia ha sido confirmada por otras posteriores, como la STS (3ª), 20-2-98, Ar. 2362.

<sup>54</sup> Es el caso, entre otros, de M. C. PALOMEQUE LÓPEZ, «La determinación legislativa de los “servicios esenciales” de la comunidad», en AA.VV., *Ley de huelga*, ISE, Madrid, 1993, pp. 203-205, cuando se ocupa de la triple operación de especificación de los servicios esenciales. Parece que el significado que el PLOH concedía al término prestaciones indispensables coincide con el concepto de prestaciones esenciales aquí manejado.

<sup>55</sup> El concepto italiano de prestaciones indispensables es más complejo que los conceptos españoles de prestaciones esenciales y de servicios mínimos por separado, ya que, en realidad, incluye a ambos. Sobre esta cuestión, véase, T. TREU, «L'ambito di applicazione ...», op. cit., pp. 14-17 y M. V. BALLESTRERO, en U. Romagnoli y M. V. Ballestrero, *Norme sull'esercizio ...*, op. cit., pp. 73 ss. y 147-154.

<sup>56</sup> T. SALA FRANCO, «La huelga en los servicios esenciales para la comunidad», en *Revista de Treball*, 1992, núms. 19-20, p. 14, utiliza el término prestaciones indispensables como sinónimo de servicios mínimos; I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, *El proyecto de ...*, op. cit., pp. 37 y 49, tan pronto utiliza el término prestaciones indispensables como sinónimo de servicios esenciales, como lo utiliza para referirse a los servicios mínimos. Mientras, F. PÉREZ DE LOS COBOS, «La definición de los servicios esenciales en el proyecto de ley de huelga», en AA.VV., *Homenaje a J. García Abellán*, Univ. de Murcia, Murcia, 1994, p. 303, emplea la expresión prestaciones indispensables para referirse a los servicios mínimos. Por su parte, O. OJEDA AVILÉS, *Derecho Sindical*, op. cit., pp. 494-495, emplea el citado término como equivalente a mantenimiento de los servicios esenciales y también para referirse a los servicios mínimos.

español. Ahora bien, anteriormente se dijo que en España se utiliza una técnica mixta de definición de los servicios esenciales, lo que significa que junto a la definición general se encuentra la definición enumerativa, que no ha sido llevada a cabo por el legislador<sup>57</sup>, como hubiera sido deseable, ni tan siquiera por la autonomía colectiva o la autorregulación, sino por la autoridad gubernativa.

Enumeración de servicios esenciales que, al margen de que vulnere recurrentemente la garantía constitucional de la reserva de ley y consecuentemente el mismo derecho fundamental de huelga<sup>58</sup>, se caracteriza por su falta de elaboración sistemática, ya que se produce en distintos momentos temporales, por parte de distintas autoridades y afectando a ámbitos heterogéneos: a veces a una o varias empresas, otras veces a todo o parte de un sector de la producción o rama de industria, etc. Este carácter asistemático dificulta la elaboración de un catálogo de servicios esenciales, que en todo caso se intenta en el siguiente apartado.

## **2. c. Idoneidad de los derechos fundamentales para definir los servicios esenciales**

Para que los derechos fundamentales sean un parámetro idóneo de definición es necesario que los mismos puedan ser satisfechos mediante un proceso productivo o prestacional cuya perturbación o paralización impida o dificulte dicha satisfacción. O lo que es lo mismo, para utilizar los derechos fundamentales como parámetro de definición de los servicios esenciales es necesario encontrar en dichos derechos una faceta prestacional que pueda verse afectada por el ejercicio del derecho de huelga. Al fin y al cabo el concepto de servicios esenciales que aquí se está considerando es exclusivamente

---

<sup>57</sup> La referencia que M. C. PALOMEQUE LÓPEZ y M. ÁLVAREZ DE LA ROSA, *Derecho del Trabajo*, op. cit., p. 582, efectúan a la determinación legal de determinados servicios esenciales, a saber, Radio y Televisión —art. 1.2 de la Ley 4/80, de 10 de enero— y Administración de Justicia —art. 470.2 de la LOPJ—, a los que podría añadirse, entre otros, Telecomunicaciones —art. 2.1 de la ley de ordenación de las telecomunicaciones de 1987—, Estiba y Desestiba de buques —art. 1.1 del Real Decreto-Ley 2/86, de 23 de mayo— y diversos Servicios Locales —art. 86.3 de la Ley reguladora de las bases del régimen local—, ha de ser relativizada, ya que, con la excepción del artículo 470.2 de la LOPJ, los preceptos citados no suponen una concreción del concepto del artículo 28.2 CE, sino del concepto, cercano pero distinto, del artículo 128.2 CE. Lo anterior no significa que los servicios mencionados no sean esenciales a los efectos del artículo 28.2 CE, sino que esa esencialidad no deriva ni constitutiva ni declarativamente de los citados preceptos legales.

<sup>58</sup> Se trata de la enumeración llevada a cabo por disposiciones de naturaleza reglamentaria. Por contra, las disposiciones que tienen carácter de acto administrativo y que se aplican a una única huelga

el que describe el ámbito en el que el ejercicio del derecho de huelga experimenta una regulación adicional de carácter restrictivo.

Desde luego, en la concepción liberal de los derechos fundamentales resulta difícil que el ejercicio del derecho de huelga pueda afectarles, pues los mismos se limitan a reconocer un ámbito exento de injerencias estatales, es decir, no incorporan faceta prestacional o positiva alguna que pueda ser puesta en peligro por la huelga. En todo caso, en el marco del Estado liberal simple y llanamente la huelga no alcanza ni siquiera la categoría de derecho subjetivo ordinario, por lo que el problema de la idoneidad de los derechos fundamentales para definir los servicios esenciales no se pone.

Con el advenimiento del Estado social, y el consiguiente papel activo de los poderes públicos en multitud de ámbitos hasta ese momento proscritos, la categoría de los derechos fundamentales resulta profundamente transformada: de una lado surgen los denominados derechos sociales, buena parte de los cuales tienen una importantísima faceta prestacional, como por ejemplo el derecho a la educación; de otro lado los clásicos derechos civiles y políticos, derechos de libertad, incorporan también una faceta prestacional<sup>59</sup>.

Los derechos fundamentales de libertad, aunque sigan reclamando principalmente un comportamiento abstencionista, un ámbito exento de injerencias, incorporan también una faceta prestacional que posibilita el ejercicio efectivo de los mismos. Faceta prestacional que tiene, por tanto, carácter instrumental y secundario<sup>60</sup> y que puede verse afectada por el ejercicio del derecho de huelga. A mayor razón también los derechos sociales, en los

---

no integran la que podría denominarse parte enumerativa de la definición de servicios esenciales, limitándose a aplicar para el caso concreto la definición de tipo general elaborada por el TC.

<sup>59</sup> El reconocimiento de esta vinculación social de todos los derechos fundamentales, y de la consiguiente incorporación de una faceta prestacional, tiene en la Constitución española especial apoyatura en los arts. 1.1 y 9.2. Vid., sobre este particular, L. PAREJO ALFONSO, *Estado social y ...*, op. cit., p. 92; J. L. CASCAJO CASTRO, *La tutela constitucional ...*, op. cit., p. 72; J. R. COSSIO DÍAZ, *Estado social y ...*, op. cit., pp. 185 ss.; L. PRIETO SANCHÍS, *Estudios sobre derechos ...*, op. cit., p. 133; y A. E. PÉREZ LUÑO, *Los derechos fundamentales*, op. cit., pp. 212-213.

<sup>60</sup> Para J. R. COSSIO DÍAZ, *Estado social y ...*, op. cit., pp. 173 ss. y L. PRIETO SANCHÍS, *Estudios sobre derechos ...*, op. cit., p. 133, la faceta prestacional tiene en los derechos de libertad una función complementaria de la obligación principal que sería la abstencionista, mientras en los derechos prestacionales la faceta prestacional integra su contenido principal.

que la faceta prestacional tiene carácter principal, pueden ser afectados por el ejercicio del derecho de huelga.

Por otra parte, no es necesario que las prestaciones ligadas funcionalmente con los derechos fundamentales, ya sea con carácter principal o con carácter secundario, estén a cargo de los poderes públicos directamente, pudiendo estarlo indirectamente o incluso a cargo de los particulares pero con una especial actividad pública de tutela<sup>61</sup>. En otras palabras, no es necesario que las prestaciones se canalicen a través de servicios públicos, aunque en muchos casos ésta sea la técnica utilizada<sup>62</sup>.

Con la nueva concepción de los derechos fundamentales, de todos los derechos fundamentales, no hay ningún inconveniente en afirmar la idoneidad de esa categoría para definir los servicios esenciales. La consolidación del Estado social ha posibilitado tanto el reconocimiento de la huelga como derecho fundamental como la utilización de la categoría genérica de los derechos fundamentales como parámetro de definición de los servicios esenciales. En este sentido, tanto el derecho de huelga como el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad están conectados con el Estado social y con el ejercicio efectivo de la libertad y de la igualdad<sup>63</sup>.

---

<sup>61</sup> A los efectos que ahora interesan es indiferente que la faceta prestacional forme obligatoriamente parte del contenido del derecho fundamental de libertad o que, por el contrario, sea una faceta posible pero no obligatoria. En este sentido hay que tener en cuenta que los artículos 1.1 y 9.2 CE sirven de base constitucional para cualquier faceta prestacional que pueda ligarse a un derecho fundamental de libertad. Para lo que no sirven es para imponer en general y obligatoriamente esa faceta a cargo de los poderes públicos. En este sentido, J. R. COSSIO DÍAZ, *Estado social y ...*, op. cit., pp. 188 ss., quien además señala que el contenido prestacional de los derechos de libertad no es homogéneo, ni en su alcance ni tampoco en su grado de exigibilidad.

En cuanto al concepto de prestaciones, desatendido doctrinalmente, suele admitirse que éstas pueden ser consideradas en sentido estricto como aquellos bienes o servicios económicamente contables —prestaciones sociales, sanidad, educación, vivienda, etc.—, o bien en sentido amplio, que incluiría asimismo la defensa jurídica o la protección administrativa de los derechos fundamentales. En este sentido, L. PRIETO SANCHÍS, «Los derechos sociales ...», op. cit., p. 15. Para esta investigación es indiferente uno u otro concepto de prestaciones; basta con que puedan ser afectadas por el ejercicio del derecho de huelga.

<sup>62</sup> En estrecha conexión con esta idea, C. CHINCHILLA MARÍN, «El servicio público, ¿una amenaza o una garantía para los derechos fundamentales? Reflexiones sobre el caso de la televisión», en AA.VV., *Estudios sobre la CE. Homenaje al Profesor E. García de Enterría*, vol. II, Civitas, Madrid, 1991, pp. 964 ss., relaciona funcionalmente los servicios públicos y los derechos fundamentales, de tal manera que los primeros serían una técnica de realización de los segundos en términos de igualdad real.

<sup>63</sup> En este sentido, M. O. SÁNCHEZ MARTÍNEZ, *La huelga ante ...*, op. cit., p. 216.

Siendo los derechos fundamentales un parámetro idóneo de definición no todos los derechos que son fundamentales pueden servir para definir el ámbito de los servicios esenciales, bien porque no incorporen faceta prestacional alguna<sup>64</sup>, bien porque las prestaciones tengan tal naturaleza que no puedan ser afectadas por el ejercicio del derecho de huelga<sup>65</sup>, etc.

En cuanto a los principios rectores del capítulo III, sea como derechos fundamentales o como bienes constitucionales, es inequívoco que incorporan una faceta prestacional y que, por tanto, son parámetro idóneo de definición. Ahora bien, los poderes públicos encargados de concretar en términos abstractos o concretos los servicios esenciales no tienen por qué incorporar la totalidad de los principios rectores. Los principios pueden servir para definir el concepto de servicios esenciales, lo que no significa que obligatoriamente se haya de atender a los mismos<sup>66</sup>.

#### **2. d. Materialización en el concepto de servicios esenciales del criterio jurídico de la protección selectiva de los usuarios perjudicados por el ejercicio del derecho de huelga: servicios esenciales *stricto sensu* y servicios esenciales por asimilación**

En el apartado anterior se puso de manifiesto la necesidad de adoptar respuestas jurídicas capaces de afrontar la cada vez más importante realidad social de las huelgas que afectan a terceros usuarios. También se puso de manifiesto que la constitucionalización del mantenimiento de los servicios esenciales es la respuesta jurídica adoptada por el Constituyente español de 1978 y que la misma resulta influenciada por distintos criterios jurídicos. Pues bien, la definición que el TC efectúa de los servicios esenciales supone una clara apuesta a favor del criterio de la protección

---

<sup>64</sup> Para J. R. COSSIO DÍAZ, *Estado social y ...*, op. cit., pp. 182 y 190, algunos derechos de libertad no tienen faceta prestacional, como por ejemplo la libertad de conciencia. Se trata de aquellos derechos fundamentales más anclados en la intimidad del ser humano, que no consideran especialmente su vida social.

<sup>65</sup> Por poner sólo un ejemplo, cómo pueden verse afectadas la horas retribuidas de que disfrutaban los delegados sindicales, que como se sabe son una prestación que integra el contenido del derecho a la libertad sindical.

<sup>66</sup> Para L. PRIETO SANCHÍS, «Los derechos sociales ...», op. cit., pp. 41-43, los principios rectores en tanto que normas objetivas pueden servir para dar cobertura a una acción estatal que en otro caso pudiera resultar lesiva desde la perspectiva de ciertos derechos y libertades, pero no para imponerla. Ya la STC 19/82, F. J. 6, señalaba que los principios rectores deben ser considerados en la interpretación de las restantes normas jurídicas, incluidas las constitucionales.

selectiva de los usuarios perjudicados por el ejercicio del derecho de huelga. En efecto, tal y como el TC ha definido los servicios esenciales resulta evidente, de una parte, que los únicos intereses jurídicos que con el concepto se pretende proteger son los de los terceros usuarios y no, en cambio, cualesquiera otros intereses jurídicos: del empresario, de los no huelguistas, del Estado, etc. De otra parte, y esto es lo más importante, del conjunto de los terceros usuarios perjudicados por el ejercicio del derecho de huelga el concepto de servicios esenciales sólo pretende otorgar protección a aquéllos cuyos intereses tengan relieve constitucional, es decir, a los intereses jurídicos esenciales, concretados en derechos fundamentales y en bienes constitucionalmente protegidos. Se comprende ahora más fácilmente el criterio jurídico de la protección selectiva.

El TC recurre en la definición de servicios esenciales a las categorías de derechos fundamentales y de bienes constitucionales no porque ontológicamente los servicios esenciales se correspondan necesariamente con ambas categorías, sino porque valorativamente es la mejor manera de respetar el carácter fundamental del derecho de huelga. Si la huelga no fuese un derecho fundamental sino un derecho subjetivo reconocido en una ley ordinaria es probable que la definición de servicios esenciales no descansase en las anteriores categorías, al menos no sólo en las mismas.

Qué el TC haya decidido construir el régimen jurídico de la huelga en los servicios esenciales sobre la base del criterio de la protección selectiva de los usuarios significa automáticamente el rechazo del resto de criterios: continuidad de los servicios públicos, protección del interés general, etc., y ello pese a la influencia que los mismos jugaron tanto en la constitucionalización del concepto jurídico indeterminado de servicios esenciales y en su pronta y unánime aceptación, como en los momentos de incertidumbre posteriores a la aprobación de la Constitución, por no aludir a la relevancia desde el punto de vista histórico.

En este orden de consideraciones, puede plantearse el siguiente interrogante: ¿pudo haberse construido el concepto de servicios esenciales sobre la base de criterios distintos del escogido, más restrictivos para el derecho de huelga? Las posibilidades de que eso hubiera sucedido son remotas, por los siguientes motivos: en primer lugar, porque el carácter fundamental del derecho de huelga supone en sí mismo un freno a cualquier

interpretación excéntrica que pudiera hacerse del concepto de servicios esenciales. Téngase en cuenta que los poderes públicos, singularmente el legislador, no tienen la misma libertad a la hora de diseñar las limitaciones de un derecho cuando éste tiene carácter constitucional que cuando es un simple derecho subjetivo ordinario<sup>67</sup>. Con la constitucionalización del concepto de servicios esenciales el Constituyente impone su decisión a los poderes constituidos, dota de resistencia a la fórmula por él empleada.

En segundo lugar, porque el carácter fundamental del derecho de huelga y la expresa mención en el texto constitucional del concepto jurídico indeterminado de servicios esenciales y no de otros conceptos exigen al TC una interpretación restrictiva del mismo.

En tercer y último lugar, porque si bien es cierto que los materiales de que disponía el TC para definir el concepto de servicios esenciales eran heterogéneos en sus soluciones, no es menos cierto que predominaban aquellos que apuntaban al criterio de la protección selectiva a través del parámetro de los derechos fundamentales —CLS de la OIT; Derecho italiano; SAN 6-6-80; artículo de Martín Valverde; doctrina general del TC sobre los límites de los derechos fundamentales; etc.—.

La materialización de la que se ha hablado se refiere a la definición de servicios esenciales por vía de cláusula general efectuada por el TC, prescindiendo, por tanto, de la intervención de la autoridad gubernativa y de los tribunales ordinarios. Más adelante se verá cómo lamentablemente estos operadores jurídicos no están siguiendo al pie de la letra la inequívoca doctrina del TC, coqueteando con criterios más restrictivos para el derecho de huelga, como la continuidad de los servicios públicos, el perjuicio para el interés general, el perjuicio genérico para los intereses de terceros, e, incluso, el perjuicio para la economía nacional.

Si como aquí se sostiene el concepto de servicios esenciales está específicamente destinado a la protección selectiva de terceros usuarios perjudicados por el ejercicio del derecho de huelga, es posible observar una importante contradicción: algunos de los

---

<sup>67</sup> Esta misma consideración, desde el punto de vista del Derecho comparado, en J. BERNIER, «La détermination des ...», op. cit., p. 55.

servicios considerados esenciales por la autoridad gubernativa no satisfacen directamente intereses de usuarios, que no existen, sino de la entera sociedad. Es el caso, por poner sólo dos ejemplos, del Parlamento y de los servicios de protección del medioambiente<sup>68</sup>.

Sucede que junto a los servicios esenciales *stricto sensu*, en los que hay unos usuarios a los que proteger, ya sean actuales o potenciales, concretos o difusos<sup>69</sup>, se encuentran los que pueden denominarse servicios esenciales por asimilación, en los que no hay tales usuarios o, por decirlo de otro modo, usuarios serían el conjunto de ciudadanos, la entera comunidad abstractamente considerada. Estos servicios esenciales por asimilación comparten con los genuinos servicios esenciales la conexión funcional con derechos fundamentales y bienes constitucionalmente protegidos. Esta circunstancia es la que seguramente ha motivado la asimilación. Cuestión distinta es que ambos tipos de servicios esenciales compartan también idéntico tratamiento jurídico. Esta identidad de tratamiento no parece justificada, como tendrá ocasión de corroborarse en otros lugares.

## **2. e. Definición jurisprudencial de servicios esenciales y límites inmanentes de los derechos fundamentales**

Con la utilización en la definición de servicios esenciales de las categorías de derechos fundamentales y de bienes constitucionales el TC apuesta decididamente por la inclusión del mantenimiento de los servicios esenciales, que obvio es decirlo supone una limitación del derecho de huelga, dentro de la teoría de los límites inmanentes de los derechos fundamentales. Inclusión que será tratada extensamente en su momento<sup>70</sup>, bastando por ahora con señalar que los límites inmanentes son los que todo derecho,

---

<sup>68</sup> La actividad del Congreso de los Diputados ha sido declarada esencial mediante el Acuerdo de la Mesa del Congreso de los Diputados de 19 de mayo de 1992. En cuanto a los servicios de protección del medioambiente, entre otras muchas disposiciones, puede citarse el Decreto 68/96 de Castilla y León, de 2 de marzo, relativo al Servicio forestal.

<sup>69</sup> La distinta situación en la que pueden encontrarse los usuarios de los servicios esenciales ha sido ya tratada en este mismo apartado, si bien en relación con la experiencia italiana.

<sup>70</sup> La inclusión del mantenimiento de los servicios esenciales en la categoría de los límites inmanentes es tratada en el capítulo tercero, apartado D, epígrafe 1.d.



fundamental o no, tiene como consecuencia de su colisión con otros derechos, bienes y valores constitucionales<sup>71</sup>.

La limitación inmanente de los derechos fundamentales derivada de la protección del resto de derechos fundamentales que pudieran verse afectados, expresión del carácter relacional del Ordenamiento jurídico, es la que con mayor nitidez pone de manifiesto el carácter limitado de los derechos fundamentales. Por esa razón ha sido unánimemente admitida por la doctrina, por la jurisprudencia, e, incluso, por la Constitución española de 1978 que la ha recogido expresamente en su artículo 10.1<sup>72</sup>. Obvio es decirlo, el alcance de este límite inmanente por antonomasia depende del concepto de derechos fundamentales que se mantenga<sup>73</sup>.

Ni qué decir tiene que para que este límite actúe es necesario que haya una verdadera colisión de derechos fundamentales o antinomia subjetiva. En este sentido, para que haya una colisión entre el derecho de huelga y el derecho fundamental satisfecho mediante un servicio esencial, la conexión entre el servicio y el derecho o derechos fundamentales que satisface deberá ser inequívoca y fuerte, pues de lo contrario prácticamente todo servicio podría calificarse de esencial, a través de una conexión más o menos remota con algún derecho fundamental<sup>74</sup>. Verificada la colisión, en abstracto por

---

<sup>71</sup> En cuanto a la limitación inmanente procedente de los valores constitucionales, sólo procederá para los derechos no fundamentales, puesto que todos los derechos fundamentales encuentran su fundamento en los valores constitucionales, de tal manera que no pueden ser limitados por los mismos valores que les sirven de fundamento. Por esta razón no hace falta plantearse la limitación del derecho fundamental de huelga por parte de los valores constitucionales. En todo caso, la cuestión es mucho más completa de lo pudiera parecer, por el juego de los valores y de los desvalores que están detrás del derecho de huelga. Se remite a lo dicho a este propósito en el capítulo primero, apartado B, epígrafes 2.b. y 2.c

<sup>72</sup> Dice literalmente: «La dignidad de la persona, los derechos inviolables que les son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social». Aluden a este mismo límite, entre otros, los siguientes textos internacionales: Declaración de Derechos del Hombre de 1789 —art. 4—; Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 —art. 29.2—; y Carta Social Europea —art. 31.1—. Estos documentos pueden consultarse en G. PECES-BARBA MARTÍNEZ y otros, *Derecho positivo de los derechos humanos*, Debate, Madrid, 1987.

En cuanto a la doctrina y la jurisprudencia, unánimemente se acepta la necesidad de limitar los derechos fundamentales cuando colisionen con otros derechos también fundamentales. Se remite a las obras y a la jurisprudencia recogida en el capítulo tercero, apartado D, epígrafe 1.d.

<sup>73</sup> Este tema ha sido abordado en el apartado del primer capítulo dedicado a la huelga como derecho fundamental al cual se remite, recordando, en todo caso, que se ha acogido la tesis de Cruz Villalón favorable a la consideración como derechos fundamentales de todos los del capítulo 2 del título I de la CE.

<sup>74</sup> En este sentido, S. TORRENTE GARI, *El ejercicio del ...*, op. cit., p. 192.

En todo caso, no puede descartarse la posibilidad de considerar esenciales aquellos servicios o aquellas prestaciones que sin estar directamente conectados con derechos fundamentales sean

parte del legislador que desarrolle el contenido del derecho —art. 81.1 CE— o regule sus condiciones de ejercicio —art. 53.1 CE—, o bien en el caso concreto por parte del operador jurídico habilitado —ejecutivo y, en todo caso, jueces y tribunales— se procederá a la ponderación de derechos en conflicto. Esa ponderación de derechos o, si se prefiere, de bienes constituye el método propio de la construcción teórica sobre los límites inmanentes y sirve para determinar, en abstracto o en concreto, cómo, cuándo y en qué medida debe ceder el derecho fundamental que entra en colisión con otro derecho, también fundamental, incluso con un bien constitucionalmente protegido<sup>75</sup>.

Mayor complejidad encierra la limitación inmanente de los derechos fundamentales derivada de la protección de bienes constitucionales que no se hayan concretado en derechos fundamentales<sup>76</sup>. La citada complejidad deriva de la dificultad de constatar la presencia de un bien constitucional y, lo que es peor, el valor verdaderamente constitucional de los bienes mencionados por la CE<sup>77</sup>. En este supuesto, la ponderación

---

absolutamente necesarios para la satisfacción de éstos a través de otros servicios. Se trata de los servicios instrumentales a los servicios esenciales a los que tanta atención se ha dedicado en Italia, especialmente por parte de la Comisión de garantías *ex* Ley 146/90. Vid., por todos, E. ALES, «Le finalità della ...», *op. cit.*, p. 12.

<sup>75</sup> Aunque esta cuestión no sea del todo pacífica son muchos los autores que consideran la ponderación de bienes como una técnica habitual, que no exclusiva, de la construcción dogmática de los límites inmanentes. Así, por todos, L. AGUIAR DE LUQUE, «Los límites de ...», *op. cit.*, pp. 22-23.

<sup>76</sup> Sobre el complejo concepto de bien constitucionalmente protegido, véase, entre otros muchos, J. J. GONZÁLEZ RUS, *Bien jurídico y Constitución (Bases para una teoría)*, Fund. J. March, Madrid, 1983; E. ALONSO GARCÍA, *La interpretación de ...*, *op. cit.*, pp. 427-429; y F. J. ÁLVAREZ GARCÍA, «Bien jurídico y Constitución», en *Cuadernos de Política Criminal*, 1991, núm. 43, pp. 5 ss.

Numerosos ejemplos de sentencias del TC en las que se invocan bienes constitucionales para limitar derechos fundamentales en L. AGUIAR DE LUQUE, «Los límites de ...», *op. cit.*, pp. 28 y G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Curso de Derechos ...*, *op. cit.*, p. 593.

Incluso, algunos autores —PRIETO SANCHÍS, *Estudios sobre derechos ...*, *op. cit.*, p. 164 y PECES-BARBA, *Curso de ...*, *op. cit.*, pp. 592-594— admiten la limitación de los derechos fundamentales a partir de bienes infraconstitucionales. Radicalmente en contra, L. AGUIAR DE LUQUE, «Los límites de ...», *op. cit.*, p. 27 y R. ALEXYS, *Teoría de los derechos fundamentales*, CEC, Madrid, 1993, pp. 272 ss.

<sup>77</sup> Siguiendo a I. DE OTTO, «La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución», en L. Martín Retortillo e I. De Otto, *Derechos fundamentales y Constitución*, Civitas, Madrid, 1988, p. 119: «la simple mención de un bien en la Constitución no permite afirmar sin más su valor constitucional: así, que la norma constitucional mencione la jerarquía como principio de actuación de la Administración no significa que la jerarquía sea “un bien constitucionalmente reconocido del que dimanen límites para los derechos fundamentales” {...} so pena de que admitamos que también es un bien constitucionalmente protegido a los efectos que aquí importan la eficacia de la Administración {...} la gobernabilidad de los municipios {...} la eficacia de los partidos políticos {...}». El mismo autor relata cómo mientras en unos casos el TC ha manifestado inequívocamente el carácter necesariamente constitucional de los bienes (SSTC 11/81 y 22/84), en otras no ha sido tan tajante, habiendo admitido la limitación a partir de un bien claramente infraconstitucional, como la buena fe (STC 120/83), y de otro de dudosa constitucionalidad, como la moral pública (STC 62/82).

de bienes, en abstracto o en concreto, vendrá precedida de la compleja tarea de identificación del bien constitucionalmente protegido que colisiona con el derecho fundamental que se pretende limitar, sin que en ningún caso éste pueda ser sacrificado íntegramente. La capacidad limitadora de los bienes constitucionales está rodeada de una fuerte polémica, que desde luego también alcanza al derecho fundamental de huelga, como tendrá ocasión de comprobarse en un epígrafe posterior de este mismo apartado.

Por supuesto, los límites inmanentes introducidos por distintos operadores jurídicos —legislativo, ejecutivo y tribunales— mediante la correspondiente ponderación de bienes, en abstracto o en concreto, podrán ser siempre objeto de la fiscalización del TC, como se sabe centinela permanente y último del subsistema de los derechos fundamentales<sup>78</sup>.

### **3. LECTURA CRÍTICA DEL VIGENTE CONCEPTO DE SERVICIOS ESENCIALES**

Vaya por delante que la labor efectuada por el TC en materia de definición del concepto de servicios esenciales merece *grosso modo* una valoración ciertamente positiva. Dicho lo cual, es posible efectuar más de una observación crítica.

#### **3. a. Ausencia de definición legal, confusa aproximación del TC y recurso genérico a las categorías de los derechos fundamentales y de los bienes constitucionales**

El primero de los puntos críticos se refiere a la inexistencia de definición legal de servicios esenciales. Téngase en cuenta que la existencia de definición legal no impediría al TC pronunciarse sobre la misma, confirmándola, modificándola o completándola. De este modo, la combinación de definiciones ayudaría a perfilar la categoría de los servicios esenciales con mayor nitidez de lo que lo ha hecho la doctrina del TC en solitario<sup>79</sup>. Y es

---

<sup>78</sup> Respecto de la ponderación efectuada por el legislador, véase, ATC 375/83. En cuanto a la ponderación judicial, entre otras, SSTC 107/88 y 105/90.

<sup>79</sup> Para M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, «En torno a ...», op. cit., p. 39, el TC no ha llegado a realizar una delimitación definitiva del concepto de servicios esenciales debido a la escasez de pronunciamientos y a que la mayoría se ha producido en el sector de los transportes. El propio autor constata, en todo caso, la enorme dificultad que entraña la definición del concepto indeterminado y elástico de servicios esenciales. A. BAYLOS GRAU, *Derecho de huelga y...*, op. cit., pp. 101-104, califica la noción

que la definición de amplio perfil elaborada por el TC se corresponde con la labor institucional propia del mismo, que no es tanto desarrollar la Constitución como controlar a los distintos operadores jurídicos, de tal manera que cuando se ve en la necesidad de sustituir a alguno de esos operadores, singularmente al legislador, ha de actuar creando un marco lo suficientemente amplio como para que en el futuro quepan distintas opciones políticas<sup>80</sup>. Esta característica de la definición del TC sirve para amortiguar alguna de las críticas que se formulan a continuación.

Continuando con el examen crítico no puede pasarse por alto la confusión en la que el TC incurre a la hora de aproximarse al concepto de servicios esenciales en su sentencia 26/81. En efecto, el TC se equivoca a la hora de utilizar las acepciones doctrinalmente conocidas como amplia y estricta, que habían sido incorporadas por la recurrente en sus alegaciones<sup>81</sup>. De las dos acepciones doctrinales el TC sólo habría realmente considerado la amplia<sup>82</sup> y habría añadido una nueva acepción basada en la necesidad de las organizaciones<sup>83</sup>, que es la que acertadamente rechaza, aunque con enorme confusión,

---

elaborada por el TC como vaporosa. M. R. ALARCÓN CARACUEL, «Un posible modelo ...», op. cit., p. 15, rechaza la definición de servicios esenciales adoptada por el TC al estar basada en un cúmulo de elementos heterogéneos que dan lugar a una enorme cantidad de servicios susceptibles de ser considerados esenciales.

<sup>80</sup> En este mismo sentido, F. PÉREZ DE LOS COBOS, «La definición de ...», op. cit., p. 300, considera que la amplia definición del TC encuentra su justificación en el papel institucional que le corresponde, de tal manera que sus definiciones actuarían como marco de referencia para el legislador.

E. ALONSO GARCÍA, *La interpretación de ...*, op. cit., pp. 119 y 128, da cuenta de las diferencias existentes entre los conceptos jurídicos indeterminados contenidos en normas legales o reglamentarias y los contenidos en normas constitucionales. En estos últimos el principio de pluralismo político reclama la posible intervención tanto del legislador como del TC, debiendo éste dejar un cierto margen de maniobra al legislador en el ámbito de la zona de incerteza del concepto, aunque en materia de derechos fundamentales estaría incluso permitida una intervención exclusiva del TC.

<sup>81</sup> Aunque en la sentencia 26/81 el TC no adjetiva las acepciones de servicios esenciales que utiliza en la posterior sentencia 53/86, F. J. 3, se establece que la primera acepción manejada y rechazada por el TC es la amplia y la segunda y finalmente aceptada es la estricta.

<sup>82</sup> G. BARREIRO GONZÁLEZ, «La huelga, el ...», op. cit., p. 71, se muestra tempranamente partidario de la noción amplia de servicios esenciales al ser más acorde con el espíritu constitucional de protección efectiva de los derechos fundamentales, anunciando el argumento que más tarde utilizaría el TC.

<sup>83</sup> La perspectiva de las necesidades de la organización prestataria, en este caso del Estado, en lugar de la perspectiva de los intereses de los usuarios, es la que en opinión de F. DURÁN LÓPEZ, *Autorregulación de servicios ...*, op. cit., pp. 23-25, está detrás del concepto de servicios públicos, que por esta razón es descartado y sustituido por el concepto de servicios esenciales.

La perspectiva de las necesidades de la organización es la que parecían acoger las primeras sentencias del TS, las del año 1980. Con el tiempo, sin embargo, acabaría cuajando la acepción elegida por el TC. Así, entre otras muchas, SSTS (3ª) 15-5-82, Ar. 3901; 8-7-83, Ar. 3918; 26-2-85, Ar. 782; 19-1-88, Ar. 285.

pues parece que rechaza la acepción doctrinal estricta cuando ésta simplemente no es tomada en consideración<sup>84</sup>.

La STC 26/81 no acoge adecuadamente el debate doctrinal en torno a las acepciones amplia y estricta de servicios esenciales, cuya diferencia radica en la mayor o menor cobertura de las necesidades de las personas y no, como pretende el TC, en que una defienda los intereses de las organizaciones y otra los intereses de las personas<sup>85</sup>. Consecuencia de la confusión es que el TC no considere realmente la acepción doctrinal estricta, que en todo caso difícilmente habría acogido, pues ya se ha dicho que la posición institucional del TC le aconseja adoptar definiciones amplias que actúen como marco de referencia de las distintas opciones de política del derecho<sup>86</sup>.

Mayor importancia tiene la crítica que se efectúa a continuación. Se trata del recurso a la categoría de los derechos fundamentales sin mayores precisiones, que pudiera deberse bien a una legítima opción interpretativa, bien a una falta de consideración de la acepción doctrinalmente considerada como estricta, seguramente como consecuencia de la errónea aproximación conceptual a la que se acaba de hacer referencia.

Hubiera sido deseable completar la genérica alusión a los derechos fundamentales con la especificación de los concretos derechos a cuya satisfacción se enderezan los

---

<sup>84</sup> La STC 26/81 comienza utilizando la terminología propia de la acepción doctrinal estricta, cuando habla de prestaciones vitales, pero en realidad se aleja del significado de tal acepción creando una nueva, al considerar que la misma se basa en la necesidad de las organizaciones prestatarias del servicio y no en la de las personas usuarias, lo que no se corresponde con la acepción doctrinal estricta.

Téngase en cuenta que cuando la STC 11/81, F. J. 18, utiliza el término «prestaciones vitales» no está acogiendo la acepción estricta de servicios esenciales, sino que es un recurso meramente lingüístico. En este sentido, M R. ALARCÓN CARACUEL, «Un posible modelo ...», op. cit., p. 13.

<sup>85</sup> S. TORRENTE GARI, *El ejercicio del ...*, op. cit., pp. 198-199, parece avalar la posición que aquí se mantiene en relación con el confuso empleo que la STC 26/81 ha realizado de las acepciones amplia y estricta de servicios esenciales.

<sup>86</sup> En Italia, por contra, se ha pasado de una definición estricta de servicios esenciales, efectuada por la Corte Constitucional en los años 60 y 70, a una definición amplia en la Ley 146/90. En todo caso, téngase en cuenta que la definición estricta es acuñada por la Corte Constitucional en un contexto penal, lo que sin duda condiciona dicha solución. Sobre el carácter amplio de la definición de servicios esenciales *ex* Ley 146/90 —art. 1.1—, véase, R. NANIA, *Sciopero e sistema ...*, op. cit., pp. 57 ss. Cfr., también, M. RUSCIANO, «Articolo 1», op. cit., p. 15; T. TREU, «Elementi per un bilancio della legge n. 146/1990», en RIDL, 1992 I, p. 327; y M. V. BALLESTRERO, en U. Romagnoli y M. V. Ballestrero, *Norme sull'esercizio ...*, op. cit., p. 71, quien se muestra crítica con la heterogeneidad de los derechos que integran la definición de servicios esenciales.

servicios esenciales<sup>87</sup>, evitando de esta forma los problemas que derivan de la no siempre fácil determinación de cuáles son los derechos fundamentales: sólo los de la sección 1ª; también los de la 2ª; o, incluso, todos los del título I de la CE.

Conviene aclarar que tanto la opción acogida por el TC como la opción aquí apuntada son constitucionalmente admisibles, por lo que esta crítica se mueve en el plano de la política del derecho y no en el de la interpretación jurídico-constitucional.

En la misma línea de la anterior crítica se sitúa la relativa a la inclusión en la definición de los servicios esenciales de la categoría genérica de los bienes constitucionalmente tutelados<sup>88</sup>. En este caso la crítica es todavía mayor, ya que la

---

<sup>87</sup> Ya se verá en el siguiente epígrafe cómo ésta es la fórmula empleada por la Ley italiana 146/90 y la que asimismo pretendía implantar el frustrado PLOH.

Para A. OJEDA AVILÉS, *Derecho Sindical*, op. cit., p. 484, el complemento “de la comunidad” que acompaña al concepto de servicios esenciales excluye el recurso generalizado a los derechos fundamentales y a los bienes constitucionales, reclamando sólo aquellos derechos fundamentales de las personas que integran la comunidad.

<sup>88</sup> La limitación de los derechos fundamentales, entre ellos el de huelga, mediante bienes constitucionalmente protegidos figuraba ya en la STC 11/81, en la que literalmente se establecía: «{...} En otras ocasiones el límite del derecho deriva de la Constitución sólo de una manera mediata o indirecta, en cuanto que ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no sólo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionalmente protegidos» (F. J. 7).

Mientras el grupo de Diputados recurrente contra el DLRT rechazaba la posibilidad de limitación mediante bienes constitucionalmente protegidos que no se hubieran concretado en derechos fundamentales, la Abogacía del Estado se mostraba firmemente partidaria y además añadía una preocupante lista de bienes susceptibles de limitar los derechos fundamentales: defensa nacional, economía nacional, modernización y desarrollo de sectores económicos, estabilidad económica, progreso social y económico, pleno empleo, etc. La STC 26/81, F. J. 10, al tiempo que incluye la genérica categoría de los bienes constitucionales en la definición de servicios esenciales, alude expresamente en la justificación de la esencialidad del servicio ferroviario a un bien constitucionalmente protegido, como es la distribución de las mercancías necesarias para la ordenada y organizada vida comunitaria, si bien en este caso la justificación se apoyaba con mayor fuerza en el derecho fundamental a la libertad de circulación del artículo 19 CE.

Sin embargo, una parte significativa de la doctrina se opone a la limitación del derecho fundamental de huelga mediante la nebulosa categoría de los bienes constitucionales. Así, entre otros, F. VALDÉS DAL-RÉ, «Servicios esenciales y ...», op. cit., p. 132, para quien la incorporación de los bienes constitucionalmente protegidos, en los que predomina el carácter económico-patrimonial, al elenco de los intereses esenciales constituye el aspecto más vulnerable de la doctrina elaborada por el TC, ofreciendo el flanco a una peligrosa ampliación de la noción de servicio esencial de la comunidad, señalando como peligrosos ejemplos de bienes constitucionales: la paz social, el progreso económico, el orden financiero, el regular y eficaz funcionamiento de la Administración pública, la organización del esparcimiento y ocio de los ciudadanos; A. BAYLOS GRAU, *Derecho de huelga y ...*, op. cit., pp. 105 ss.; J. L. MONEREO PÉREZ, «La huelga como ...», op. cit., p. 79, crítica la indiferenciada limitación del derecho de huelga frente a cualquier bien constitucionalmente protegido, pues altera la unidad del Ordenamiento que la Constitución asegura sobre la base de su orden de valores; A. OJEDA AVILÉS, *Derecho Sindical*, op. cit., pp. 481 ss.; y S. TORRENTE GARI, *El ejercicio del ...*, op. cit., pp. 25 ss. y 199 ss. Por contra, la posición del TC ha sido aceptada por algunos autores. Así, entre otros, J. J. DÍEZ SÁNCHEZ, *El derecho de ...*, op. cit., p. 105 y J. M. RAMÍREZ MARTÍNEZ, «El derecho de huelga en

evanescencia que caracteriza a esta categoría podría posibilitar una excesiva ampliación del concepto de servicios esenciales, con funestas consecuencias para el ejercicio del derecho de huelga. Sería por ello deseable la eliminación de esta genérica referencia en la definición de servicios esenciales, sin perjuicio de que determinados bienes constitucionales, convenientemente identificados, pudieran ser considerados a la hora de definir los servicios esenciales<sup>89</sup>.

### **3. b. La confusa doctrina de la imposible fijación apriorística del concepto jurídico indeterminado de servicios esenciales y otros aspectos críticos**

Los conceptos jurídico-constitucionales indeterminados, como el de servicios esenciales, pueden ser definidos con el objeto de reducir todo lo que sea posible la indeterminación. Lo deseable es que sea el legislador el encargado de llevar a cabo la tarea definitoria. En su ausencia, incluso en su presencia, es perfectamente posible la intervención del TC, y esto último es lo que ha sucedido con el concepto de servicios

---

los servicios esenciales. Planteamientos jurisprudenciales recientes», en *Revista de Treball*, 1990, núm. 14, p. 12.

Otros autores se cuestionan qué tipo de bienes constitucionales pueden servir para integrar la definición de servicios esenciales. Así, para J. GÁRATE CASTRO, «Derecho de huelga ...», op. cit., pp. 14-15, es suficiente con que la conexión entre los bienes constitucionales y los derechos y libertades de la sección 1ª sea indirecta, limitando en consecuencia la categoría a aquéllos presentes en la sección 1º. Mientras, B. VALDÉS DE LA VEGA, «Los bienes constitucionalmente ...», op. cit., pp. 355-357, propone un concepto estricto de bienes constitucionales limitado a aquellos que hagan referencia directa a derechos reconocidos al mismo nivel que el de huelga, lo que, por cierto, impide distinguir las categorías de los derechos fundamentales y de los bienes constitucionales, haciendo innecesaria ésta última.

Descendiendo del plano doctrinal al de la realidad aplicativa puede fácilmente constatar que la autoridad gubernativa recurre en algunas ocasiones a los bienes constitucionales para justificar la esencialidad de un servicio, sin que sea relevante la ubicación sistemática del precepto o preceptos del que se deduce el bien constitucional. Admite esta línea la sentencia de la Audiencia Territorial de Madrid, 7-4-88, F. J. 4, confirmada por la STS (5ª) 15-2-89, Ar. 1063, F.J. 3, acogiendo un concepto amplio de bienes constitucionalmente protegidos, que trasciende la sección 1ª y que, en el caso enjuiciado, considera servicio esencial al Museo del Prado debido a su conexión con el bien constitucional acceso a la cultura (art. 44 CE). Este caso llegó ante el TC, aunque el desistimiento de la recurrente impidió que la Sentencia 362/93 entrara en el fondo del asunto. Sí lo hizo, en cambio, el magistrado Mendizabal Allende en su voto particular —punto 6— a la citada sentencia, aceptando el concepto amplio de bienes constitucionalmente protegidos, en los siguientes términos: «En definitiva, no impide la calificación como esencial de una actividad la circunstancia de que el bien protegido al cual sirve se encuentre en un distinto nivel de protección respecto del derecho de huelga, que tiene carácter fundamental». Sin embargo, otras sentencias del TS no han considerado esenciales determinados servicios culturales o deportivos, como las SSTS (3ª), 17-2-89, Ar. 1069, F. J. 1 y 26-7-90, Ar. 6347, F. J. 3.

<sup>89</sup> Ésta es la solución acogida por la Ley italiana 146/90 y por el frustrado PLOH, como podrá comprobarse en el siguiente epígrafe.

esenciales, definido por el TC con arreglo a unos términos que reducen la indeterminación existente<sup>90</sup>.

Sucedee, sin embargo, que la menor indeterminación producto de la técnica definitoria empleada por el TC desaparece por obra de la propia definición, según la cual no hay servicios esenciales *a priori*; no es posible determinar apriorísticamente cuáles son los servicios esenciales<sup>91</sup>.

Lo primero que cabe decir a este respecto es que esa imposibilidad no está siendo respetada *de lege data* por la autoridad gubernativa<sup>92</sup> y tampoco parece que *de lege ferenda* vaya a respetarse<sup>93</sup>, a lo que habría que añadir la crítica doctrinal sobre el particular<sup>94</sup>.

En realidad, el TC incurre en una confusión de planos conceptuales<sup>95</sup> al aplicar al concepto de servicios esenciales lo que en realidad corresponde a los conceptos de

---

<sup>90</sup> Para F. SAINZ MORENO, *Conceptos jurídicos, interpretación ...*, op. cit., pp. 200 y 212-213, no hay conceptos jurídicos determinados e indeterminados, sino grados de indeterminación.

<sup>91</sup> Vid., STC 51/86, F. J. 2.

<sup>92</sup> La autoridad gubernativa cada vez que emana una disposición de carácter reglamentario, con vocación de permanencia, lo que es bastante frecuente, está determinando apriorísticamente servicios esenciales, es decir, sin necesidad de considerar las circunstancias de cada caso concreto. Además, el Acuerdo Vasco, tantas veces mencionado, parte de la consideración apriorística de los servicios esenciales.

<sup>93</sup> El mejor ejemplo de lo que se dice lo constituye el frustrado PLOH. Sin embargo, J. VIDA SORIA y Á. GALLEGU MORALEZ, «Derechos sindicales y ...», op. cit., p. 353, entienden, de manera sorprendente, que el PLOH precisamente avalaba la posición jurisprudencial relativa a la imposibilidad de fijación apriorística.

Desde el punto de vista del Derecho comparado, la Ley italiana 146/90 es el mejor ejemplo de fijación apriorística de servicios esenciales.

<sup>94</sup> Muchos autores rechazan la doctrina del TC, reinterpreándola en el sentido de que lo que no puede fijarse apriorísticamente son las medidas garantizadoras y sí, en cambio, los servicios esenciales. Así, entre otros, F. DURÁN LÓPEZ, «Los derechos de ...», op. cit., pp. 17-18; J. M. RAMÍREZ MARTÍNEZ, «El derecho de ...», op. cit., p. 13; T. SALA FRANCO, «La huelga en ...», op. cit., p. 14; M. ALONSO OLEA, «Huelga y mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad. El estado de la cuestión», en *REDT*, 1993, núm. 58, p. 203; J. C. CASSAGNE, *La huelga en ...*, op. cit., pp. 58-59; J. GÁRATE CASTRO, «Derecho de huelga ...», op. cit., pp. 11-13; y F. VALDÉS DAL-RÉ, «Derecho de huelga: ...», op. cit., p. 20.

<sup>95</sup> El TC utiliza un camino equivocado, al menos en dos sentidos: por una parte, el debate sobre la esencialidad referida a los intereses o a los servicios es bizantina, ya que al final la esencialidad se habrá de predicar también de los servicios. Por otra, los argumentos utilizados pueden servir para justificar la necesidad de considerar las circunstancias de cada caso concreto en orden a determinar si el mantenimiento de un determinado servicio esencial es afectado o no por una determinada huelga y qué garantías han de adoptarse, pero no para establecer si estamos o no ante un servicio esencial. El propio TC parece admitir este segundo argumento, cuando en su STC 26/81, F. J. 10, establece: «{...} los servicios esenciales no quedan lesionados o puestos en peligro por cualquier situación de huelga {...}» o



mantenimiento de los servicios esenciales y de medidas garantizadoras del mantenimiento. Son estos últimos los que no pueden determinarse apriorísticamente por su propia naturaleza. En cambio, los servicios esenciales tal y como han sido definidos por el TC sí pueden en general determinarse *a priori*: la sanidad es inequívocamente un servicio esencial, como también el transporte, etc., sin que para llegar a dicha conclusión sea necesario conocer las circunstancias del caso concreto; éstas asumen necesariamente relevancia en relación con el mantenimiento de los servicios esenciales, esto es, con la necesidad o no de alguna medida garantizadora, con el tipo de medida y con su concreta configuración.

En general, por tanto, sí pueden determinarse apriorísticamente los servicios esenciales, lo que *a contrario sensu* significa que la esencialidad de determinados servicios sólo puede proclamarse a la vista de las concretas circunstancias<sup>96</sup>. Pero los servicios esenciales de imposible o al menos de difícil fijación apriorística son una excepción y no la regla como parece entender el TC. Son la consecuencia de la mínima indeterminación que sigue teniendo el concepto jurídico de servicios esenciales tras su definición jurisprudencial.

La labor interpretativa del TC puede ser criticada no sólo por lo que se ha dicho sino también por lo que se ha dejado de decir, por las materias en las que no se ha entrado. Es el caso, por citar sólo algunas cuestiones, de la graduación de los servicios

---

cuando en la STC 51/86, F. J. 2, entiende: «En todo caso, la cuestión se centraría en saber en qué medida y con qué alcance la huelga proyectada puede incidir sobre los derechos fundamentales a que el transporte sirve, para articular una respuesta a la huelga que salvaguarde éstos sin desnaturalizarla», mientras que la STC 53/86, F.J. 4, califica al Metropolitano de Madrid como servicio esencial sin necesidad de considerar las circunstancias del concreto conflicto.

Para J. CABEZA PEREIRO, «Sobre la autoridad gubernativa competente para dictar decretos de servicios mínimos», en *REDT*, 1998, núm. 90, pp. 667-668, la STC 233/97 está tácitamente contradiciendo la doctrina del propio TC en materia de imposible fijación apriorística de servicios esenciales.

<sup>96</sup> Así, aunque en general el transporte discrecional por carretera de viajeros no sea un servicio esencial en determinadas circunstancias pudiera llegar a serlo. Es el caso, por poner un ejemplo, del transporte discrecional de turistas en la isla de Tenerife: exclusivamente del transporte desde los aeropuertos hasta los lugares de residencia y viceversa, y no, por tanto, de las excursiones turísticas. Sobre las razones que permiten afirmar la excepcional esencialidad de esta modalidad de transporte, que tienen que ver con la insuficiencia de los escasos medios de transporte regular existentes en la isla y de la ingente cantidad de turistas cuya libertad de circulación necesita también del transporte discrecional, véase mi artículo «La huelga en el transporte discrecional por carretera de la isla de Tenerife: servicios mínimos y arbitraje obligatorio», próxima publicación en los *Anales de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Laguna*.

esenciales, de la distinción entre servicios esenciales *stricto sensu* y servicios esenciales asimilados y, sobre todo, de la consideración de las prestaciones esenciales como verdadero contenido de los servicios esenciales. En descargo del TC cabe argumentar que éste ha actuado casi siempre por la vía del recurso de amparo y sobre la base de unas argumentaciones siempre parecidas, lo que ciertamente dificulta la tarea de construcción conceptual.

### **3. c. Valoración crítica de la concreción del concepto de servicios esenciales efectuada por la autoridad gubernativa y del correspondiente control judicial**

Las críticas anteriores se refieren a la definición de servicios esenciales efectuada por el TC, que es una definición por vía de cláusula general. En cuanto a la concreción de dicha definición general por parte de la autoridad gubernativa lo primero que debe criticarse es la falta de sistemática con la que se está actuando, como consecuencia de la pluralidad de procedimientos utilizados, de la multitud de autoridades gubernativas competentes y, sobre todo, del hecho de que la autoridad no se anticipa a los fenómenos conflictivos, sino que va siempre a remolque de ellos. Por otra parte, ya se dijo que buena parte de la disposiciones de la autoridad gubernativa, las que tienen carácter reglamentario, vulneran la garantía constitucional de la reserva de ley.

Pero la cuestión que aquí verdaderamente preocupa es otra: cabe preguntarse si la autoridad gubernativa y los tribunales están respetando escrupulosamente la definición elaborada por el TC, asumiendo como único criterio válido el de la protección selectiva de los usuarios, o si, por el contrario, también otros criterios están influyendo en esta materia con mayor o menor alcance por la puerta de atrás de la interpretación y aplicación del Derecho.

La respuesta a la anterior interrogante no es nada fácil, ya que aunque no quepa duda de que también en la fase aplicativa el criterio que está desplegando mayor influencia es el acogido por el TC, no es menos cierto que otros criterios también vienen siendo utilizados. Es el caso de la continuidad de los servicios públicos<sup>97</sup>, del perjuicio

---

<sup>97</sup> Numerosas disposiciones de la autoridad gubernativa utilizan el criterio del servicio público para justificar la adopción de servicios mínimos. Es el caso, por citar sólo algunos ejemplos, de: RD 1478/88,

para el interés general<sup>98</sup>, del perjuicio genérico para los usuarios<sup>99</sup> y del perjuicio para la economía nacional<sup>100</sup>. Este desajuste parcial entre la definición del TC y la concreción de la misma por parte de la autoridad gubernativa y de los tribunales ordinarios, concretado en el recurso a criterios que no cuentan con el beneplácito del TC, es uno de los mayores puntos negros de la vigente disciplina española de la huelga en los servicios esenciales<sup>101</sup>.

---

de 9 de diciembre (Suministro de combustibles gaseosos); Decreto de la Junta de Castilla y León 239/88, de 12 de diciembre (Administración autonómica); Decreto del Gobierno de Murcia 26/89, de 2 de marzo (Servicios sanitarios); Decreto del Gobierno de Castilla y León 256/96, de 19 de noviembre (Administración autonómica); y Decreto Foral del Gobierno de Navarra 191/92, de 19 de mayo (Administración autonómica).

En cuanto a la jurisprudencia ordinaria: SSTS (3<sup>a</sup>) 13-12-84, Ar. 6433, cdo. 2; 16-4-85, Ar. 1781, cdo. 3, aludiendo también al perjuicio para la economía nacional; 8-5-85, Ar. 2338, cdo. 2; 22-9-86, Ar. 4639, F. J. 6; 2-7-91, Ar. 6770, F. J. 4; STSJ Galicia, sala de lo contencioso-administrativo, 3-12-97, Aa. 2882, F. J. 1, para la que los servicios públicos tienen todos el carácter de esenciales; STS (4<sup>a</sup>) 16-3-98, Ar. 2993, F. J. 5; y STSJ Aragón, sala de lo social, 23-6-2000, As. 1897, F. J. 4.

<sup>98</sup> Utilizan el criterio del perjuicio para el interés general, entre otras muchas disposiciones, las siguientes: RD 1477/88, de 9 de diciembre (Empresas de refino de petróleo); Decreto del Gobierno de Murcia 26/89, de 2 de marzo (Servicios sanitarios); y Decreto del Gobierno de Castilla y León 68/96, de 26 de marzo (servicio forestal).

Jurisprudencialmente, la STS (5<sup>a</sup>) 3-10-87, Ar. 6694, F. J. 1.

<sup>99</sup> Emplea el criterio del perjuicio genérico para los intereses de los ciudadanos, por ejemplo, el RD 1349/91, de 13 de septiembre (Subastas judiciales).

Por lo que a la jurisprudencia se refiere, entre otras: SSTS (3<sup>a</sup>) 28-9-82, Ar. 6303, cdo. 1; 2-2-84, Ar. 595, cdo. 2; 17-3-84, Ar. 1462, cdo. 5; y 12-12-90, Ar. 10153, F. J. 3, que justifica la esencialidad de los servicios de distribución de butano y propano acudiendo exclusivamente al perjuicio genérico para los derechos del consumidor protegidos por el artículo 51 CE.

<sup>100</sup> Se recurre con mucha frecuencia al perjuicio para la economía nacional como fundamento de la adopción de servicios mínimos. Así, entre otras disposiciones, las siguientes: RD 755/83, de 13 de abril, (Puertos); RD 993/83, de 20 de abril (Banco de España); RD 1228/83, de 11 de mayo (Transmediterránea y Elcano); RD 359/84, de 22 de febrero (FEVE); RD 1138/84, de 11 de abril (Fábrica Nacional de Moneda y Timbre); y Orden del Ministerio de Fomento, de 3 de diciembre de 1997 (Transmediterránea).

Jurisprudencialmente, entre otras: STS (5<sup>a</sup>), 3-10-87, Ar. 6694, F. J. 3 de la sentencia apelada; y STS (3<sup>a</sup>), 17-12-92, Ar. 10046, F. J. 4.

<sup>101</sup> Para A. BAYLOS GRAU, «La regulación del derecho de huelga en España: ...», op. cit., pp. 1261, la autoridad gubernativa ha sustituido progresivamente mediante su actividad aplicativa el vaporoso concepto de servicios esenciales elaborado por el TC por el de servicios públicos, especialmente a partir de la huelga general del 14 de diciembre de 1988 que dio lugar a la calificación como servicio esencial del conjunto de la Administración Pública. El mismo autor, en «Derecho de huelga en ...», op. cit., p. 203, da cuenta de algunos significativos ejemplos de hasta qué punto ha desnaturalizado la autoridad gubernativa la noción de servicios esenciales: piscina municipal, fábrica de aluminio, cafetería de un aeropuerto, museo nacional, etc. S. TORRENTE GARI, *El ejercicio del ...*, op. cit., pp. 202-203, extiende la crítica a la jurisprudencia ordinaria, que en numerosas ocasiones ha avalado el empleo por parte de la autoridad gubernativa de criterios ajenos al acogido por el TC. Para A. OJEDA AVILÉS, *Derecho Sindical*, op. cit., pp. 481-483, es la propia definición del TC la que conduce a la equiparación entre los servicios esenciales y los servicios públicos, por lo que la rechaza.

Algunos administrativistas avalan sin problemas la equiparación efectuada por la autoridad gubernativa. Así, para A. MARTÍNEZ MARÍN, *El buen funcionamiento de los servicios públicos*, Tecnos, Madrid, 1990, pp. 49 ss., todos los servicios públicos son esenciales: hay servicios privados que son esenciales y todos los servicios públicos son por definición esenciales. Para este último autor, por tanto, el artículo 28.2 CE habría constitucionalizado el principio de continuidad y regularidad de los servicios públicos y además lo habría extendido a los servicios privados esenciales. El mismo autor (p. 88) añade como fundamento material del mantenimiento de los servicios esenciales el perjuicio que para

#### 4. LA CONVENIENCIA DE UNA NUEVA DEFINICIÓN DEL CONCEPTO DE SERVICIOS ESENCIALES

La valoración *grosso modo* positiva de la tarea definitoria efectuada por el TC no puede ocultar la existencia de numerosos puntos críticos, que aconsejan seguir reflexionando sobre esta materia, incluso proponiendo una nueva definición del concepto de servicios esenciales. La propuesta que pretende efectuarse hunde necesariamente sus raíces en la descrita situación vigente, esto es, no puede ignorarse la doctrina que sobre este punto ha elaborado el TC, condicionando al conjunto de poderes públicos, aunque sin llegar a hipotecar totalmente al legislador futuro y menos todavía a los teóricos del derecho.

Lo primero que hay que despejar es la técnica a utilizar, optando por la mixta<sup>102</sup>, es decir, una combinación de definición por vía de cláusula general y de enumeración de los servicios considerados esenciales. Vaya por delante que en principio no existe ningún impedimento desde el punto de vista constitucional a la utilización sin más de una técnica mixta de definición<sup>103</sup>. Cosa distinta es la manera concreta cómo se articule, que es lo que se aborda a continuación.

---

la economía nacional tiene toda paralización de los servicios públicos. También considera que todos los servicios públicos son esenciales P. A. MARTÍN PÉREZ, «Algunas consideraciones jurisprudenciales en torno a la huelga en las administraciones públicas o en empresas que presten servicios públicos», en *AL*, 1990-3, p. 407. Igualmente, M. GÓMEZ PUENTE, *La inactividad de la Administración*, Aranzadi, Pamplona, 2000, pp. 789, considera que el artículo 28.2 ha constitucionalizado el principio de continuidad de los servicios públicos, que además resultaría aplicable a los servicios de naturaleza privada.

<sup>102</sup> Ya se dijo que la técnica mixta ha acabado imponiéndose en la mayoría de los países, incluido España. En este sentido, tanto el proyecto inicial del gobierno socialista de 1992, como la propuesta sindical y, finalmente, el PLOH utilizaban la citada técnica mixta. También utiliza esta técnica el Acuerdo Vasco. En esta misma línea, por último, se sitúan la Ley italiana 146/90 y el CLS de la OIT.

<sup>103</sup> Se dice en principio porque una interpretación literal de la doctrina constitucional sobre la imposible fijación apriorística de los servicios esenciales excluye toda posibilidad de utilización de la técnica mixta, ya que sólo cabría la definición por vía de cláusula general y su aplicación *ad casum*, sin posibilidad de enumeración permanente alguna de servicios esenciales. Esta circunstancia es advertida por R. MARTÍNEZ EMPERADOR, «Huelga en servicios ...», op. cit., p. 87, para quien pudieran existir problemas entre la enunciación legislativa de servicios esenciales y la doctrina constitucional relativa a la imposibilidad de fijación apriorística de servicios esenciales, proponiendo como solución la consideración de la enunciación legislativa como mera presunción de esencialidad.

La mejor articulación de la técnica mixta pudiera ser la siguiente: definición por vía de cláusula general; a continuación, y en la misma ley orgánica, enumeración de los servicios considerados esenciales<sup>104</sup>; finalmente, concreción de las prestaciones esenciales de cada servicio globalmente considerado esencial, que necesariamente habría de efectuarse en instrumento normativo distinto a la ley orgánica<sup>105</sup>. Adviértase que esta articulación es puramente formal, pues no se ha adelantado contenido material alguno. No es, por lo demás, nada novedosa<sup>106</sup> y tampoco puede hablarse en este nivel de problemas de admisibilidad constitucional.

#### **4. a. Definición por vía de cláusula general**

Entrando en contenidos materiales hay que comenzar con la definición por vía de cláusula general. Caben aquí básicamente dos opciones: la primera, continuista con la definición del TC, fue la seguida por el proyecto inicial de regulación del derecho de huelga del gobierno socialista de 1992<sup>107</sup>. La segunda, utiliza la definición del TC como marco de referencia, si bien especifica los derechos fundamentales y, en su caso, los

---

En todo caso, en la crítica efectuada a esta doctrina del TC se puso de manifiesto su carácter erróneo, producto de una confusión conceptual, por lo que debiera abandonarse apenas se tenga ocasión. Esta doctrina, por tanto, no se considera vinculante.

<sup>104</sup> Se trata de acabar con la dispersión y falta de sistemática, además de antijuridicidad, que caracteriza a la vigente enumeración de servicios esenciales por parte de la autoridad gubernativa. Por otra parte, tanto la Ley italiana 146/90 como los distintos textos de la frustrada regulación española de 1992-93 optaron por incluir en la misma norma la definición general y la enumeración de los servicios esenciales.

<sup>105</sup> Necesariamente porque por su propia naturaleza la ley no es instrumento idóneo para llevar a cabo una labor tan meticulosa y compleja técnicamente como es la concreción del conjunto de prestaciones esenciales en cada servicio globalmente considerado esencial. En este sentido, ni la Ley italiana 146/90, ni los textos de la frustrada regulación de 1992-93 se ocuparon de esta cuestión, remitiendo a otras fuentes que no vienen al caso en este momento.

<sup>106</sup> En las dos notas anteriores se ha visto que tanto la Ley italiana 146/90 como los textos españoles de 1992-93 se insertan en esta línea. También doctrinalmente se había defendido la triple especificación. Es el caso de M. C. PALOMEQUE LÓPEZ, «La determinación legislativa ...», op. cit., pp. 203-205.

<sup>107</sup> Establecía el artículo 15.1: «A los efectos de la presente Ley, se consideran servicios esenciales de la Comunidad aquellos cuyo mantenimiento resulta 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».

Por su estructura formal puede incluirse también aquí la propuesta de definición general de la patronal, si bien desde el punto de vista material no puede homologarse por su absoluta falta de sintonía con la definición del TC. De la misma da cuenta R. MARTÍNEZ EMPERADOR, «Huelga en servicios ...», op. cit., p. 86, en los siguientes términos: «aquéllos que afectan al orden público, al interés general o al desarrollo económico». Los parámetros utilizados por la patronal para definir por vía de cláusula general los servicios esenciales se descalifican por sí solos. En la misma línea, J. M. CUEVAS, «Una ley

bienes constitucionales para cuyo disfrute son instrumentales los servicios esenciales. Esta última opción, seguida por la ley italiana 146/90<sup>108</sup>, fue la adoptada por la propuesta sindical española de regulación del derecho de huelga en los servicios esenciales, que posteriormente pasó al PLOH, en los siguientes términos: «A los efectos de la presente Ley se consideran servicios esenciales de la comunidad, con independencia del régimen público o privado de su prestación, aquéllos cuyo mantenimiento resulta necesario para garantizar el contenido esencial de los siguientes derechos y libertades constitucionalmente protegidos: la vida, la integridad física y la protección de la salud; la libertad y la seguridad; la libre circulación; la libertad de información; la comunicación; la educación y la tutela judicial efectiva» (art. 11.1)<sup>109</sup>.

El rechazo de la primera opción parece evidente, luego de haber criticado en el anterior epígrafe algunos aspectos de la definición del TC. La segunda opción, que es la aquí se sigue, es más compleja doctrinalmente hablando, ya que exige despejar ciertas dudas de admisibilidad constitucional que, desde luego, no se presentan en la primera opción. Esas dudas surgen como consecuencia de la mayor concreción, del carácter más estricto de la definición propuesta en comparación con la definición del TC<sup>110</sup>. Para

---

de ...», op. cit., apuntando a la protección de la economía nacional y a los intereses empresariales, y no, como debiera ser, a los intereses de los terceros usuarios.

<sup>108</sup> Se remite a la definición incorporada en un epígrafe anterior, cuando se trató el Derecho comparado sobre la materia. Según la doctrina, al elenco taxativo del artículo 1.1 habría que añadir dos nuevos derechos, a saber, el medio ambiente y la protección del patrimonio histórico-artístico, mencionados en el artículo 1.2.a). En este sentido, M. V. BALLESTRERO, en U. Romagnoli y M. V. Ballestrero, *Norme sull'esercizio ...*, op. cit., pp. 70 y 79-80.

<sup>109</sup> Doctrinalmente esta definición había sido adelantada por J. Crespán y M. A. Falguera, «Huelga, empresa y servicios esenciales, hoy. Reflexiones sobre la situación en España», en *La huelga general*, editado por F. Bonamusa, Ayer, 1991, núm. 4, pp. 250-252, quienes entendían necesario concretar qué derechos fundamentales pueden limitar el ejercicio del derecho de huelga, integrando la categoría de servicios esenciales, proponiendo los siguientes: el derecho a la vida y a la salud, el derecho a la libertad personal, el derecho a la seguridad, el derecho de comunicación, el derecho a la libre circulación, el derecho a la información, el derecho a la tutela efectiva de los tribunales y el derecho a la educación.

En la misma línea se sitúa la definición empleada por el Acuerdo Vasco, en los siguientes términos: «Se consideran servicios esenciales de la comunidad aquellas actividades, cualquiera que sea la técnica jurídica de su organización y prestación empresarial o administrativa, cuyo mantenimiento es indispensable para garantizar, en caso de ejercicio del derecho de huelga, el disfrute de los siguientes derechos fundamentales de la persona y demás bienes tutelados por la Constitución: El derecho a la vida. El derecho a la integridad física y a la salud. El derecho a la libertad y a la seguridad. El derecho a la libre circulación por el territorio nacional. El derecho a la libertad de información. El derecho a la educación. El derecho a la tutela judicial efectiva. El desarrollo por los poderes públicos, de las funciones constitucionales atribuidas a los mismos».

<sup>110</sup> Para F. PÉREZ DE LOS COBOS, «La definición de ...», op. cit., pp. 299-300, el carácter más estricto de la definición del PLOH no supone su inconstitucionalidad.

despejarlas es aconsejable tratar por separado las referencias a los derechos fundamentales y a los bienes constitucionales.

En cuanto a los derechos fundamentales, el posible contraste se produce al mencionar la definición del TC a los derechos fundamentales y libertades públicas sin más, mientras el PLOH concreta los derechos y libertades que integran la definición, rechazando, *a contrario sensu*, los derechos y libertades no mencionados. Este contraste plantea dos problemas estrechamente relacionados: primero, determinar qué se entiende por derechos fundamentales, para así conocer los que la definición del PLOH no ha mencionado; segundo, justificar la exclusión de determinados derechos.

El primer problema quedó resuelto en el capítulo anterior, en el que se optó por considerar derechos fundamentales a todos los del capítulo II del Título I, es decir, tanto a los de la sección 1ª como a los de la 2ª<sup>111</sup>. Con esa opción son muchos los derechos fundamentales que no aparecen mencionados en la definición que por ahora se está siguiendo, la del PLOH.

El segundo problema, más complejo, precisa dejar sentadas algunas premisas. En primer lugar, la consideración apuntada en el epígrafe anterior de la definición del TC como un marco de referencia para el legislador futuro<sup>112</sup>. En segundo lugar, la necesaria interpretación restrictiva de los conceptos jurídicos indeterminados limitadores de

---

<sup>111</sup> Para la STS (3ª), 10-12-91, Ar. 9248, F. J. 5, en la esencialidad de los servicios es indiferente la jerarquía de los derechos constitucionales diseñada por nuestro constituyente.

Sin embargo, la mayoría de la doctrina laboralista considera derechos fundamentales exclusivamente a los de la sección 1ª, limitando así la definición de servicios esenciales a estos derechos. En este sentido, se remite a lo dicho en el apartado B del capítulo I dedicado a la huelga como derecho fundamental.

Otros autores, sin entrar en el complejo debate acerca de cuáles son los derechos fundamentales, resuelven la cuestión definiendo los servicios esenciales exclusivamente en atención a determinados derechos fundamentales mencionados en la sección 1ª. Es el caso, entre otros, de A. MARTÍN VALVERDE, «El derecho de ...», op. cit., pp. 232-233, por lo que a la acepción estricta de servicios esenciales se refiere; M. C. PALOMEQUE LÓPEZ, «La determinación legislativa ...», op. cit., p. 204; y A. OJEDA AVILÉS, *Derecho Sindical*, op. cit., pp. 484-485, quien defiende, sobre la base de la utilización expresa del término comunidad, limitar los servicios esenciales a aquéllos exclusivamente referidos a los derechos fundamentales de las personas, sin nada que ver, por tanto, con los demás bienes y derechos constitucionalmente protegidos, aunque se encuentren a lo largo del texto constitucional.

<sup>112</sup> Téngase además en cuenta que la definición fue formulada en la STC 26/81 y completada en otras posteriores, resolviendo todas ellas recursos de amparo y no recursos o cuestiones de inconstitucionalidad.

derechos fundamentales, que es el caso de los servicios esenciales<sup>113</sup>. En tercer lugar, no puede olvidarse que para que un derecho fundamental sea limitado por otro derecho fundamental o por un bien constitucional es necesario que exista una verdadera colisión o antinomia subjetiva, lo que en el tema que aquí interesa significa que para que un servicio sea esencial, con la consiguiente posibilidad de limitar el derecho de huelga ejercido en su seno, es necesario que la conexión funcional entre el servicio y el derecho fundamental sea fuerte, es decir, que no quepa la menor duda de que el servicio contribuye decisivamente a la satisfacción de uno o varios derechos fundamentales, o, en su caso, de bienes constitucionales.

A la luz de estas premisas, especialmente de la última, parece más que justificada la exclusión de determinados derechos fundamentales<sup>114</sup>, pues no hay posibilidad de verdadera colisión<sup>115</sup>. Se trata de derechos fundamentales cuyo contenido no puede verse frontalmente afectado por el ejercicio del derecho de huelga por distintas circunstancias: su estructura consiste básicamente en un *agere licere* —v. gr. la libertad ideológica—; su finalidad es totalmente ajena a la protección de intereses que pudieran verse afectados por el ejercicio del derecho de huelga —v. gr. el derecho al trabajo y el derecho a una

---

<sup>113</sup> Sobre la interpretación restrictiva de los conceptos jurídicos indeterminados limitadores de derechos fundamentales, véase, F. FERNÁNDEZ SEGADO, «La teoría jurídica ...», op. cit., pp. 244-245. Desde una perspectiva parecida, M. BACIGALUPO, *La discrecionalidad administrativa*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 107 ss., manifiesta cómo el Tribunal Constitucional alemán viene entendiendo la necesidad de limitar el margen de apreciación propio del halo de los conceptos jurídicos indeterminados, cuando el mismo opera en el ámbito de los derechos fundamentales.

Para I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, *El proyecto de ...*, op. cit., p. 13 y para la *Propuesta sindical de regulación del derecho de huelga en los bienes y servicios esenciales de la comunidad*, op. cit., p. 198, la garantía de la interpretación restrictiva de los conceptos jurídicos indeterminados limitadores de derechos fundamentales se compadece mal con la amplia definición de servicios esenciales adoptada por el TC. Más crítico todavía, L. E. DE LA VILLA, «Servicios mínimos en ...», op. cit., pp. 444-445, entiende, a propósito de la STC 43/90 y los controvertidos periodos punta, que el concepto de servicios esenciales ha pasado en la doctrina del TC de ser indeterminado a ser ilimitado. En cambio, para F. PÉREZ DE LOS COBOS, «La definición de ...», op. cit., p. 300, la amplia definición del TC encuentra su justificación en el papel institucional que le corresponde.

<sup>114</sup> Sin ánimo exhaustivo, pueden mencionarse los siguientes derechos dentro de la sección 1ª: libertad ideológica; derecho al honor, intimidad y propia imagen; derecho de reunión; derecho de asociación; derecho a la participación en asuntos públicos y a acceder a las funciones y cuerpos públicos; derecho a la libertad sindical; derecho de petición. En cuanto a la sección 2ª: derecho a contraer matrimonio; derecho a la propiedad y a la herencia; derecho de fundación; derecho al trabajo, a la libre elección de profesión y demás del art. 35.1; derecho a la negociación colectiva; derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo; libertad de empresa.

<sup>115</sup> Aunque no se refiera expresamente a esta cuestión creo que está en la mente de G. GARCÍA BECEDAS, «Esencialidad de los servicios y derecho de huelga», en AA.VV., *Estudios sobre la huelga*, ACARL, Madrid, 1992, p. 216, cuando afirma que abrir la lista cerrada de derechos fundamentales constituiría un «inútil canto al sol».



remuneración suficiente<sup>116</sup>—; ausencia de organización prestacional alguna que pueda verse afectada por el ejercicio del derecho de huelga —*v. gr.* el derecho de reunión—; derechos de carácter puramente patrimonial dirigidos a la protección de los intereses empresariales —*v. gr.* el derecho a la propiedad, a la herencia o a la libertad de empresa—. A lo sumo, alguno de esos derechos, no todos, podría ver dificultado su ejercicio y disfrute como consecuencia del ejercicio del derecho de huelga, siempre que se diesen determinadas circunstancias nada habituales, si bien tampoco en esos casos podría hablarse de verdadera colisión<sup>117</sup>.

En definitiva, la definición adoptada por el PLOH, en la que se mencionan sólo determinados derechos fundamentales, es constitucional, se inserta perfectamente dentro del marco de referencia creado por el TC.

En cuanto a los bienes constitucionales, el contraste entre la definición del PLOH y la del TC es todavía mayor, ya que mientras la segunda se refiere genéricamente a los mismos, la primera no menciona bien constitucional alguno<sup>118</sup>. En este caso, más que buscar la totalidad de bienes constitucionales que no han sido tenidos en cuenta, tarea imposible de realizar, se trata de pronunciarse acerca de la admisibilidad constitucional de una definición de servicios esenciales por vía de cláusula general que prescindiera de la categoría de los bienes constitucionales.

---

<sup>116</sup> Sin embargo, el derecho al trabajo ha sido utilizado en numerosas ocasiones para justificar la esencialidad de determinados servicios, como el transporte o las escuelas infantiles. Así, la STS (3ª), 10-12-91, Ar. 9248, F. J. 5.

Del mismo modo, el derecho a una remuneración suficiente y el derecho a la promoción también han sido invocados para justificar la esencialidad de ciertas actividades, como por ejemplo el pago de nóminas y los concursos y traslados, según el RD 1098/86, de 6 de junio (Centro de Proceso de Datos del MEC).

<sup>117</sup> Éste sería verdaderamente el caso del derecho al trabajo y del derecho a una remuneración suficiente.

<sup>118</sup> Por otra parte, pese a no ser expresamente mencionado, habría que añadir al elenco de derechos el bien constitucional relativo al ejercicio por los poderes públicos de sus funciones constitucionales, incluido en la relación de servicios considerados esenciales sin conexión funcional alguna con los derechos fundamentales, adoptando, de este modo, una solución idéntica a la defendida por la doctrina italiana en relación con los bienes medioambientales y culturales, comentada anteriormente.

Podría defenderse que la protección de la salud no es un derecho fundamental en sentido estricto sino un bien constitucional, si bien la discusión en este sentido es baldía, ya que también podría defenderse que los derechos fundamentales a la vida y a la integridad física y moral comprenden necesariamente la protección de la salud.

Para abordar esta tarea hay que tener en cuenta las tres premisas sentadas anteriormente y añadir dos más. La primera, tiene que ver con el mayor valor de los derechos fundamentales, de tal manera que el conflicto entre un derecho fundamental, en este caso el de huelga, y uno o varios bienes constitucionales puede saldarse íntegramente a favor del primero, si así es decidido por el legislador.

La segunda, se refiere a la singular posición que en el seno del Ordenamiento jurídico ocupa un derecho como el de huelga, que supone una ruptura con la tradicional concepción acerca de la tutela de los intereses de parte y del cumplimiento de las obligaciones asumidas contractualmente. Posición singular conquistada y concedida tras una compleja historia de represión penal del fenómeno social huelguístico. Esa posición singular del derecho de huelga pudiera justificar una matización a la general admisibilidad de la limitación de los derechos fundamentales por parte de bienes constitucionales, pues de lo contrario ésta podría ser la vía para acabar con un derecho cuyo ejercicio lleva normalmente aparejado un importante daño. Si la limitación de los derechos fundamentales por la nebulosa categoría de los bienes constitucionales debe ser siempre contemplada con cautela en el caso del derecho de huelga ésta debe ser especialmente intensa.

Tras lo que se acaba de decir parece igualmente más que justificado prescindir de la categoría de los bienes constitucionales en la definición de servicios esenciales. Esta opción, adoptada por el PLOH, es perfectamente constitucional<sup>119</sup>.

Ahora bien, una cosa es afirmar la acomodación constitucional de una determinada opción y otra distinta aceptarla desde los puntos de vista político y jurídico. En este

---

<sup>119</sup> Son muchos los autores españoles favorables a la exclusión de la categoría de los bienes constitucionales. Así, por todos, A. BAYLOS GRAU, *Derecho de huelga y ...*, op. cit., p. 104, para quien los servicios esenciales son únicamente los que satisfacen necesidades conectadas con los derechos fundamentales de la sección 1ª y con los bienes constitucionalmente protegidos vinculados directamente a los citados derechos fundamentales, que, salvo mejor opinión, son los propios derechos fundamentales.

Téngase en cuenta que en la tramitación parlamentaria de la Ley italiana 146/90 se sustituye el término bienes constitucionalmente tutelados por el de derechos de la persona constitucionalmente tutelados, aunque entre estos últimos se incluyan la protección de los bienes medioambientales y culturales. En este sentido, por todos, T. TREU, «L'ambito di applicazione ...», op. cit., p. 17. Paradigmática es la opinión de G. GIUGNI, *Diritto sindacale*, op. cit., pp. 256-257, para quien la

orden de consideraciones, parece oportuno incluir en la definición por vía de cláusula general algún que otro bien constitucional, como la defensa nacional<sup>120</sup>, la protección del medio ambiente<sup>121</sup> y, más dudosamente, el ejercicio por los poderes públicos de sus funciones constitucionales<sup>122</sup>. Se trata de bienes constitucionales que justifican la esencialidad de un buen número de servicios. Esencialidad por asimilación habría que decir, pues los servicios que contribuyen a la satisfacción de los mencionados bienes constitucionales no tienen en general unos usuarios que puedan verse inmediatamente perjudicados por el ejercicio del derecho de huelga sino más bien se dirigen a la entera comunidad y el perjuicio sólo se deja sentir ante huelgas de unas determinadas características.

Las correcciones hasta aquí efectuadas a la definición de servicios esenciales del frustrado PLOH, que es la que se ha empleado como modelo, aconsejan ofrecer una nueva definición del siguiente tenor: se consideran servicios esenciales, con independencia del régimen público o privado de su prestación, los destinados a garantizar a los usuarios y a la entera comunidad el ejercicio y disfrute de los siguientes derechos fundamentales y bienes constitucionales: la vida, la integridad física y moral, y la protección de la salud; la libertad y la seguridad; la libre circulación; la libertad de información y comunicación; la educación; la tutela judicial efectiva; la defensa nacional;

---

utilización por parte del legislador italiano de 1990 de la categoría de los derechos de la persona no es en modo alguno casual.

<sup>120</sup> La defensa nacional es un bien constitucional para la disposición adicional 1ª del RD 2205/80, de 13 de junio, de trabajadores al servicio de la Administración militar, interpretada por la STC 11/81, F. J. 25.

<sup>121</sup> El PLOH, aunque no aludía al medio ambiente en la definición de servicios esenciales por vía de cláusula general, sí incluía la protección del medio ambiente en los supuestos de riesgo entre los servicios considerados esenciales —art. 11.2.5.—. Lo mismo puede decirse de la Ley italiana 146/90, concretamente de su artículo 1.2.a). Siguiendo ambos ejemplos el Acuerdo Vasco recoge la protección del medio ambiente en los supuestos de riesgo entre los servicios considerados esenciales —I.2.—.

<sup>122</sup> El PLOH no aludía a este bien constitucional en la definición de servicios esenciales por vía de cláusula general, si bien incluía el ejercicio de sus funciones por los poderes públicos constitucionales en la enumeración de servicios esenciales, concretamente en el número 17 del artículo 11.2. Por su parte, el Acuerdo Vasco incluye este bien constitucional directamente en la definición general de servicios esenciales —I.1.—. Nada dice al respecto la Ley 146/90. Doctrinalmente, por todos, M. C. PALOMEQUE LÓPEZ, «La determinación legislativa ...», op. cit., p. 204, quien incluye este bien constitucional en la definición abstracta de servicios esenciales.

Este bien constitucional constituye en Francia, bajo la versión de protección del orden público, de la acción gubernamental y de la seguridad de personas y cosas, el núcleo duro del principio de continuidad de los servicios públicos, que, como se sabe, es el criterio acogido por el Ordenamiento francés para limitar el derecho de huelga. Vid., por todos, P. TERNEYRE, «Vade-mecum du ...», op. cit., pp. 804 ss. y J. PÉLISSIER, «Grève et substituts ...», op. cit., pp. 132 ss.

la protección del medio ambiente; y el ejercicio por los poderes públicos de sus funciones constitucionales<sup>123</sup>.

#### **4. b. Enumeración de los servicios globalmente considerados esenciales y de las prestaciones esenciales**

Tras la definición por vía de cláusula general, y puesto que se ha optado por una técnica mixta, procede la enumeración de los servicios globalmente considerados esenciales. Ya se dijo que en sí misma la enumeración es constitucionalmente admisible. Más problemático resulta, por contra, decantarse por un sistema de lista abierta o por uno de lista cerrada, así como justificar la esencialidad de cada uno de los servicios enumerados.

Una fórmula abierta, como la propuesta por el proyecto inicial del gobierno socialista de 1992<sup>124</sup>, no presenta dudas de constitucionalidad, pero aporta menos seguridad jurídica. En este sentido, no está demás recordar que una de las principales

---

<sup>123</sup> Parecida, aunque no idéntica, es la relación de derechos y bienes propuesta por M. C. PALOMEQUE LÓPEZ, «La determinación legislativa ...», op. cit., p. 204: «el derecho a la vida y a la integridad física, así como, derivadamente, la protección de la salud; el derecho a la libertad y a la seguridad; el derecho a la libre circulación por el territorio nacional; el derecho a la libertad de información; el derecho a la educación; el derecho a la tutela judicial efectiva; y el desarrollo por los poderes públicos de las funciones constitucionalmente atribuidas a los mismos».

<sup>124</sup> El artículo 15.2 del citado proyecto dejaba bien a las claras el carácter abierto de la relación de servicios y actividades del 15.1, cuando establecía: «El ejercicio del derecho de huelga en empresas y sectores relacionados con actividades que posibilitan el ejercicio y disfrute de los derechos, libertades y bienes constitucionalmente protegidos y, en particular, con las indicadas en el número anterior, se someterá {...}» (mías las cursivas).

El sistema de lista abierta ha sido defendido por parte de la doctrina. Así, M. C. PALOMEQUE LÓPEZ, «La determinación legislativa ...», op. cit., p. 202-204 y F. PÉREZ DE LOS COBOS, «La definición de ...», op. cit., pp. 302 ss.

La Ley italiana 146/90 opta claramente por el carácter abierto o ejemplificativo de la relación de servicios esenciales. En este sentido, por todos, M. RUSCIANO, «Articolo 1», en M. Rusciano y G. Santoro Passarelli (a cura di), *Lo sciopero nei servizi essenziali*, Giuffrè, Milano, 1991, pp. 16 ss.; T. TREU, «L'ambito di applicazione ...», op. cit., pp. 8 ss.; M. PERSIANI, «Diritti fondamentali della persona e diritto dei lavoratori a scioperare», en *Il Diritto del Lavoro*, 1992 I, p. 13; M. V. BALLESTRERO, en U. Romagnoli y M. V. Ballestrero, *Norme sull'esercizio ...*, op. cit., pp. 73 ss., y F. SANTONI, *Lo sciopero*, op. cit., pp. 122-124, quien duda de la esencialidad de algunos de los servicios y prestaciones enumerados. De hecho, la negociación colectiva a la que remite la propia Ley 146/90 ha considerado esenciales multitud de servicios no previstos en el artículo 1.2 de dicha Ley, al menos no previstos expresamente. Téngase en cuenta, en este último sentido, que en dicho artículo en algunos casos más que de servicios esenciales cabría hablar de áreas o sectores de esencialidad integrados por una pluralidad de servicios, como por ejemplo la sanidad y la higiene pública. Vid., por todos, E. ALES, «Le finalità della legge e la nozione di servizio pubblico essenziale», en P. Pascucci (a cura di), *La nuova disciplina dello sciopero nei servizi essenziali*, Ipsoa, 2000, pp. 12-13.

deficiencias de la vigente regulación de la huelga en los servicios esenciales es la falta de seguridad jurídica en relación con la determinación de los servicios esenciales. Por esta razón pudiera preferirse una enumeración de tipo *numerus clausus*, como la del PLOH<sup>125</sup>. Sin embargo, las dudas de constitucionalidad que esta última opción comporta hacen preferible la fórmula abierta.

Estas dudas de constitucionalidad pueden plantearse del siguiente modo: el criterio teleológico que preside la definición por vía de cláusula general —tanto la vigente del TC como la aquí propuesta— convierte al concepto de servicios esenciales en necesariamente abierto e impide al legislador enumerar con carácter cerrado los servicios considerados esenciales<sup>126</sup>. Lo que sí puede hacer el legislador es enumerar con tal exhaustividad que en la práctica la fórmula abierta no llegue a utilizarse, aunque, en todo

---

<sup>125</sup> La mejor prueba de que la relación de servicios del artículo 11.2 PLOH tenía carácter cerrado se encuentra en el número 3 de ese mismo artículo, en el que se contiene el procedimiento para la consideración de algún nuevo servicio esencial, del siguiente tenor: «Cualquiera de las partes a que se refiere el artículo 13 de esta Ley {Administraciones públicas responsables del servicio y las organizaciones sindicales más representativas} puede iniciar motivadamente ante la Autoridad Gubernativa el procedimiento para la consideración de algún nuevo sector o actividad no incluido en el número anterior como susceptible del mismo tratamiento. Una vez producida la iniciativa, y previo informe de la Comisión de Mediación a que se refiere el artículo 17 de esta Ley, la Autoridad Gubernativa convocará a la representación de las partes en el sector o actividad de que se trate para verificar la existencia de acuerdo en relación a la referida inclusión, *en cuyo único caso* se producirán los efectos previstos en este Capítulo para los sectores o actividades relacionados en el número anterior de este artículo» (mías las cursivas). Para F. PÉREZ DE LOS COBOS, «La definición de ...», op. cit., pp. 308-309, el rígido mecanismo de ampliación es inconstitucional, ya que no comporta una operación interpretativa de un previo concepto, sino una pura decisión. En cambio, S. TORRENTE GARI, *El ejercicio del ...*, op. cit., p. 380, sostiene que la técnica de ampliación prevista conlleva iguales efectos que la lista abierta en cuanto a su adaptabilidad a situaciones de futuro, lo que dicho sea de paso aquí no se comparte.

El carácter cerrado de la enumeración de los servicios esenciales se defendía en la propuesta sindical, cuya influencia se deja sentir en el Acuerdo Vasco, cuya lista, también cerrada, de servicios esenciales reproduce con algún matiz la de la propuesta sindical —añade la producción, comercialización y distribución de productos alimenticios de primera necesidad, en cuanto que pudieran suponer desabastecimiento para la población y el desarrollo por lo poderes públicos de las funciones constitucionales atribuidas a los mismos—. En todo caso, el mecanismo de ampliación del Acuerdo Vasco es más flexible que el del PLOH, pues la competencia se concede a la Comisión de seguimiento del acuerdo y en caso de desacuerdo en el seno de la misma a la Comisión de garantías.

Doctrinalmente, defienden el sistema de lista cerrada, entre otros, I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, *El proyecto de ...*, op. cit., p. 57, quien en realidad habla de lista cuasi-cerrada, y G. GARCÍA BECEDAS, «Esencialidad de los ...», op. cit., pp. 216-217.

<sup>126</sup> Defiende la inconstitucionalidad de la enumeración cerrada del PLOH, F. PÉREZ DE LOS COBOS, «La definición de ...», op. cit., pp. 302 ss, quien critica convincentemente, desde los puntos de vista jurídico y político, la combinación de una definición general y una enumeración cerrada. Para T. SALA FRANCO, «La huelga en ...», op. cit., pp. 14-15, más que de problemas de constitucionalidad se trata de problemas de oportunidad, cuestionando, eso sí, la viabilidad constitucional del procedimiento de ampliación del artículo 11.3 PLOH.

caso, debe existir la posibilidad de recurrir a ella por parte de quién el legislador considere oportuno<sup>127</sup> y, en última instancia, por los tribunales<sup>128</sup>.

A los argumentos anteriores, de naturaleza jurídico-constitucional, habría que añadir los relativos a la dificultad técnica de enumerar en un momento dado todos y cada uno de los servicios conectados funcional y directamente con los derechos fundamentales y los bienes constitucionales utilizados en la definición general de servicios esenciales<sup>129</sup>. Además, de ser posible tal enumeración, siempre podría verse superada con el paso del tiempo y el consiguiente cambio en la demanda de servicios, lo que conllevaría una cuando menos provisional situación de desprotección para sus usuarios, habida cuenta de que el legislador orgánico no se caracteriza por una gran sensibilidad y celeridad.

En cuanto a la concreta enumeración de los servicios globalmente considerados esenciales parece más adecuado remitir al siguiente apartado, dedicado al catálogo de los servicios esenciales.

Lógicamente, tampoco es éste el lugar para acometer la ingente tarea de recopilación de las prestaciones esenciales, bastando con apuntar que mientras en algunos servicios casi la totalidad de sus prestaciones serán esenciales —v. gr. sanidad—, en otros sólo lo serán una parte de las mismas —v. gr. radiotelevisión—.

Esas prestaciones esenciales no deben ser confundidas con los servicios mínimos<sup>130</sup>. Precisamente porque son categorías conceptuales distintas las prestaciones esenciales pueden y deben fijarse sin tener en cuenta las circunstancias de una concreta huelga, a

---

<sup>127</sup> Lo lógico es que el operador —u operadores— jurídico habilitado para establecer la esencialidad de un servicio no expresamente enumerado sea el mismo que tenga encargado el establecimiento de las garantías oportunas para el mantenimiento de los servicios esenciales expresamente enumerados.

<sup>128</sup> Para J. A. SAGARDOY BENGOCHEA, «La huelga en servicios esenciales de la comunidad», en *El derecho de huelga. Seminario Hispano-Alemán en honor de los profesores Manuel Alonso Olea y Franz Gamillscheg*, RFDUCM, 1993, núm. monográfico 17, p. 192: «{...} una ley que cerrase los servicios esenciales, *numerus clausus*, nunca impediría que un Tribunal considerase como esencial un servicio, *si así lo es*, cuando no estuviese mencionado expresamente en la ley».

<sup>129</sup> La Comisión de expertos en aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT ha manifestado la escasa conveniencia, incluso imposibilidad, de elaborar una lista completa de servicios esenciales. Vid., a este propósito, A. ODERO, «El derecho de ...», op. cit., p. 67.

<sup>130</sup> Incurre en confusión, por ejemplo, T. SALA FRANCO, «La huelga en ...», op. cit., p. 15.

diferencia de los servicios mínimos. Determinación que no puede ser llevada a cabo hasta sus últimas consecuencias en la propia ley orgánica, que no es instrumento técnico adecuado al efecto, dejando aparcado para mejor momento el tema del operador jurídico idóneo<sup>131</sup>. Lo que sí puede hacer la ley orgánica es identificar de manera genérica algunas de las prestaciones esenciales que integran un servicio globalmente considerado esencial, como de hecho hacían los textos de 1992-93<sup>132</sup>.

---

La distinción entre las prestaciones esenciales y los servicios mínimos se aborda en el capítulo tercero, apartado B, epígrafe 2.

<sup>131</sup> Tanto la propuesta sindical como el PLOH, siguiendo el esquema *pluriordanimentale* diseñado por la Ley italiana 146/90, partían de este presupuesto, ya que consideraban las prestaciones indispensables —léase prestaciones esenciales— como contenido necesario de los doctrinalmente denominados “acuerdos en frío” —art. 13.4.a) PLOH—.

<sup>132</sup> El texto más prolijo a este respecto era la propuesta sindical, siguiendo a la Ley italiana 146/90, ya que prácticamente en todos los servicios esenciales enumerados se contenía una referencia genérica a las prestaciones esenciales y en otros es la propia referencia genérica la que se considera servicio esencial. En efecto, establecía: «Sanidad *en lo referido a la asistencia sanitaria*; Higiene pública *en los servicios de agua o residuos*; Servicios sociales *en cuanto fueran necesarios para la vida o la salud, así como los destinados al pago de prestaciones públicas vitales*; Protección civil y extinción de incendios; Protección del medio ambiente *en los supuestos de riesgo*; Servicios funerarios; Administración de justicia *en lo referente a actuaciones concernientes a la libertad y seguridad de las personas*; Instituciones penitenciarias; Transportes públicos terrestres, regulares y colectivos de viajeros y de mercancías de primera necesidad; Transportes aéreos y marítimos, *especialmente en lo referido al tráfico con la Islas Canarias y Baleares, así como Ceuta y Melilla*; Servicios públicos urgentes de correos y telecomunicaciones; Servicios informativos de la radio y televisión pública; Educación, *en lo relativo a la superación de grados o cursos*; Suministro de energía *para usos sanitarios, domésticos y de locomoción*; Aduanas *en lo referente al control de animales y mercancías perecederas*» (mías las cursivas, en las que se contienen las referencias genéricas a las prestaciones esenciales).

Buena parte de este esquema paso al PLOH, por lo que no es necesario reproducirlo. Menores referencias genéricas a las prestaciones esenciales existían, en cambio, en el proyecto inicial del gobierno socialista.

## D. CATÁLOGO DE SERVICIOS ESENCIALES

Parece lógico que un estudio sobre la huelga en los servicios esenciales incorpore un catálogo de éstos. Esa loable intención está condenada de antemano al fracaso, si lo que se pretende es elaborar un catálogo exhaustivo. Condenada al fracaso porque la realidad que se pretende catalogar es ciertamente inaprensible: el número de disposiciones que declaran la esencialidad es sino matemáticamente infinito sí jurídicamente infinito. Pero eso no es lo peor, porque al fin y al cabo la investigación jurídica no tiene por qué agotar la totalidad de normas y actos singulares que incidan sobre la materia objeto de estudio; lo peor es que buena parte de las disposiciones no se publican y las que se publican lo hacen en una cantidad oceánica de periódicos oficiales: BOE, boletines de las distintas CC.AA., de las Diputaciones Provinciales, de los Cabildos y Consejos Insulares, de los Ayuntamientos más importantes, de los Ministerios, de las Consejerías ...<sup>1</sup>.

Desechada, por imposible, la elaboración de un catálogo exhaustivo de servicios esenciales lo que aquí se ofrece, en todo caso, es más o menos representativo de la realidad objeto de estudio. Con toda seguridad algunas de las organizaciones prestaciones que han sido declaradas esenciales no figurarán en el catálogo que aquí se presenta, pero lo importante es que con todas las omisiones que éste pueda tener sea lo suficientemente representativo y solvente como para ofrecer una visión fiable de las áreas de actividad que han sido declaradas esenciales.

Aunque el catálogo que se presenta tiene carácter fundamentalmente descriptivo — reflejo de la labor efectuada por la autoridad gubernativa— no faltarán, cuando se estime necesario, observaciones críticas, incluso alguna que otra recomendación de *lege ferenda*.

---

<sup>1</sup> Las disposiciones de declaración de esencialidad que se manejan son las siguientes: prácticamente todas las aparecidas en el BOE; una selección ciertamente parca de las publicadas en los diarios oficiales de las CC.AA., especialmente bajo la forma de Decreto; y otras disposiciones de las que dan cuenta la jurisprudencia y la doctrina.

Las obras más importantes sobre el tema también han manejado un importante número de disposiciones, si bien no tantas como las que aquí se emplean. Es el caso de A. BAYLOS GRAU, *Derecho de huelga y ...*, op. cit., especialmente pp. 231 ss.; *Legislación de huelga*, edición preparada por M. E. Casas Baamonde, A. Baylos Grau y J. Aparicio Tovar, Tecnos, Madrid, 1992; y S. TORRENTE GARI, *El ejercicio del ...*, op. cit., *passim*.



No hace falta decir que los servicios que aquí se catalogan son servicios globalmente considerados esenciales, sin que puedan ser objeto de consideración cada una de las prestaciones que dentro de los servicios reúnen verdaderamente la nota de esencialidad. Ésa es una tarea que por casuística y detallista escapa de las pretensiones de este trabajo.

Ya se ha dicho que la concreción del concepto de servicios esenciales por parte de la autoridad gubernativa, además de por las dificultades de conocimiento apenas expuestas, se caracteriza por una total falta de sistemática<sup>2</sup>: en algunos casos la esencialidad se predica de una empresa, de un conjunto de empresas o de una Administración o de un ente público, en otros casos se toma como referencia un sector de producción o un subsector, no faltando incluso supuestos de esencialidad referida a una o varias profesiones. Esa falta de sistemática se debe al hecho de que la declaración de esencialidad va siempre a remolque de los fenómenos huelguísticos. Es el ámbito de cada huelga el que determina el ámbito de la declaración de esencialidad.

En ese caótico contexto resulta necesario introducir algún criterio de ordenación de las distintas organizaciones productivas esenciales: empresas, entidades públicas, sectores, subsectores, profesiones, etc. Lo más simple es incluir dichas organizaciones en grandes áreas de producción de bienes y de prestación de servicios; grandes áreas que sirven exclusivamente como criterio de ordenación de los servicios esenciales y no como una nueva categoría de relevancia jurídica. Las grandes áreas de actividad esencial son las siguientes: Sanidad e Higiene; Alimentación Básica; Seguridad Ciudadana y Medioambiental; Transporte; Comunicaciones y Medios de Información; Energía; Finanzas; Enseñanza; Administración Social; Administración de Justicia y Administración Penitenciaria; y Administración y demás Poderes Públicos<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> Falta de sistemática que también se aprecia en la enumeración de servicios esenciales del PLOH. Incluso en la enumeración de la Ley italiana 146/90. Ambas tienen un carácter claramente heterogéneo, ya que se entremezclan alusiones a servicios esenciales que se corresponden con enteros sectores de producción, con referencias a concretos servicios esenciales, incluso a los que podría denominarse prestaciones esenciales concretas. Sobre el carácter heterogéneo en la ley italiana, vid., por todos, M. V. BALLESTRERO, en U. Romagnoli y M. V. Ballestrero, *Norme sull'esercizio ...*, op. cit., pp. 75-76.

<sup>3</sup> Para la configuración de esas grandes áreas se han tenido en cuenta las diferentes clasificaciones efectuadas por la doctrina. Así, A. BAYLOS GRAU, *Derecho de huelga y ...*, op. cit., p. 231; *Legislación de huelga*, op. cit., pp. 8-10; J. COSCUBIELA I CONESA y M. A. FALGUERA I BARÓ, «El ejercicio del ...», op. cit., p. 364; A. OJEDA AVILÉS, *Derecho Sindical*, op. cit., pp. 485-586; y M.

Es sin duda la Sanidad e Higiene el área que menos problemas plantea a la hora de valorar su esencialidad, habida cuenta de la clara conexión con los derechos fundamentales a la vida, a la integridad y a la salud. Este área de esencialidad constituye el núcleo duro de lo que en otro lugar se han denominado servicios más esenciales; forma también parte del concepto estricto de servicios esenciales, el mantenido por el CLS de la OIT. Más problemático resulta, en cambio, mencionar las distintas organizaciones o servicios que integran este gran área de esencialidad<sup>4</sup>. Dentro de la Sanidad, desde luego los hospitales o centros sanitarios, tanto públicos<sup>5</sup> como privados<sup>6</sup>. Igualmente hay que incluir los servicios sanitarios públicos prestados fuera de los hospitales y centros por distintos cuerpos sanitarios: farmacéuticos, veterinarios, practicantes, matronas, etc<sup>7</sup>.

Más complejo es el campo de la Higiene. Aquí puede incluirse la recogida de basuras y la limpieza pública<sup>8</sup>; la limpieza de determinados espacios cerrados donde se prestan servicios esenciales —centros sanitarios, centros docentes, medios de transporte,

---

C. PALOMEQUE LÓPEZ y M. ÁLVAREZ DE LA ROSA, *Derecho del Trabajo*, op. cit., p. 582, nota 18. En relación con el PLOH, M. C. PALOMEQUE LÓPEZ, «La huelga y el derecho de huelga en el proyecto de ley orgánica de huelga (PLOH): una reflexión general», en AA.VV., *El nuevo régimen jurídico de la huelga y el cierre patronal*, CGPJ, Madrid, 1993, pp. 319-320, ordena los servicios considerados esenciales mediante el criterio de su agrupación en atención a los derechos fundamentales afectados.

Igualmente han sido considerados los frustrados textos normativos de 1992-93, la Ley italiana 146/90, el Acuerdo Vasco y el Decreto 155/1988 del Consejo de la Junta de Galicia, de 9 de junio, que establece un listado de servicios considerados esenciales.

<sup>4</sup> Puestos a buscar algún problema, puede mencionarse la situación de los médicos internos residentes (MIR), a los que la jurisprudencia ordinaria inicialmente excluyó de la esencialidad, en consideración del carácter predominantemente docente y formativo de sus tareas. Es el caso de las SSTS (3ª), 16-11-93, Ar. 9500, F. J. 4 y 16-12-93, Ar. 2853, F. J. 2. Sin embargo, jurisprudencia posterior ha entendido que los MIR prestan asistencia sanitaria, aunque sea a título de colaboración, y que por lo tanto sus servicios son esenciales. Es el caso de STS (3ª), 27-6-94, Ar. 5194, F. J. 3 de la sentencia apelada; STSJ Murcia, contencioso-administrativa, 30-7-94, Aa. 489, F. J. 4; STSJ Madrid, contencioso-administrativa, 20-12-95, Aa. 1098, F. J. 3.

<sup>5</sup> El número de disposiciones que puede citarse es infinito. Por poner sólo algún ejemplo: el RD 156/79, de 2 de febrero (Hospitales de la Seguridad Social y Entidades Públicas); y el Decreto 133/82, del Consejo Ejecutivo de Cataluña, de 1 de junio (Hospitales públicos y concertados transferidos a Cataluña).

<sup>6</sup> Estas disposiciones son menos numerosas. Así, por ejemplo, la Resolución de la Dirección General de Trabajo del Gobierno de Canarias, de 28 de abril de 1995 (Clínicas privadas de Canarias).

<sup>7</sup> Es el caso del Decreto 6/89 de la Junta de Extremadura, de 17 de enero (Cuerpos Sanitarios de la Junta de Extremadura).

<sup>8</sup> Es el caso, entre otras muchas disposiciones, del Decreto 162/83, del Consejo Ejecutivo de Cataluña, de 28 de abril (Recogida de basuras y limpieza pública en determinados municipios de la provincia de Tarragona); de la Orden de la Consejería de Trabajo de la Junta de Andalucía, de 29 de diciembre de 1993 (Recogida de basuras de Algeciras); de la Orden de la Consejería de Trabajo de la Junta de Andalucía, de 17 de diciembre de 1996 (Recogida de basuras de Huelva); etc.

etc.—<sup>9</sup>; y los servicios funerarios<sup>10</sup>. También puede incluirse dentro del campo de la Higiene, en lugar de en las Finanzas, el servicio de aduanas, exclusivamente en lo que se refiere al control de animales y de mercancías perecederas<sup>11</sup>.

En el área de la Alimentación Básica, igualmente conectada con los derechos a la vida, a la integridad y a la salud, han sido considerados servicios esenciales los siguientes: el abastecimiento de los productos alimentarios de primera necesidad<sup>12</sup> y el suministro de agua potable<sup>13</sup>. En realidad, el abastecimiento de agua potable puede encuadrarse tanto en la Alimentación Básica como en la Higiene como en la Energía.

En el área denominada Seguridad Ciudadana y Medioambiental, conectada con el derecho fundamental a la seguridad y con el bien constitucional protección del medio ambiente, pueden incluirse los siguientes servicios esenciales: bomberos y emergencias<sup>14</sup>; protección civil<sup>15</sup>; y vigilancia forestal<sup>16</sup>. *De lege ferenda*, podría incluirse en este área de esencialidad a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado —Guardia Civil y Policía, en sus niveles estatal, autonómico y local—, luego de reconocerles el derecho de huelga

---

<sup>9</sup> Por ejemplo, el Decreto 45/83, del Consejo Ejecutivo de Cataluña, de 17 de febrero (Limpieza de centros sanitarios), y la Orden del Ministerio de Transportes, de 24 de abril de 1987 (Limpieza de aviones).

<sup>10</sup> Así, Resolución de la Delegación del Gobierno en Madrid, de 7 de diciembre de 1988 (Servicios funerarios).

<sup>11</sup> Ésta es la opción que adoptan tanto el PLOH como la Ley italiana 146/90.

<sup>12</sup> Es el caso del Acuerdo del Delegado del Gobierno en Madrid, de 10 de marzo de 1988 (Mercamadrid), y de la Orden de la Consejería de Trabajo de la Junta de Andalucía, de 9 de junio de 1989 (Mercasevilla).

Por supuesto, el abastecimiento —comercialización y distribución— de los productos alimentarios de primera necesidad en determinadas circunstancias pudiera no ser suficiente, alcanzado la esencialidad también a la propia producción de los productos: el proyecto inicial del gobierno socialista sí incluía la producción, mientras el PLOH se refería exclusivamente al transporte y distribución. En cuanto a la ley italiana 146/90, el término *approvvigionamento* que utiliza el artículo 1.2.a) incluye todo el proceso: producción, transporte, distribución y comercialización. Para A. OJEDA AVILÉS, *Derecho Sindical*, op. cit., p. 485, nota 27: «Probablemente por la dispersión y variedad alimenticia, las huelgas en los sectores de fabricación de alimentos y su comercialización no se han considerado esenciales, desviándose la calificación más bien hacia el sector del transporte».

<sup>13</sup> Paradigmáticos resultan el RD 526/81, de 27 de marzo (Canal de Isabel II) y el RD 333/85, de 15 de marzo (Aguas del Ter).

<sup>14</sup> Entre otros muchos, el Decreto 107/87 del Gobierno Vasco (Bomberos del Ayuntamiento de Bilbao).

<sup>15</sup> Aunque no se ha encontrado ninguna disposición que específicamente se refiera al Servicio de Protección Civil la esencialidad de éste es unánimemente admitida.

<sup>16</sup> Por ejemplo, la Orden Canaria, de 5 de septiembre de 1986 (Guardería forestal), y el Decreto 68/96 de Castilla y León, de 2 de marzo (Servicio forestal).

que ahora tienen prohibido con cuando menos fundadas dudas de inconstitucionalidad — art. 6.8 LOFCS—<sup>17</sup>.

También *de lege ferenda* sería conveniente reconocer el derecho de huelga a los miembros de las Fuerzas Armadas, sin perjuicio de considerar esencial su actividad, en base al bien constitucional defensa nacional —art. 8 CE—. Adviértase que la Constitución no impone la prohibición del derecho de libertad sindical a los miembros de las Fuerzas Armadas, ni consecuentemente del derecho de huelga<sup>18</sup>.

La más conflictiva de todas las áreas de esencialidad es, sin ninguna duda, la del Transporte<sup>19</sup>. Conflictividad de tipo cuantitativo, pues más de la mitad de las huelgas en los servicios esenciales tienen lugar en este área. Y conflictividad de tipo cualitativo, por la importancia que las huelgas en este sector tienen para la entera sociedad. La dependencia que los usuarios del transporte tienen es tal que el perjuicio real y efectivo se aprecia incluso en huelgas de corta duración, a diferencia de lo que sucede en otras áreas de esencialidad, donde los perjuicios dignos de tutela sólo aparecen ante huelgas de una cierta entidad —v. gr. educación—. En todo caso, también en el sector del transporte resulta necesario distinguir el perjuicio efectivo para la libertad de circulación de la mera incomodidad y lentitud en el ejercicio de dicha libertad<sup>20</sup>.

---

<sup>17</sup> Entienden que dichos colectivos son titulares del derecho fundamental de huelga y que consecuentemente la exclusión legal carece de fundamento constitucional; todo ello sin perjuicio de que sus actividades deban ser consideradas esenciales, entre otros, A. BAYLOS GRAU, *Derecho de huelga y ...*, op. cit., pp. 63 ss; J. J. DÍEZ SÁNCHEZ, *El derecho de...*, op. cit., pp. 164-165 y J. L. MONEREO PÉREZ, “Límites subjetivos del ...”, op. cit., pp. 98-99.

Téngase en cuenta que la STS (3ª), 16-5-86, Ar. 2390, convalidaba unos servicios mínimos que afectaban al cuerpo de Policía municipal de Badalona, eso sí antes de que se emanase la Ley Orgánica 2/86.

<sup>18</sup> A pesar de que normativamente no hay ninguna duda de que los miembros de las fuerzas armadas tienen prohibido el derecho de huelga, con aparato penal incluido, se discute doctrinalmente sobre la constitucionalidad de la opción legal. En cuanto a los autores que admiten la prohibición, ligando el derecho de huelga con el derecho de libertad sindical, véase, por todos, M. C. PALOMEQUE LÓPEZ, *Derecho Sindical Español*, op. cit., pp. 304-305 y J. J. DÍEZ SÁNCHEZ, *El derecho de...*, op. cit., pp. 161 ss. Por contra, rechazan la prohibición, luego de separar tajantemente los derechos de libertad sindical y huelga, entre otros, S. TORRENTE GARI, *El ejercicio del ...*, op. cit., pp. 149 ss. y R. GONZÁLEZ DE LA ALEJA, *La titularidad del ...*, op. cit., pp. pp. 307 ss.

<sup>19</sup> Vid., M. ALONSO OLEA, *Jurisprudencia constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, t. IV, 1986, Civitas, Madrid, 1987, pp. 167-168, para quien el motivo de que la mayor parte de la jurisprudencia se emane en relación con el sector transportes hay que buscarlo en la enorme complejidad que este servicio esencial presenta.

En términos generales no ofrece dudas la esencialidad del transporte público, prestado o no en régimen de servicio público, como consecuencia de su conexión funcional con el derecho fundamental a la libertad de circulación —art. 19 CE—, principalmente<sup>21</sup>. Dentro de este área han sido considerados esenciales multitud de servicios: el transporte por carretera urbano<sup>22</sup> e interurbano<sup>23</sup>, el transporte suburbano<sup>24</sup>, el transporte ferroviario<sup>25</sup>; el transporte aéreo<sup>26</sup>; y el transporte marítimo<sup>27</sup>.

Ningún problema presenta la esencialidad de los mencionados medios de transporte público cuando están en juego transportes regulares de pasajeros. Cuando los transportes no son regulares —caso del transporte aéreo en vuelos chárter o del transporte discrecional de pasajeros por carretera— la esencialidad ya no es tan clara, aunque la autoridad gubernativa haya declarado sin plantearse problema alguno la esencialidad de los vuelos chárter<sup>28</sup>. Parece más acorde con el concepto de esencialidad plantearse caso

---

<sup>20</sup> Cfr., T. TREU, «Elementi per un ...», op. cit., p. 317 y M. V. BALLESTRERO, en U. Romagnoli y M. V. Ballestrero, *Norme sull'esercizio ...*, op. cit., p. 80.

<sup>21</sup> En Italia, F. SANTONI, *Lo sciopero*, op. cit., pp. 120-121, duda de la esencialidad de cualesquiera medios de transporte público. Mucho más crítico todavía se muestra G. PERA, «La regolamentazione dello sciopero nei servizi pubblici essenziali», en *Giustizia Civile*, 1991 II, p. 45. Sobre este complejo sector de esencialidad, véase., N. DE MARINIS, «Sciopero e concertazione nei trasporti: dalla legge n. 146 del 1990 al patto del 23 dicembre 1998», en *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro*, 1999, pp. 352 ss.

<sup>22</sup> Es el caso del RD 405/81, de 10 de marzo (Transportes urbanos de Barcelona) y del RD 303/84, de 15 de febrero (Transportes urbanos de Madrid).

<sup>23</sup> Entre otras muchas disposiciones, pueden citarse el RD 446/79, de 9 de marzo (Transporte regular de viajeros en la isla de Tenerife); el Decreto 6/82 del Gobierno Vasco, de 1 de febrero (Transporte regular de viajeros por carretera transferido al País Vasco); y RD 635/84, de 26 de marzo (Transportes públicos por carretera regular y discrecional con itinerario prefijado, así como estaciones de transporte público). Téngase en cuenta que el transporte discrecional con itinerario prefijado tras la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres de 1987 no es un transporte discrecional sino uno regular de uso especial. Sobre este complejo sector, véase, J. A. RAZQUÍN LIZARRAGA, *Derecho público del transporte por carretera*, Aranzadi, Pamplona, 1995.

Además de los transportes de uso general también son esenciales algunos de los de uso especial, como los sanitarios, los de escolares, etc. Así, el Decreto foral de Navarra 498/95, de 13 de noviembre (Transporte sanitario) y el RD 453/87, de 3 de abril (Parque Móvil Ministerial).

<sup>24</sup> Por ejemplo, RD 495/80, de 14 de marzo (Metropolitano de Madrid) y RD 405/81, de 10 de marzo (Metropolitano de Barcelona).

<sup>25</sup> RD 266/80, de 8 de febrero (RENFE); Decreto 6/82 del Gobierno Vasco, de 1 de febrero (Ferrocarriles vascos); y RD 359/84, de 22 de febrero (FEVE).

<sup>26</sup> Es el caso del RD 2878/83, de 16 de noviembre (Transportes aéreos). Vid., R. SÁNCHEZ SUÁREZ, «Doctrina jurisprudencial sobre servicios mínimos de carácter esencial, a mantener en situaciones de huelga en el transporte aéreo», en *Revista del Ministerio de Transportes, Turismo y Comunicaciones*, 1990, núm. 47, pp. 34-45.

<sup>27</sup> RD 323/91, de 15 de marzo (Transporte marítimo nacional). Para F. J. CARBONELL RODRÍGUEZ, «El ejercicio del derecho de huelga en la marina mercante», en *RT*, 1988, núm. 92, p. 121, no cualquier actividad llevada a cabo mediante la marina mercante merece la calificación de servicio esencial.

<sup>28</sup> Es el caso del RD 2878/83, de 16 de noviembre (Transporte aéreo regular y no regular).

por caso qué tipo de transporte no regular se presta: no es lo mismo un vuelo chárter en un periodo de vacaciones, en el que los vuelos regulares sean insuficientes y los chárter sean su complemento indispensable, que uno destinado a asistir a un partido de fútbol; como tampoco es lo mismo el transporte discrecional de turistas desde los aeropuertos hasta los hoteles y viceversa en una zona donde los transportes regulares sean claramente insuficientes —v. gr. isla de Tenerife— que las excursiones turísticas efectuadas en transporte discrecional<sup>29</sup>.

El transporte no regular será esencial cuando por las circunstancias que sea el mismo contribuya inequívocamente a satisfacer el derecho fundamental a la libertad de circulación. En la mayoría de los casos, no obstante, no merecerá la calificación de esencialidad, pues más que a satisfacer la libertad de circulación se dirigirá a permitir el ocio, que ni es un derecho fundamental ni un bien constitucionalmente protegido.

Por lo que a las mercancías se refiere, la autoridad gubernativa ha declarado en reiteradas ocasiones la esencialidad de los transportes de mercancías por distintos medios<sup>30</sup>. Ahora bien, la esencialidad no puede derivar de la libertad de circulación del artículo 19 CE, que no se predica de las cosas sino de las personas. La clave en esta modalidad de transporte es qué tipo de mercancías se transportan. El transporte de la totalidad de mercancías no puede considerarse esencial, pues eso situaría al comercio y a la economía nacional entre los bienes capaces de limitar el derecho fundamental de huelga, capaces de integrar el concepto de esencialidad, con la consecuencia última de que todas las actividades económicas importantes serían esenciales por el sólo hecho de incidir en la economía nacional.

---

Tanto el proyecto inicial del gobierno socialista como el PLOH aludían únicamente a los transportes regulares. La Ley italiana 146/90 se limita a hablar de los transportes, sin más aclaraciones.

<sup>29</sup> La problemática del transporte discrecional por carretera de la isla de Tenerife ha sido abordada por mí en un reciente Dictamen elaborado para el Cabildo Insular de Tenerife. Dicho dictamen aparecerá publicado próximamente en los *Anales de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Laguna*, bajo el título «La huelga en el transporte discrecional por carretera de la isla de Tenerife: servicios mínimos y arbitraje obligatorio».

<sup>30</sup> Así, el RD 323/91, de 15 de marzo (Transporte marítimo nacional regular de cabotaje de pasajeros y mercancías).

Tanto el proyecto inicial del gobierno socialista como el PLOH se limitaban al transporte de pasajeros, sin aludir a las mercancías. La Ley italiana 146/90 no contiene aclaración al respecto. J. COSCUBIELA I CONESA y M. A. FALGUERA I BARÓ, «El ejercicio del ...», op. cit., p. 364, aluden exclusivamente al transporte de pasajeros. En cambio, A. OJEDA AVILÉS, *Derecho Sindical*, op. cit., p. 486, habla en su propuesta de transporte de personas y cosas.

Descartada la posibilidad de que el transporte de mercancías sea esencial en bloque corresponde seleccionar las mercancías cuyo transporte sí es esencial. Desde luego es esencial el transporte de aquellas mercancías que permiten el mantenimiento de otros servicios esenciales: productos sanitarios, productos energéticos, productos alimentarios de primera necesidad, etc<sup>31</sup>.

Para el resto de mercancías la esencialidad vendrá marcada por el bien constitucional introducido por la STC 26/81, F. J. 10, a propósito del transporte ferroviario: «distribución de las mercancías necesarias para la ordenada y organizada vida comunitaria»<sup>32</sup>. De este modo, esencial es el transporte de aquellas mercancías necesarias para la ordenada y organizada vida comunitaria, que como se comprenderá es algo extraordinariamente difícil de determinar<sup>33</sup>. En todo caso, en el transporte de mercancías de poco sirve la eventual declaración de esencialidad, por la sencilla razón de que el sector está dominado por los trabajadores autónomos, que no ejercen el derecho a la huelga sino el derecho a la libertad de empresa y que hasta el momento no conocen técnicas limitativas semejantes a las establecidas al amparo del artículo 28.2 CE.

---

<sup>31</sup> A todos estos productos se refiere el RD 255/81, de 24 de febrero (Transporte terrestre de determinadas mercancías en la provincia de Barcelona). La STS (3ª), 24-11-99, Ar. 8809, F. J. 3, ha admitido la esencialidad del transporte terrestre de combustibles.

<sup>32</sup> En relación con el transporte aéreo, las SSTC 51/86 y 43/90 han considerado esencial el transporte de correo y el de productos perecederos.

En relación con el transporte marítimo, el RD 323/91, de 15 de marzo, sobre garantía de prestación de servicios mínimos en el transporte marítimo nacional regular de cabotaje de pasajeros y mercancías, justifica la esencialidad del transporte regular de cabotaje de mercancías acudiendo al bien constitucional mencionado por la STC 26/81, es decir, el abastecimiento que resulte imprescindible para una ordenada vida comunitaria.

<sup>33</sup> En esa difícil determinación puede otorgarse un régimen especial a los territorios más “aislados” —en el caso de España, las islas Baleares y Canarias y Ceuta y Melilla—. Así lo hacía el proyecto inicial del gobierno socialista, cuando establecía: «{...} suministro de materias y productos imprescindibles para el abastecimiento de la población y el normal desarrollo de la actividad económica de dichos territorios». También el PLOH, que era más escueto y establecía: «{...} suministro de productos imprescindibles para el abastecimiento de la población es esos territorios». La Ley italiana 146/90 dedica un artículo específico a esta cuestión —art. 3—, en términos parecidos a los empleados por el proyecto inicial del gobierno socialista, si bien limitando el transporte de productos destinados al proceso productivo a aquéllos necesarios para la continuidad de las actividades que en sí mismas sean esenciales. La opción que aquí se comparte es la de la normativa italiana. Sobre la misma, véase, por todos, M. V. BALLESTRERO, en U. Romagnoli y M. V. Ballestrero, *Norme sull'esercizio ...*, op. cit., pp. 178-179. Consecuencia fundamental de esa opción es que si el desabastecimiento afectase a mercancías destinadas a procesos productivos no esenciales la única manera de reaccionar sería recurrir al arbitraje obligatorio, siempre que se diesen las exigentes circunstancias del artículo 10.1 DLRT.

Para cerrar el área del Transporte, no sólo son esenciales los medios de transporte público, sino también las estructuras administrativas e infraestructuras que lo posibilitan. Se trata de un ejemplo paradigmático de lo que en Italia se denominan servicios instrumentales a los servicios esenciales<sup>34</sup>. Así, y sin ánimo exhaustivo, han merecido la calificación de esencial, no siempre justificada: las autopistas de peaje<sup>35</sup>; las estaciones de transporte público<sup>36</sup>; la Dirección General de Tráfico y las Jefaturas Provinciales<sup>37</sup>; los servicios aeroportuarios y de tránsito aéreo<sup>38</sup>; los puentes móviles<sup>39</sup>; los puertos<sup>40</sup>; el Instituto Nacional de Meteorología<sup>41</sup>; y otros servicios de obras públicas<sup>42</sup>.

En el área de las Comunicaciones y de los Medios de Información, conectadas funcionalmente con los derechos fundamentales a la libertad de comunicación y a la libertad de información, han sido considerados esenciales los siguientes servicios: comunicaciones telefónicas, en sus distintas modalidades<sup>43</sup>; comunicaciones postales y telegráficas<sup>44</sup>; medios de información audiovisuales, con su variada gama de modalidades<sup>45</sup>; y medios de información escritos<sup>46</sup>.

---

<sup>34</sup> Vid., por todos, E. ALES, «Le finalità della ...», op. cit., p. 12.

<sup>35</sup> RD 1554/82, de 18 de junio (Todas las autopistas de peaje). Es discutible que las autopistas de peaje sean un verdadero servicio esencial, ya que todas las autopistas tienen vías públicas alternativas que posibilitan la libertad de circulación, aunque sea con suma incomodidad y lentitud. Cosa distinta es que el personal de autopista tenga que prestar servicios de seguridad y mantenimiento *ex* artículo 6.7 DLRT.

<sup>36</sup> RD 635/84, de 26 de marzo (Transportes públicos por carretera regular y discrecional con itinerario prefijado, así como estaciones de transporte público).

<sup>37</sup> RD 1475/88, de 9 de diciembre (Dirección general de tráfico y jefaturas provinciales). Una lectura de las prestaciones que esta disposición considera lleva claramente a la conclusión de que no hay un verdadero servicio esencial sino un servicio público no esencial.

<sup>38</sup> Es el caso del RD 776/85, de 25 de mayo (Servicios aeroportuarios y de tránsito aéreo).

<sup>39</sup> Como el puente de la bahía de Cádiz, según el RD 771/80, de 18 de abril.

<sup>40</sup> RD 58/94, de 21 de enero (Puertos). La lectura de esta disposición permite llegar a la conclusión de que está pensando más en la protección de bienes como el comercio exterior o la economía nacional que la libertad de circulación o el abastecimiento de productos de primera necesidad, por lo que buena parte de las prestaciones que se consideran esenciales en realidad no lo son.

<sup>41</sup> RD 2717/79, de 23 de noviembre (Instituto nacional de meteorología).

<sup>42</sup> Es el caso del RD 1476/88, de 9 de diciembre (Puertos, costas, obras hidráulicas, carreteras e instituto geográfico nacional). En realidad, sólo algunas de las prestaciones consideradas esenciales merecen tal calificación.

<sup>43</sup> RD 2545/85, de 27 de diciembre (Teléfonos).

<sup>44</sup> RD 556/87, de 24 de abril (Correos y Telégrafos).

<sup>45</sup> Hay multitud de disposiciones que se refieren a RTVE —por ejemplo, el RD 2393/96, de 22 de noviembre— y a las televisiones autonómicas —entre otras muchas, la Orden catalana de 25 de enero de 1994—. También pueden mencionarse, por ejemplo, el RD 1501/91, de 18 de octubre (Retevisión) y el RD 57/94, de 21 de enero (Hispasat).

En los frustrados textos de 1992-93 —propuesta sindical, siguiendo a la ley italiana, y PLOH— sólo se consideraban esenciales los servicios públicos de telecomunicación, postales y telegráficos y los



De todas las grandes áreas de esencialidad seguramente la más compleja desde el punto de vista técnico sea la de la Energía<sup>47</sup>. Dentro de la misma, conectada funcionalmente con varios derechos fundamentales, especialmente con los derechos a la vida, a la integridad y a la salud, se incluyen los siguientes servicios esenciales: la producción y suministro de electricidad<sup>48</sup>, de combustibles gaseosos<sup>49</sup> y de combustibles derivados del petróleo<sup>50</sup>. Al hablar de producción y suministro la esencialidad afecta tanto a las organizaciones productoras como a las distribuidoras, transportistas y de venta al público<sup>51</sup>.

En cuanto al área de las Finanzas, han sido considerados esenciales: el Banco de España<sup>52</sup>; la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre<sup>53</sup>; el servicio de aduanas e impuestos especiales<sup>54</sup>; y el servicio marítimo de vigilancia aduanera<sup>55</sup>. La esencialidad de estos servicios financieros del Estado es más que discutible, pues no

---

servicios informativos de la radio y la televisión públicas. En el mismo sentido, J. COSCUBIELA I CONESA y M. A. FALGUERA I BARÓ, «El ejercicio del ...», op. cit., p. 364.

A lo largo de esta investigación se utiliza con frecuencia la actuación de la autoridad gubernativa en RTVE como ejemplo paradigmático de intervención antijurídica. También en Italia este servicio está rodeado de polémica. Vid., a este propósito, F. SANTONI, «Diritto all'informazione e sciopero nel servizio pubblico radiotelevisivo», en *Il Diritto del Lavoro*, 1996 I, pp. 133 ss.

<sup>46</sup> RD 1481/88, de 9 de diciembre (Boletín Oficial del Estado). En realidad, a través del BOE se satisfacen más que los derechos a la libertad de expresión y a la libertad de información el bien constitucional seguridad jurídica.

<sup>47</sup> La sofisticada tecnología utilizada en este sector permite mantener el suministro con un porcentaje de trabajadores muy reducido. En este sentido, M. V. BALLESTRERO, en U. Romagnoli y M. V. Ballestrero, *Norme sull'esercizio ...*, op. cit., p. 78.

<sup>48</sup> Es el caso del RD 1170/88, de 7 de octubre (Empresas afectas al servicio público de suministro de energía eléctrica), que deroga los Reales Decretos que habían declarado la esencialidad de cada una de las empresas eléctricas.

<sup>49</sup> RD 1478/88, de 9 de diciembre (Suministro de combustibles gaseosos por canalización y de gases licuados del petróleo en granel y envasado), que deroga varios Reales Decretos que se habían ocupado parcialmente de este sector.

<sup>50</sup> RD 1477/88, de 9 de diciembre (Empresas de refino de petróleo), que deroga varios RR.DD, que se habían ocupado por separado de las distintas empresas que operan en este sector. También hay que aludir al RD 425/93, de 26 de marzo (Empresas de distribución, comercialización y transporte de productos petrolíferos), que incluye, entre otras empresas, a las siempre polémicas estaciones de servicio.

<sup>51</sup> Tanto el proyecto inicial del gobierno socialista como el PLOH limitaban los suministros energéticos al uso doméstico, a la locomoción y al funcionamiento de otras actividades esenciales, como la sanidad, la educación, etc. De esta manera se excluye el suministro energético destinado a los procesos productivos que no sean en sí mismos esenciales. En casos extremos de paralización de los procesos productivos no esenciales a lo que podría recurrirse es al arbitraje obligatorio. Por otra parte, siempre está abierta la posibilidad de la autodisciplina sindical, que como sabe no tiene por qué limitarse al ámbito de los servicios esenciales.

<sup>52</sup> RD 993/83, de 20 de abril (Banco de España).

<sup>53</sup> RD 1138/84, de 11 de abril (Fábrica Nacional de Moneda y Timbre).

<sup>54</sup> RD 642/88, de 24 de junio (Aduanas e impuestos especiales).

<sup>55</sup> RD 3/89, de 13 de enero (Servicio marítimo de vigilancia aduanera).

se sabe muy bien cuáles son los derechos fundamentales o los bienes constitucionales que justifican la esencialidad<sup>56</sup>. Por otra parte, el hecho de que no sean servicios esenciales no implica que no haya manera alguna de reaccionar frente a las huelgas que paralicen tan importantes servicios. Se está pensando, obvio es decirlo, en el arbitraje obligatorio *ex* artículo 10.1 DLRT.

En el área de la Educación<sup>57</sup>, conectada funcionalmente con el derecho fundamental a la educación, han sido considerados servicios esenciales: las universidades públicas<sup>58</sup>; los centros docentes públicos no universitarios<sup>59</sup>; las escuelas infantiles públicas<sup>60</sup>; y los centros públicos de educación especial<sup>61</sup>. Además, y esto es difícilmente defendible, los comedores escolares de los centros públicos<sup>62</sup> y el centro de proceso de datos del Ministerio de Educación<sup>63</sup>.

---

<sup>56</sup> Ni el PLOH ni el Acuerdo Vasco mencionan este área de esencialidad. Sólo el Derecho italiano —1.2.c) de la Ley 146/90— considera esenciales una parte mínima de los servicios financieros, concretamente el pago de las prestaciones de protección social y el pago de salarios u otros ingresos vitales. Sobre esas prestaciones esenciales, vid., M. V. BALLESTRERO, en U. Romagnoli y M. V. Ballestrero, *Norme sull'esercizio ...*, op. cit., pp. 80-82, quien advierte de la peligrosa e inaceptable ampliación que en la práctica se ha producido alcanzado la esencialidad de manera global a los servicios bancarios.

<sup>57</sup> J. J. DÍEZ SÁNCHEZ, *El derecho de ...*, op. cit., pp. 183 ss., considera esencial tanto la enseñanza impartida en los centros públicos como en los privados. J. COSCUBIELA I CONESA y M. A. FALGUERA I BARÓ, «El ejercicio del ...», op. cit., p. 364, limitan la esencialidad a la educación obligatoria pública o concertada de 3 a 16 años. A. OJEDA AVILÉS, *Derecho Sindical*, op. cit., pp. 485-486, simplemente no considera esencial la educación en su propuesta.

No parece necesario restringir la esencialidad a la realización de exámenes, como hacía el PLOH. El proyecto inicial del gobierno socialista mencionaba tanto la educación como la evaluación. La Ley italiana 146/90 si bien se refiere expresamente a la realización de exámenes no excluye la esencialidad de otras prestaciones. Tan esencial es la realización de exámenes como la asistencia a clases. Cosa distinta es que a la hora de adoptar medidas garantizadoras no sea lo mismo una huelga durante el periodo de exámenes, que seguramente exigirá servicios mínimos, que una huelga fuera de ese periodo y que tuviera una corta duración, que seguramente no requerirá servicios mínimos.

<sup>58</sup> RD 1479/88, de 9 de diciembre (Universidades).

<sup>59</sup> RD 417/88, de 29 de abril (Centros docentes públicos no universitarios).

<sup>60</sup> Resolución de la Delegación del Gobierno en Madrid, de 10 de diciembre de 1988 (Escuelas infantiles de la Comunidad de Madrid).

<sup>61</sup> RD 999/84, de 28 de marzo (Centros de educación especial). Mediante estos centros se satisfacen además del derecho a la educación el derecho a la vida, a la integridad y a la salud y el derecho a la integración de los disminuidos.

<sup>62</sup> Por ejemplo, la Resolución del correspondiente órgano de la Junta de Andalucía de 31 de octubre de 1991 (Comedores escolares de centros públicos dependientes de la Junta andaluza). Aquí no hay esencialidad que valga, y la mejor prueba es que no todos los centros escolares tienen comedores. Por otra parte, la conexión de estos comedores con el derecho a la integridad física y a la salud de los escolares y con el derecho al trabajo de los padres es no ya indirecta sino tangencial, por lo que no sirve para justificar su esencialidad.

<sup>63</sup> RD 1098/86, de 6 de junio (Centro de proceso de datos del MEC). En la exposición de motivos de esta disposición la esencialidad se conecta con derechos constitucionales como el derecho a una

También ha sido considerado esencial el transporte escolar, no tanto por el derecho a la libertad de circulación como por el derecho a la educación<sup>64</sup>.

En el campo de la Administración Social, conectada con los derechos fundamentales a la vida y a la salud y con el derecho a la protección social —art. 41 CE, principalmente—, se encuadran los siguientes servicios esenciales: la Seguridad Social<sup>65</sup>; la Asistencia Social y los Servicios Sociales<sup>66</sup>; y el INEM<sup>67</sup>.

Otro área de esencialidad puramente administrativa es la formada por la Administración de Justicia y por la Administración Penitenciaria, a través de las cuales se satisfacen distintos derechos fundamentales, como la libertad y seguridad, la tutela judicial efectiva, y también el principio constitucional de la seguridad jurídica. Han sido considerados servicios esenciales la propia Administración de Justicia<sup>68</sup>, el CGPJ<sup>69</sup>, el TC<sup>70</sup> y las Instituciones penitenciarias<sup>71</sup>. *De lege ferenda*, sería conveniente acabar con las dudas que en la actualidad existen en torno a jueces,

---

remuneración suficiente y como el derecho a la promoción en el trabajo. Recuérdese que en el apartado anterior se rechaza que esos derechos puedan justificar la esencialidad de un servicio.

<sup>64</sup> Por poner sólo un par de ejemplos, puede citarse el Decreto de la Xunta de Galicia 61/85, de 18 de abril, y la Orden de la Consejería de Turismo, Transportes y Comunicaciones e Industria de Cantabria, de 3 de octubre de 1997. Por si hubiera alguna duda admite sin ambages la esencialidad del transporte escolar la STS (3ª), 24-11-99, Ar. 8809, F. J. 3.

<sup>65</sup> RD 2739/83, de 19 de octubre (Entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social) y RD 1479/88, de 9 de diciembre (Administración del Estado, Administración de la Seguridad Social y Universidades). Téngase en cuenta que a estos efectos se excluye de la Seguridad Social tanto a la Sanidad, que constituye un área de esencialidad específica, como al INEM.

Para el PLOH sólo era esencial el pago de las prestaciones públicas de protección social: pensiones, subsidios, indemnizaciones, etc. En la misma línea se sitúa la Ley italiana 146/90, si bien ésta va más allá e incluye también a los servicios bancarios que fuesen necesarios para el pago de las prestaciones públicas de protección social, así como de los salarios u otros ingresos vitales.

<sup>66</sup> Por ejemplo, el RD 866/84, de 9 de mayo (Centros públicos del Instituto Nacional de Asistencia Social).

<sup>67</sup> RD 362/84, de 22 de febrero (INEM).

<sup>68</sup> RD 755/87, de 19 de junio (Administración de Justicia).

El PLOH establecía la siguiente limitación: «La administración de justicia en lo referente a actuaciones concernientes a la libertad y seguridad de las personas». En el mismo sentido, J. COSCUBIELA I CONESA y M. A. FALGUERA I BARÓ, «El ejercicio del ...», op. cit., p. 364. En la Ley italiana 146/90 esa misma alusión no impide la consideración de otras posibles prestaciones esenciales dentro de la Administración de Justicia.

<sup>69</sup> Acuerdo del Consejo General del Poder Judicial, de 16 de junio de 1993.

<sup>70</sup> Acuerdo del Tribunal Constitucional, de 12 de diciembre de 1988.

<sup>71</sup> RD 1642/83, de 1 de junio (Instituciones penitenciarias).

magistrados y fiscales reconociéndoles el derecho de huelga, sin perjuicio de considerar esencial su actividad<sup>72</sup>.

Se ha dejado para el final un área de esencialidad que actúa como cajón de sastre y a la que se puede denominar Administración y demás Poderes Públicos. Dentro de la Administración se incluyen todos aquellos servicios que formen parte de la misma y que no hayan sido ya incluidos en alguna de las áreas anteriores<sup>73</sup>. Así, han sido consideradas esenciales la Administración General del Estado<sup>74</sup>, las Administraciones de las distintas CC.AA.<sup>75</sup> y las Administraciones Locales —Ayuntamientos, Diputaciones y otras entidades—<sup>76</sup>.

La experiencia vigente arroja un resultado especialmente insatisfactorio en este campo, y es que la autoridad gubernativa ha considerado esenciales prácticamente todos los servicios que integran las distintas Administraciones Públicas —Administración General del Estado, Administraciones Autonómicas y Administraciones Locales—, independientemente de que a través de los mismos se satisfagan o no derechos fundamentales. La autoridad gubernativa ha acogido en la práctica los criterios de

---

<sup>72</sup> Sin necesidad de proceder a la reforma del 127.1 CE, J. SÁNCHEZ PEGO, «La huelga en la función pública y las huelgas judiciales», en AA.VV., *El nuevo régimen jurídico de la huelga y el cierre patronal*, CGPJ, Madrid, 1993, pp. 284 ss., estima que los jueces, magistrados y fiscales son titulares del derecho fundamental de huelga, sin perjuicio de considerar que sus funciones son esenciales y que, en consecuencia, han de ser generosamente mantenidas. Igualmente, A. OJEDA AVILÉS, «Derecho de huelga de Jueces, Magistrados y Fiscales», en *AL*, 1993-1, pp. 87-92. En el mismo sentido, entre otros, J. L. MONEREO PÉREZ, «Límites subjetivos del ...», op. cit., pp. 99 ss. y R. GONZÁLEZ DE LA ALEJA, *La titularidad del ...*, op. cit., pp. 354 ss. Por contra, sostienen que los jueces, magistrados y fiscales no son, ni pueden ser sin reforma constitucional, titulares del derecho fundamental de huelga, luego de conectar ineludiblemente los derechos de libertad sindical y huelga, entre otros, A. BAYLOS GRAU, *Derecho de huelga y ...*, op. cit., p. 81 y M. C. PALOMEQUE LÓPEZ, *Derecho Sindical Español*, op. cit., pp. 304-305.

Para M. V. BALLESTRERO, en U. Romagnoli y M. V. Ballestrero, *Norme sull'esercizio ...*, op. cit., p. 79, la esencialidad de la Administración de Justicia en Italia supone el reconocimiento del derecho de huelga de los jueces.

<sup>73</sup> Buena parte de los servicios que se han incluido en las anteriores áreas de esencialidad forman parte de la Administración Pública, como por ejemplo los centros sanitarios, los centros docentes, etc.

<sup>74</sup> RD 1479/88, de 9 de diciembre (Administración del Estado y organismos autónomos).

<sup>75</sup> Por poner sólo algunos ejemplos: Decreto de Castilla y León 239/88, de 12 de diciembre; Decreto de la Comunidad de Murcia 46/89, de 18 de mayo; Decreto de Aragón 215/96, de 3 de diciembre; Decreto de Castilla La-Mancha 137/96, de 9 de diciembre; y Decreto de Cantabria 124/96, de 11 de diciembre.

<sup>76</sup> Son muchas las disposiciones que declaran la esencialidad de distintos servicios municipales, sin bien al no publicarse resulta difícil su conocimiento. Una disposición que sí se publicó es la Orden de la Consejería de Trabajo de Cataluña, de 19 de abril de 1988, que se ocupa del Ayuntamiento de

continuidad de los servicios públicos y de protección del interés general, sin que los tribunales hayan reaccionado con la contundencia necesaria<sup>77</sup>. Criterios ajenos a la definición de servicios esenciales efectuada por el TC. Por otra parte, no puede argumentarse que el bien constitucional “ejercicio por los poderes públicos de sus funciones constitucionales”, puesto en relación con las Administraciones Públicas y con sus funciones *ex* artículo 103.1 CE, sirve para incluir los anteriores criterios en la definición de servicios esenciales, pues eso equivaldría a burlar por la puerta de atrás la inequívoca doctrina del TC que rechaza la equiparación entre los servicios públicos y los servicios esenciales<sup>78</sup>.

---

Hospitalet. En cuanto a las Diputaciones, citar, entre otras muchas, la Resolución del Presidente de la Diputación de Pontevedra, de 13 de mayo de 1991.

<sup>77</sup> Inaceptable resulta la STS (3ª), 19-2-91, Ar. 3176, F. J. 4, que señala la patente esencialidad de los servicios prestados por la Administración, sin aportar razonamiento convincente alguno. O la STSJ Galicia, contencioso-administrativo, 3-12-97, Aa. 2882, F. J. 1, para la que los servicios públicos tienen todos carácter esencial.

Por contra, la STS (3ª), 14-12-93, Ar. 9516, F. J. 5, cuestiona *obiter dicta* la esencialidad de ciertos servicios municipales: deportes, hacienda, escuelas infantiles, etc. También la STS (3ª), 24-6-94, Ar. 5192, F. J. 2, duda, *obiter dicta*, de la esencialidad de ciertos servicios administrativos municipales: biblioteca, personal, proceso de datos, secretaría general, registro e intervención. En la misma línea la STS (3ª), 16-1-95, Ar. 421, F. J. 4, alude, *obiter dicta*, a la falta de esencialidad de alguno de los servicios que presta la Administración. Para la STS (3ª), 6-6-98, Ar. 5523, F. J. 7, no todos los servicios municipales son esenciales.

De la relación entre los servicios esenciales y los servicios prestados por las distintas Administraciones Públicas me he ocupado en la comunicación presentada al XI Congreso Nacional de Derecho Del Trabajo, celebrado en Valencia, los días 19 y 20 de mayo de 2000, bajo el título «Servicios esenciales y Administraciones Públicas» (pendiente de publicación). Igualmente, *vid.*, *supra*, capítulo segundo, apartado C, epígrafe 3.c.

<sup>78</sup> *Vid.*, *supra*, capítulo segundo, apartado C, epígrafe 3.c.

De haber prosperado el proyecto inicial de regulación del derecho de huelga del gobierno socialista —art. 15.1.8º, en relación con art. 103.1 CE— es probable que la totalidad de actividades de la Administración hubiera ingresado en el campo de los servicios esenciales, como consecuencia del bien constitucional “desarrollo por la Administración Pública de sus funciones constitucionales”. J. J. DÍEZ SÁNCHEZ, «El ejercicio del derecho de huelga en el ámbito de la función pública», en AA.VV., *Ley de huelga*, ISE, Madrid, 1993, pp. 247-248, criticaba, en mi opinión acertadamente, la anterior previsión del proyecto del gobierno socialista por su ambigüedad, amplitud y generalidad. Anteriormente había criticado la inclusión genérica de la Administración pública, T. SALA FRANCO, «La huelga en ...», *op. cit.*, p. 14.

En el PLOH — art. 11.2.18— se cambia de óptica y se limita la esencialidad de la Administración Pública a aquellas actividades mediante las que se satisfagan derechos fundamentales. En todo caso, para I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, *El proyecto de ...*, *op. cit.*, pp. 38-39, seguía existiendo gran indeterminación.

El bien constitucional antes mencionado también estaba presente en el “proyecto” de regulación de 1987. Al mismo se refieren, F. DURÁN LÓPEZ, *Autorregulación de servicios ...*, *op. cit.*, p. 87 y M. C. PALOMEQUE LÓPEZ, «La determinación legislativa ...», *op. cit.*, p. 204. En cambio, no lo incluyen en sus propuestas, ni J. COSCUBIELA I CONESA y M. A. FALGUERA I BARÓ, «El ejercicio del ...», *op. cit.*, p. 364 ni A. OJEDA AVILÉS, *Derecho Sindical*, *op. cit.*, pp. 485-486.

En cuanto a los demás Poderes Públicos, han sido considerados esenciales el Congreso de los Diputados<sup>79</sup>, el CGPJ y el TC, si bien los dos últimos han sido ya incluidos en otra área de esencialidad.

---

<sup>79</sup> Acuerdo de la Mesa del Congreso de los Diputados, de 19 de mayo de 1992.

## **E. CONCEPTO DE MANTENIMIENTO DE LOS SERVICIOS ESENCIALES**

Con el concepto de servicios esenciales se conoce el ámbito en el que el derecho de huelga es objeto de una regulación adicional. Sin embargo, ese concepto por sí solo no sirve para aclarar el sentido o alcance de la regulación. Es aquí donde el concepto de mantenimiento de los servicios esenciales cobra sentido, pudiendo afirmarse que el mismo actúa como principio guía del contenido material de la regulación adicional tantas veces mencionada.

### **1. MODELOS TEÓRICOS DE REGULACIÓN DE LA HUELGA EN LOS SERVICIOS ESENCIALES Y CONCEPTO DE MANTENIMIENTO**

Puesto que se acaba de decir que el concepto de mantenimiento sirve para conocer el sentido o alcance de la regulación adicional que el derecho de huelga experimenta en el ámbito de los servicios esenciales, lo primero que hay que hacer es plantearse desde una perspectiva teórica los posibles contenidos puros de esa regulación<sup>1</sup>. Así, el primer modelo estaría caracterizado por la inexistencia de particularidad jurídica alguna en la huelga ejercida en el ámbito de los servicios esenciales, lo que conllevaría que los intereses de los usuarios de esos servicios no tendrían instrumento jurídico específico alguno de protección, debiendo contentarse con los instrumentos genéricos, como por ejemplo el abuso del derecho. Este modelo es más teórico que real y si durante mucho tiempo no hubo una regulación de la huelga en los servicios esenciales es porque al tener las normas generales carácter prohibitivo no era necesario establecer regulaciones prohibitivas específicas.

EL segundo modelo consistiría lisa y llanamente en la prohibición de la huelga en los servicios esenciales, lo que supondría otorgar preferencia absoluta a los intereses de los usuarios frente a los de los trabajadores. Esta posibilidad teórica se aplica en numerosos países, normalmente en vías de desarrollo, y cuenta con la aprobación del CLS de la OIT, eso sí, siempre que se circunscriba a la acepción estricta de servicios esenciales<sup>2</sup>, que no ha sido la acogida por el TC español.

---

<sup>1</sup> Estas posibles opciones de política del derecho son mencionadas por M. C. PALOMEQUE LÓPEZ y M. ÁLVAREZ DE LA ROSA, *Derecho del Trabajo*, op. cit., p. 579.

<sup>2</sup> En efecto, el CLS de la OIT posibilita tanto la restricción como la prohibición del derecho de huelga en el ámbito de los servicios esenciales en su acepción más estricta. Ahora bien, en el caso de la prohibición el criterio determinante es más exigente que en el de la restricción, siendo necesario que

El tercer modelo estaría basado en la compatibilidad entre los intereses de los huelguistas y los de los usuarios de los servicios, lo que comportaría restricciones tanto para el ejercicio del derecho de huelga como para los derechos fundamentales de los usuarios. Este modelo es el aplicado en la mayoría de los países desarrollados, como Alemania e Italia, y también cuenta con el beneplácito del CLS de la OIT<sup>3</sup>.

Ni qué decir tiene que las anteriores propuestas teóricas, como modelos puros que son, admiten toda una variada gama de combinaciones, dando lugar a modelos mixtos en los que puede predominar alguna de las soluciones teóricas puras anteriormente apuntadas. El mejor ejemplo de modelo mixto lo constituye Francia, tal y como después se verá.

Puesto que la referencia constitucional al mantenimiento de los servicios esenciales tiene, al igual que el propio reconocimiento del derecho de huelga, eficacia inmediata, resulta lógico plantearse si tal referencia conduce necesariamente a alguno de los modelos puros anteriormente vistos. Los argumentos a favor del modelo de compatibilidad de intereses son más que suficientes. En primer lugar, y a la espera de la definición que después se dará, los términos empleados por el artículo 28.2 CE —«La ley que regule el ejercicio de este derecho establecerá las garantías necesarias para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad»— parecen exigir una solución equilibrada de los intereses en conflicto<sup>4</sup>. En segundo lugar, la propia evolución del Ordenamiento español en esta materia, del Decreto de 1975 al DLRT de 1977, camina en el sentido apuntado, pues se pasa de la ilicitud de la huelga en los servicios públicos y en los servicios de reconocida e inaplazable necesidad a su

---

exista una amenaza evidente e inminente para la vida, la seguridad o la salud de toda o parte de la población. En todo caso, la prohibición debe ir acompañada de procedimientos adecuados de solución de los conflictos. Vid., a estos efectos, OIT, *La libertad sindical ...*, op. cit., párrafos 526, 540 y 546-553.

<sup>3</sup> En los países indicados y en muchos más el principio guía en esta materia es el de la compatibilidad de los intereses en conflicto, difiriendo, eso sí, los conceptos y las soluciones técnicas adoptadas a ese fin.

En cuanto al CLS de la OIT, si permite la prohibición a mayor razón permite la restricción. Por otra parte, fuera del concepto estricto de servicios esenciales se exige necesariamente una solución equilibrada, descartándose la prohibición del derecho de huelga.

<sup>4</sup> Ya se verá después cómo el TC, en sus sentencias 51/86 y 53/86, ha acudido a interpretaciones lexicológicas en esta materia.



admisibilidad sujeta a restricciones específicas<sup>5</sup>. En tercer lugar, la experiencia de los países de nuestro entorno, singularmente de Italia, hacía aconsejable la solución equilibrada<sup>6</sup>.

En cuarto lugar, y éste es un argumento especialmente importante, el carácter constitucional del derecho de huelga y el carácter igualmente constitucional de los intereses de los usuarios de los servicios esenciales implica que tras la huelga en los servicios esenciales haya un típico conflicto de intereses de relieve constitucional, y en esos conflictos, según doctrina y jurisprudencia<sup>7</sup>, lo normal es intentar encontrar un equilibrio entre los intereses enfrentados, que implique su compatibilidad con el menor sacrificio posible para los mismos.

---

<sup>5</sup> Aunque los servicios esenciales de un lado y los servicios públicos y los servicios de reconocida e inaplazable necesidad de otro no sean sinónimos a estos efectos pueden ser equiparados.

<sup>6</sup> El país donde con mayor claridad se ha establecido la equilibrada composición de intereses es Italia, habiéndola incluso plasmado en el artículo 2.1 de la Ley 146/90, en los siguientes términos: «Allo scopo di contemperare l'esercizio del diritto di sciopero con il godimento dei diritti della persona, costituzionalmente tutelati, di cui al comma I°, la presente legge {...}». Plasmación legal que no hace sino recoger la doctrina sentada por la jurisprudencia constitucional, especialmente la sentencia 222/76, y la experiencia de la autorregulación, principalmente. Téngase en cuenta, además, que la primera jurisprudencia constitucional, la de los años sesenta, no partía de la compatibilidad de intereses sino de la supremacía de los intereses de relieve constitucional de los usuarios. La evolución jurisprudencial y su plasmación en la Ley 146/90 pueden verse en R. NANIA, *Sciopero e sistema ...*, op. cit., pp. 20 ss. Para M. V. BALLESTRERO, en U. Romagnoli y M. V. Ballestrero, *Norme sull'esercizio ...*, op. cit., pp. 73-74 y 149, del precepto 1.2 de la ley italiana 146/90 se deduce claramente que el legislador italiano está partiendo de la consideración de que no existen intereses constitucionales preeminentes a los defendidos por los huelguistas, a diferencia de lo entendido por el Tribunal Constitucional italiano en sede de interpretación de los artículos 330 y 333 del Código Penal, precisamente derogados por la ley 146/90. Cfr., igualmente, A ALES, «La finalità della ...», op. cit., pp. 5-7, quien recoge las distintas posturas que la doctrina ha mantenido en torno a la finalidad equilibrada de la Ley 14/90: algunos autores entienden que el equilibrio de los intereses en conflicto es *per se* la finalidad de la Ley, mientras otros, en cambio, que dicho equilibrio no es sino el instrumento para llevar a cabo la verdadera finalidad de la Ley, a saber, la protección de los intereses de los usuarios.

<sup>7</sup> Véase, en este sentido, entre otros muchos, R. L. SORIANO DÍAZ, «Las limitaciones al ...», op. cit., p. 207; J. J. SOLOZABAL ECHAVARRÍA, «Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales», en *Revista de Estudios Políticos*, 1991, núm. 71, pp. 98-99; P. HÄBERLE, *Le libertà fondamentali ...*, op. cit., pp. 62 ss.; F. FERNÁNDEZ SEGADO, «La teoría jurídica ...», op. cit., p. 239; L. AGUIAR DE LUQUE, «Los límites de ...», op. cit., pp. 27 ss.; y M. MEDINA GUERRERO, *La vinculación negativa ...*, op. cit., pp. 89 ss.

En cuanto a la jurisprudencia, por ejemplo, la STC 196/87, que establece: «{...} el legislador tiene el deber de armonizar mediante fórmulas que permitan la adecuada protección de cada uno de ellos {derechos fundamentales} a través de limitaciones coordinadas y razonables, evitando el desequilibrio del orden constitucional que ocasiona la prevalencia absoluta e ilimitada de uno sobre los demás, los cuales resultarían así desconocidos y sacrificados con grave quebranto de los mandatos constitucionales que imponen a todos los poderes públicos el deber de protegerlos y hacerlos efectivos en coexistencia con todos aquellos otros con los que concurran» (F. J. 7).

En coherencia con la solidez de los argumentos que se han dado, antes de que el TC se pronunciara con rotundidad la doctrina<sup>8</sup>, la jurisprudencia ordinaria<sup>9</sup> y la autoridad gubernativa<sup>10</sup> admitían sin problemas la incardinación del Ordenamiento español en el modelo de compatibilidad de intereses.

## 2. LA DEFINICIÓN DEL CONCEPTO DE MANTENIMIENTO DADA POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Ya se sabe el modelo de regulación que subyace a la fórmula constitucional «mantenimiento de los servicios esenciales»<sup>11</sup>, pero todavía no se conoce con exactitud cómo ha sido interpretado este concepto jurídico indeterminado. Por supuesto, esta labor no ha podido ser llevada a cabo por el inactivo legislador orgánico, lo que de nuevo remite al Tribunal Constitucional.

La primera aproximación que el TC efectúa a este tema es absolutamente desacertada, ya que parte de la base de que los intereses de los usuarios de los servicios esenciales son prioritarios a los intereses de los huelguistas, que, lógicamente, han de ceder, en lugar de considerar que la fórmula empleada por la Constitución española implica la búsqueda de un equilibrio entre los intereses en conflicto. Concretamente entiende el TC:

---

<sup>8</sup> Especial consideración merece a este respecto A. MARTÍN VALVERDE, «El derecho de ...», op. cit., p. 233, quien entendía: «{...} en la fórmula constitucional que estamos considerando la ponderación del interés de la comunidad no significa la supresión del derecho de huelga de los trabajadores ocupados en dichos servicios esenciales, sino sólo la previsión de “garantías precisas” para su “mantenimiento”, entre ellas, eventualmente, la limitación del ejercicio de dicho derecho». El mismo autor en «Regulación de la huelga en la Constitución» en AA.VV., *Los trabajadores y la Constitución*, Selsa, Madrid, 1980, pp. 202-203, entendía que el mantenimiento no conlleva una supresión del derecho, ni tan siquiera una limitación necesaria.

<sup>9</sup> La primera sentencia que se ocupó de esta materia, la SAN 6-6-80, cdo. 3 (texto íntegro en L. E. DE LA VILLA GIL, *Materiales para el ...*, op. cit., pp. 99-106), acogió un concepto de mantenimiento que aboga por la composición equilibrada de los intereses en conflicto.

<sup>10</sup> Las disposiciones de la autoridad gubernativa anteriores a las SSTC 11/81 y 26/81, a pesar de que utilizasen unos argumentos técnicamente poco depurados, tenían como objetivo hacer compatible el ejercicio del derecho de huelga con la satisfacción de los intereses esenciales de los usuarios y así lo expresaban en sus preámbulos. Como ejemplos significativos de plasmación del principio de la compatibilidad pueden citarse, entre otros, el RD 156/79, de 2 de febrero, sobre garantías de prestación de los servicios públicos hospitalarios de las entidades públicas, y el RD 446/79, de 9 de marzo, sobre garantías de prestación de servicios públicos de transporte regular de viajeros por carretera en la isla de Tenerife.

<sup>11</sup> Sobre el conflicto de derechos subyacente, véase, por todos, M. C. PALOMEQUE LÓPEZ y M. ÁLVAREZ DE LA ROSA, *Derecho del Trabajo*, op. cit., pp. 578-579.

«En la medida en que la destinataria y acreedora de tales servicios es la comunidad entera y los servicios son al mismo tiempo esenciales para ella, la huelga no puede imponer el sacrificio de los intereses de los destinatarios de los servicios esenciales. El derecho de la comunidad a estas prestaciones vitales es prioritario respecto del derecho a la huelga» (sentencia 11/81, F. J. 18).

Este primer pronunciamiento del TC se aparta de la filosofía subyacente al artículo 28.2 CE<sup>12</sup> y pese a ello, consciente o inconscientemente, ha sido seguido por el propio TC en sentencias posteriores<sup>13</sup> y por buena parte de la doctrina<sup>14</sup>.

---

<sup>12</sup> Critican al TC, es decir, consideran que no se está ante una cesión o preferencia sino ante una colisión o limitación de derechos de igual rango, con la consiguiente composición equilibrada de los mismos, entre otros, J. M. RAMÍREZ MARTÍNEZ, «El derecho de ...», op. cit., p. 12; J. L. MONEREO PÉREZ, *Configuración jurídica del ...*, op. cit., p. 281; S. TORRENTE GARI y M. A. SOLANS LATRE, «Servicios esenciales y huelga: la configuración constitucional de un derecho», en *Constitución y Derecho del Trabajo 1981-1991 (Análisis de 10 años de jurisprudencia constitucional)*, coordinada por M. R. Alarcón Caracuel, Marcial Pons, Madrid, 1992, pp. 375-376; y M. O. SÁNCHEZ MARTÍNEZ, *La huelga ante ...*, op. cit., p. 214, nota 221.

<sup>13</sup> El TC ha repetido en numerosas ocasiones esta doctrina, siendo la STC 123/90, la más clara al respecto, cuando establece: «Dada la primacía que sobre el derecho de huelga concede la Constitución al mantenimiento de los servicios esenciales {...}» (F. J. 5).

También el Tribunal Supremo ha recogido en numerosas ocasiones esta doctrina. Así, por todas, STS (5ª), 19-1-88, Ar. 285, F. J. 3 y STS (3ª), 19-12-88, Ar. 9996, F. J. 2.

Incluso la autoridad gubernativa se ha sumado a esta doctrina. Es el caso, por ejemplo, del preámbulo del RD 1479/1988, de 9 de junio (Administración del Estado, de la Seguridad Social y Universidades).

<sup>14</sup> Entre otros, siguen la posición del TC o al menos no la critican: F. BADENES VICENTE, *Los conflictos de ...*, op. cit., p. 20, quien entiende constitucionalizado el principio de prioridad del interés de la comunidad social sobre el interés profesional; A. MARTÍNEZ MARÍN, *El buen funcionamiento ...*, op. cit., pp. 86-87, quien considera que a pesar de la doctrina del TC se está prescindiendo en esta materia de la óptica del derecho de los usuarios al mantenimiento de los servicios en favor del derecho de los huelguistas; M. A. CAMPOS ALONSO, «Hacia una nueva regulación de la huelga. Las opciones del legislador de conformidad con el artículo 28.2 de la Constitución Española y con la doctrina del Tribunal constitucional», en AA.VV., *Estudios sobre la huelga*, ACARL, Madrid, 1992, pp. 34 y 36; J. C. CASSAGNE, *La huelga en ...*, op. cit., p. 36, quien extrae del principio de prioridad de los intereses de los usuarios consecuencias especialmente restrictivas para el derecho de huelga; M. ALONSO OLEA, «Huelga y mantenimiento ...», op. cit., pp. 201-202, quien lamenta que la prioridad de los intereses de los usuarios sea un argumento retórico que esconde la preferencia que en la práctica el TC está otorgando al ejercicio del derecho de huelga, cada vez que declara nulos, por razones formales, los actos de fijación de servicios mínimos objeto de su fiscalización; J. A. SAGARDOY BENGOCHEA, «La huelga en servicios ...», op. cit., pp. 193-194, con la consecuencia de que ante determinadas circunstancias el servicio haya de mantenerse íntegramente; J. RIVERO LAMAS, «La huelga en ...», op. cit., p. 210; J. GÁRATE CASTRO, «Derecho de huelga ...», op. cit., p. 5; M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, «La huelga en ...», op. cit., p. 122; y A. MARTÍN VALVERDE, «La doctrina general ...», op. cit., pp. 104-105.

Esta posición llegó a impregnar la propia filosofía del proyecto inicial de regulación de la huelga del gobierno socialista (1992), cuya memoria explicativa (p. 26) aludía expresamente al carácter prioritario del mantenimiento de los servicios esenciales, y a los derechos y bienes de prevalente protección constitucional, en contradicción con lo establecido en el punto 4, párrafo 1º, de la exposición de motivos. Tanto la exposición de motivos como la memoria explicativa pueden consultarse en *Huelga (Documentación preparada para la tramitación del Proyecto de Ley de Huelga y de Medidas de Conflicto Colectivo) (Orgánica)*, Secretaría General del Congreso de los Diputados, Documentación núm. 96, 1992.

Sin embargo, y esto es lo realmente importante, el mismo TC deja de razonar en términos de preferencia de unos intereses sobre otros cuando se ocupa de la definición del concepto de mantenimiento de los servicios esenciales, como se verá a continuación. De este modo, puede decirse que la doctrina del TC en esta materia es contradictoria, ya que mientras en la aproximación a la fórmula constitucional se argumenta en términos de preferencia de los intereses de los usuarios, en la interpretación del concepto constitucional de mantenimiento se razona en términos de composición equilibrada de los intereses en conflicto. Sin lugar a dudas es la segunda de las interpretaciones citadas la válida, no pasando la primera de ser un mero recurso retórico<sup>15</sup>.

De la definición del concepto de mantenimiento tenía que ocuparse necesariamente el TC, dado que el DLRT no se ocupa de la misma, contando a tal efecto con algunos pronunciamientos de la jurisprudencia ordinaria<sup>16</sup> y, sobre todo, con una sólida elaboración doctrinal. Se trata de la temprana y certera aportación de MARTÍN VALVERDE, quien se pronunciaba en los siguientes términos: «{...} mantener un servicio es realizar los trabajos indispensables para la cobertura mínima de las necesidades que tales servicios están encargados de satisfacer {...}, sin alcanzar el nivel de rendimiento habitual»<sup>17</sup>.

---

Por contra, la exposición de motivos del frustrado PLOH asumía claramente el sentido armónico del precepto constitucional, cuando establecía: «Cuando el artículo 28.2 de la Constitución {...} estaba marcando al legislador un claro objetivo, no ya político, sino de imperativo constitucional: conjugar o armonizar el derecho a la huelga de los trabajadores con el derecho de los ciudadanos a disfrutar las prestaciones básicas o servicios esenciales que sirven para ejercitar el conjunto de los derechos que la propia Constitución atribuye a los ciudadanos» (punto 4, primer párrafo). Por otra parte, el artículo 11.2 del citado proyecto —tiene sus orígenes en la propuesta sindical— traducía las anteriores afirmaciones mediante la positivación del principio de compatibilidad en los siguientes términos: «El ejercicio del derecho de huelga debe ser compatible con el mantenimiento de dichos servicios esenciales». También el preámbulo del Acuerdo Vasco acoge este significado armónico, en los siguientes términos: «Se trata, obviamente, de un límite que trata de garantizar un razonable equilibrio entre los distintos derechos y libertades reconocidos a los ciudadanos, de tal suerte que no sea absolutamente sacrificado el ejercicio de unos como consecuencia del ejercicio de otros».

<sup>15</sup> Compárese, en este sentido, los fundamentos jurídicos 4º y 5º de la STC 123/90.

<sup>16</sup> La primera sentencia que se ocupó de esta materia, la SAN 6-6-80, cdo. 3, establecía: «{...} las exigencias de la Constitución obligan a limitar tales “medidas”, a fin de asegurar el mantenimiento de los servicios, sin posibilidad de extenderlas a “asegurar el funcionamiento”, según el precitado artículo 10.2 del Real Decreto-Ley 17/77, lo que supone admitir que, en colisión con el ejercicio del derecho de huelga, el servicio experimentará una reducción en cuanto a su rendimiento normal y con ello, los derechos de los restantes ciudadanos, una evidente restricción». En cambio, para la STS (3ª) 11-7-80, Ar. 2950, cdo. 6, los términos mantenimiento y funcionamiento son equivalentes, en el sentido de exigir las medidas necesarias para asegurar el respeto de los otros derechos reconocidos constitucionalmente, sin aclarar si este respeto había de ser limitado o íntegro. Incluso la STS (3ª) 24-9-80, Ar. 3248, cdo. 2, entendía que el término mantenimiento es más amplio que el de funcionamiento.

<sup>17</sup> A. MARTÍN VALVERDE, «El derecho de ...», op. cit., pp. 233 y 246.

La influencia de esta definición doctrinal es inequívoca en el resto de la doctrina<sup>18</sup> y en el propio TC, quien en su sentencia 53/86 establece: «{...} término éste {mantenimiento} que, sin necesidad de recurrir a otro canon hermenéutico que el que brinda la interpretación lexicológica, excluye aquellas garantías ordenadas al funcionamiento normal. Mantener un servicio implica la prestación de los trabajos necesarios para la cobertura mínima de los derechos, libertades o bienes que el propio servicio satisface, pero sin alcanzar el nivel de rendimiento habitual» (F. J. 3)<sup>19</sup>.

Esta definición del TC tiene a su favor el hecho de despejar cualquier duda que hubiera en relación con el sentido de la regulación adicional de la huelga en los servicios esenciales; regulación que habrá necesariamente de procurar un equilibrio entre los intereses en conflicto. Su punto débil, en cambio, es que está exclusivamente pensada para un tipo de medida garantizadora, a saber, el establecimiento de servicios mínimos. De ahí que se introduzcan en la definición términos como «prestación de los trabajos necesarios», «nivel de rendimiento habitual» o «desarrollo regular del servicio».

Punto débil que lleva a la doctrina a matizar ligeramente la anterior definición con el objetivo de acomodarla a la teórica pluralidad de medidas garantizadoras del mantenimiento. El resultado de la matización es la siguiente definición: «{...} mantener el servicio esencial significa establecer una cobertura adecuada para preservar los intereses esenciales que dicho servicio satisface»<sup>20</sup>.

Adviértase que en la definición, en la del TC o en la matizada, no se alude expresamente a los intereses de los huelguistas y al consiguiente equilibrio de intereses, sino a la cobertura adecuada de los intereses de los usuarios, lo que no puede hacer olvidar que dicha cobertura

---

<sup>18</sup> Entre otros muchos, L. E. DE LA VILLA, «Algunas reflexiones para ...», op. cit., p. 103; J. M. RAMÍREZ MARTÍNEZ, «Huelga y cierre ...», op. cit., pp. 444 ss; G. BARREIRO GONZÁLEZ, «La huelga, el ...», op. cit., pp. 72 ss., quien acoge la tesis de Martín Valverde como regla general, admitiendo excepcionalmente, ante servicios esenciales insustituibles e imprescindibles, la prohibición de la huelga; y J. CRUZ VILLALÓN, «La intervención de ...», op. cit., p. 409.

<sup>19</sup> Con anterioridad la STC 51/86, F. J. 5, había establecido: «{...} en el propio art. 28.2 de la Constitución se utiliza la expresión mantenimiento, que dista de equivaler lingüísticamente a desarrollo regular del servicio».

<sup>20</sup> El artificio de la matización es F. VALDÉS DAL-RÉ, «Servicios esenciales y ...», op. cit., pp. 135-136.

se efectúa al tiempo que se ejerce el derecho de huelga y se hacen valer los intereses de los huelguistas. La compatibilidad de los intereses en juego está, por tanto, implícita en la definición; es más, es el verdadero contenido de la definición.

La crítica apenas formulada al concepto español de mantenimiento de los servicios esenciales, por estar basado exclusivamente en la técnica de los servicios mínimos, puede también realizarse a los conceptos que en otros Ordenamientos sirven para expresar el principio guía de la compatibilidad de intereses en conflicto. Es el caso, por ejemplo, del concepto italiano de garantía de las prestaciones indispensables, interpretado fundamentalmente, que no exclusivamente, en razón de los trabajos que necesariamente han de continuar prestándose, esto es, de los servicios mínimos. En todo caso, y sin entrar ahora en las concretas técnicas jurídicas que en cada uno de los Ordenamientos se utilizan para conseguir el objetivo de la compatibilidad, no conviene olvidar a la hora de efectuar comparaciones que se está ante conceptos no del todo idénticos<sup>21</sup>.

En cuanto al concepto francés de continuidad de los servicios públicos conviene tener presente que su contenido es ciertamente complejo, y más que ofrecer cobertura directa a los intereses de los usuarios se pretende proteger al aparato institucional del Estado. Son las necesidades conectadas al Estado las que constituyen el núcleo duro del principio de continuidad, llegando a justificar la prohibición del derecho de huelga para la totalidad de los miembros de un determinado cuerpo de funcionarios o para los empleados que se vean implicados en su aseguramiento, mientras que las necesidades de los usuarios, atendidas a través del establecimiento de un servicio mínimo, son todavía hoy una preocupación secundaria del Derecho francés, aunque la tendencia sea a ganar protagonismo<sup>22</sup>.

---

<sup>21</sup> El concepto italiano de prestaciones indispensables en realidad tiene una doble acepción: una amplia, que no suele ser utilizada al ser más usual la expresión *contemperamento tra diritto di sciopero e diritti degli utenti*, equivalente a la española de mantenimiento de los servicios esenciales, y otra estricta, que es la que más se emplea, equivalente más o menos a los conceptos españoles de prestaciones esenciales y de servicios mínimos. Sobre el particular, vid., E. GRAGNOLI, «Le regole per ...», op. cit., p. 30. Cfr., también, F. SANTONI, *Lo sciopero*, op. cit., p. 141.

<sup>22</sup> Sobre esta compleja cuestión, véase, P. TERNEYRE, «Vade-mecum du ...», op. cit., pp. 804 ss., quien se muestra ciertamente crítico con el papel secundario de la protección de los intereses de los usuarios; A. JEAMMAUD, «Huelga y servicios ...», op. cit., pp. 22 ss.; P. AUVERGNON, «Regulación de la ...», op. cit., pp. 115 ss.; y J. PÉLISSIER, «Grève et substituts ...», op. cit., pp. 132 ss.

### 3. DISTINCIÓN ENTRE SERVICIOS ESENCIALES Y MANTENIMIENTO DE LOS SERVICIOS ESENCIALES

Con lo dicho hasta el momento resulta fácil distinguir los conceptos de servicios esenciales y de mantenimiento de los servicios esenciales. El primer concepto determina el ámbito en el que despliega su eficacia la regulación adicional del ejercicio del derecho de huelga, mientras el segundo proporciona el sentido o alcance de esa regulación<sup>23</sup>. La función que cada concepto cumple marca la distinción. Ahora bien, la definición del concepto de servicios esenciales en atención a las categorías de los derechos fundamentales y de los bienes constitucionales implícitamente reclama una regulación adicional orientada a la equilibrada composición del conflicto de intereses existente. Podría decirse, en este orden de consideraciones, que el concepto de servicios esenciales sirve por sí solo para desplegar ambas funciones.

Así las cosas, es otra circunstancia la que permite seguir manejando dos conceptos estrechamente interrelacionados pero diferentes. Se trata del hecho de que el mantenimiento de los servicios esenciales es un concepto jurídico indeterminado, con un alto grado de indeterminación que no desaparece tras su definición, a diferencia de lo que sucede con el concepto de servicios esenciales. Consecuencia fundamental de esta alta indeterminación es que no pueda determinarse apriorísticamente el contenido del mantenimiento, es decir, la adecuada cobertura de los intereses de los usuarios o, para ser más precisos, el equilibrio de intereses en conflicto<sup>24</sup>. Mientras es posible y

---

<sup>23</sup> La doctrina entiende que la limitación del derecho de huelga procede no del concepto de servicios esenciales sino del de mantenimiento de los servicios esenciales. Así, M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, «En torno a ...», op. cit., p. 42; A. BAYLOS GRAU, «Derecho de huelga en ...», op. cit., pp. 196 ss.; y A. OJEDA AVILÉS, *Derecho Sindical*, op. cit., pp. 486 ss. En cambio, S. TORRENTE GARI y M. A. SOLANS LATRE, «Servicios esenciales y ...», op. cit., pp. 374 ss., entienden que la limitación del ejercicio del derecho de huelga se debe al concepto de servicios esenciales, aunque es más probable que los autores citados quisieran referirse en realidad al mantenimiento de los servicios esenciales.

<sup>24</sup> Ésta es una cuestión doctrinalmente pacífica. Vid., por todos, A. MARTÍN VALVERDE, «El derecho de ...», op. cit., pp. 233 y 247, quien literalmente entiende: «Evidentemente, tanto las exigencias del “mantenimiento” como el tipo o clase de “garantías preciosas” para conseguirlo variarán sensiblemente de unos servicios a otros, en función de su naturaleza, y de las circunstancias concretas de cada caso» y F. VALDÉS DAL-RE, «Servicios esenciales y ...», op. cit., pp. 136-137.

También en Francia se entiende que la continuidad del servicio público variará de un servicio a otro y en atención a las circunstancias concurrentes en el caso concreto. Vid., por todos, J. PÉLISSIER, «Grève et substituts ...», op. cit., pp. 135-136.

conveniente determinar apriorísticamente el grueso de los servicios esenciales, el mantenimiento de los mismos en caso de huelga es imposible de fijar *a priori*.

El empleo de estos dos conceptos permite dotar a esta materia de la necesaria seguridad y de la no menos importante ductilidad. La seguridad en cuanto a los servicios considerados esenciales: conviene saber con antelación si un servicio es o no esencial, porque de esa calificación se desprenden notables consecuencias jurídicas. Y ductilidad, atención a las circunstancias del caso concreto, en cuanto a la composición del conflicto de intereses: unas veces será necesario restringir con intensidad el derecho de huelga, otras sólo levemente, no faltando, incluso, situaciones en las que el derecho de huelga deba ejercerse con normalidad. Conviene saber con certeza si un servicio es o no esencial, sin perjuicio de que las medidas a adoptar en caso de huelga en dicho servicio dependan de las circunstancias del caso concreto.

Sin embargo, la posible y conveniente distinción conceptual no parece contar con el total beneplácito de doctrina y jurisprudencia. Frecuentemente se afirma por una y por otra que un servicio sólo es esencial cuando su mantenimiento es necesario, con la indeseable consecuencia, y éste es el núcleo de la cuestión, de que no puedan fijarse *a priori* los servicios esenciales de la comunidad<sup>25</sup>. Incluso el frustrado PLOH mezclaba inadecuada y contradictoriamente los conceptos de servicios esenciales y de mantenimiento: de un lado se decía que un servicio sólo es esencial cuando su mantenimiento es indispensable y de otro se enumeraban multitud de servicios apodícticamente considerados esenciales<sup>26</sup>.

Como fácilmente podrá colegirse aquí se defiende la posibilidad y la necesidad de distinguir los conceptos de servicios esenciales y de mantenimiento de los servicios esenciales, aportando el primero seguridad jurídica y el segundo equidad.

---

<sup>25</sup> Se remite a lo dicho sobre esta cuestión en el apartado dedicado al concepto de servicios esenciales, especialmente a lo apuntado en sede crítica. *Supra*, capítulo segundo, apartado C, epígrafe 3.b.

<sup>26</sup> Todos los textos de los años 1992-93 —proyecto inicial, propuesta sindical y PLOH— incorporaban en la definición de servicios esenciales el concepto de mantenimiento. Lo mismo puede decirse de la Ley italiana 146/90 y del Acuerdo Vasco. Para I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, *El proyecto de ...*, op. cit., p. 38 y S. TORRENTE GARI, *El ejercicio del ...*, op. cit., p. 379, la inclusión en la definición de servicios esenciales de términos como mantenimiento, contenido esencial y prestaciones indispensables abundan en la concreción, evitando la amplitud e indeterminación vigente.



#### 4. EXCEPCIONES AL MANTENIMIENTO DE LOS SERVICIOS ESENCIALES COMO COMPATIBILIDAD DE INTERESES: GRADUACIÓN DE LOS SERVICIOS ESENCIALES

El mantenimiento de los servicios esenciales, que expresamente alude a la cobertura adecuada de los intereses de los usuarios e implícitamente significa la búsqueda del equilibrio entre los intereses en juego, no otorga *ab initio* y en abstracto preferencia a ningún derecho fundamental frente al derecho de huelga. La compatibilidad de los intereses enfrentados no ofrece la menor duda como regla general, pudiendo excepcionalmente en algún caso concreto ser imposible de cumplir, debiendo recurrirse entonces a la teoría de los preferred rights, de los derechos preferentes<sup>27</sup>. Un ejemplo extremo pudiera ser el de una huelga declarada exclusivamente por el diverso personal de un servicio sanitario de urgencias<sup>28</sup>. En ese supuesto el mantenimiento del servicio, que ha de ser prácticamente íntegro, pasa necesariamente por imposibilitar el ejercicio del derecho de huelga, otorgando preferencia absoluta a los derechos fundamentales a la

---

<sup>27</sup> Sobre la teoría de los preferred rights o preferred freedoms, vid., G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Curso de Derechos ...*, op. cit., pp. 594 ss, quien alude a cómo la admisión de esta teoría «{...} supone aceptar que en el interior del subsistema de los derechos fundamentales existe una jerarquía interna, que prefiere, o distingue determinados derechos respecto de otros». El propio autor ha sugerido algunos criterios en base a los cuales efectuar la jerarquización interna en cada caso concreto. «{...} deben prevalecer aquellos derechos que protejan al individuo y a su dignidad, que más contribuyan al pleno desarrollo de su dignidad, que tengan mayor extensión y aplicación a un número más amplio de personas, que satisfagan necesidades radicales, sin las cuales peligra la misma integridad y existencia de la persona, o que más afecten al núcleo esencial de la sociedad democrática y a sus estructuras jurídicas, que son las únicas que sostienen a un sistema de derechos fundamentales. El problema se presenta cuando el conflicto se dé, entre estos criterios, donde habrá que ponderar en cada caso el problema y sus soluciones». Sobre esta misma teoría, E. ALONSO GARCÍA, *La interpretación de ...*, op. cit., pp. 280 ss.

El propio TC ha apuntado la posibilidad de otorgar preferencia a un derecho fundamental en su conflicto con otro derecho también fundamental. Es el caso del derecho a la libre información respecto del derecho al honor, cuando, además de otras circunstancias, a través del primero esté en juego la garantía institucional de la opinión pública libre, según las SSTC 104/86 y 165/87, entre otras muchas.

<sup>28</sup> El ejemplo extremo del servicio de urgencias y el de otros servicios sanitarios, como los cuidados intensivos o las ambulancias, son empleados por gran parte de la doctrina. Por todos, M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, «En torno a ...», op. cit., p. 43.

Al margen de estos ejemplos, son muchos los autores que admiten la posibilidad de que, ante determinadas circunstancias, el servicio esencial deba funcionar normalmente o con un nivel muy próximo al de funcionamiento normal, con el consiguiente sacrificio para el derecho de huelga. Así, entre otros muchos, A. MARTÍN VALVERDE, «El derecho de ...», op. cit., p. 246; M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, «En torno a ...», op. cit., pp. 42-43; y F. VALDÉS-DAL-RÉ, «Servicios esenciales y ...», op. cit., p. 136. En cambio, para A. BAYLOS GRAU, «Derecho de huelga en ...», op. cit., p. 205, el mantenimiento de los servicios esenciales nunca puede determinar la normalidad productiva en el sector o empresa de que se trate.

vida, a la integridad física y a la salud frente al anterior. En todo caso, tómesese éste y otros posibles ejemplos como excepción a la regla general relativa a la inexistencia de derechos preferentes al de huelga. Carácter excepcional recalado por la jurisprudencia ordinaria<sup>29</sup>.

La posibilidad excepcional de otorgar preferencia absoluta a determinados derechos fundamentales frente al derecho de huelga conecta con una de las características de los servicios esenciales, su graduación. Graduación que afecta, en primer lugar, a las distintas prestaciones esenciales que integran el servicio globalmente considerado esencial y cuya exigencia de mantenimiento será distinta según la mayor o menor intensidad de su conexión funcional con los derechos fundamentales o bienes constitucionales que satisfagan.

En segundo lugar, y esto es lo que ahora interesa, la graduación deja también sentir sus efectos entre los distintos servicios esenciales. Por poner un ejemplo extremo, el mantenimiento no será el mismo, *ceteris paribus*, si el servicio esencial satisface el derecho fundamental a la vida —un hospital— que si satisface el bien constitucional acceso a la cultura —Museo del Prado—. O sin recurrir a los extremos, no es lo mismo un servicio esencial que satisfaga el derecho a la vida y a la salud que otro que satisfaga el derecho a la libertad de circulación.

Una posible graduación de los servicios esenciales, en atención a los derechos fundamentales y bienes constitucionales satisfechos, sería la siguiente<sup>30</sup>: un núcleo duro

---

<sup>29</sup> La STS (3ª), 17-4-96, Ar. 3720, F. J. 2, rechaza unos servicios mínimos del 100 % en diversos transportes especiales, recalando el carácter excepcional de la posibilidad de anular por completo el derecho de huelga mediante la imposición de servicios mínimos. La STS (3ª), 12-3-99, Ar. 2895, F. J. 3, rechaza una disposición que establecía unos servicios mínimos del 100 %, o próximos a dicho porcentaje, en el conjunto del sector sanitario. La STS (3ª), 24-11-99, Ar. 8809, F. J. 3, rechaza unos servicios mínimos del 100% en el sector del transporte escolar y en el de la distribución de combustibles.

<sup>30</sup> S. TORRENTE GARI, *El ejercicio del ...*, op. cit., pp. 195-196; 203 ss. y 412, propone una categoría de servicios esenciales a la que denomina potenciales, actuando como base de la misma la graduación previa de los derechos fundamentales de la sección 1ª, de acuerdo con la ética social. Los derechos prioritarios —salud, vida y seguridad, coincidiendo con la acepción estricta de servicios esenciales— dan lugar a los servicios esenciales potenciales, en los que ante cualquier conflicto, aunque hayan de ser tenidas en cuenta las circunstancias concretas, la prioridad será para los citados derechos. Quizá lo más importante de esta categoría es que sólo dentro de la misma la imposición de servicios mínimos, con mayor o menor intensidad, será habitual, pudiendo, incluso, otorgarse prioridad absoluta al mantenimiento del servicio esencial, mientras que en el resto de servicios esenciales, tal prioridad absoluta no podrá tener lugar y la imposición de servicios mínimos debiera ser excepcional. Sin duda,

de servicios esenciales, los más esenciales, conectados con los derechos a la vida y a la integridad —incluida la salud—, y a la seguridad y a la libertad. Obsérvese que este núcleo de servicios esenciales coincide, con alguna matización, con el concepto estricto de servicios esenciales manejado por el CLS de la OIT y con la acepción doctrinal estricta de Martín Valverde. Un segundo sector, el de los servicios esenciales ordinarios, por llamarles de alguna manera, conectados con el resto de derechos fundamentales. Finalmente, un tercer sector, el de los servicios menos esenciales, integrado por aquéllos conectados con bienes constitucionales.

A esta clasificación o graduación de los servicios esenciales no hay que conceder, empero, excesiva importancia, desde el momento que las exigencias de mantenimiento, como se verá en su momento, están más condicionadas por otras circunstancias — ámbito de la huelga, existencia de servicios alternativos, etc.— que por la abstracta graduación de los servicios esenciales. En todo caso, y volviendo al tema de la posibilidad excepcional de otorgar preferencia absoluta a determinados derechos fundamentales frente al de huelga, resulta claro que esa posibilidad, además de ser excepcional, habrá de limitarse al núcleo duro de los servicios más esenciales.

Para concluir con esta cuestión, no está de más subrayar que en España, a diferencia de Francia<sup>31</sup>, la prohibición del derecho de huelga para ciertos cuerpos de funcionarios

---

esta categoría y las ideas aportadas por la autora son muy interesantes y sugerentes y la finalidad que la mueve —limitar la sistemática imposición de servicios mínimos— defendible; lo que no se comparte es la base que está en el origen de la propuesta, a saber, la creencia en la imposible fijación apriorística de los servicios esenciales y la confusión conceptual entre servicios esenciales y mantenimiento de los mismos. La afectación mayor o menor de un derecho fundamental, sea o no prioritario, por parte del ejercicio del derecho de huelga ha de enmarcarse dentro del concepto de mantenimiento y no dentro del propio concepto de servicio esencial, que puede determinarse apriorísticamente sin necesidad de recurrir ni a graduación previa de derechos ni a potencialidad alguna.

<sup>31</sup> El principio de continuidad de los servicios públicos, cuyo contenido es ciertamente complejo, justifica, entre otras medidas prohibitivas y restrictivas, la exclusión del derecho de huelga de los cuerpos de funcionarios citados arriba para el caso español. Estas medidas prohibitivas, junto a las que realmente pretenden un equilibrio de los intereses en conflicto —servicios mínimos—, y, lo que es más sorprendente, la frecuente ausencia de intervención específica alguna, hacen del Derecho francés en la materia un ejemplo paradigmático de lo que se ha denominado modelo mixto de regulación de la huelga en los servicios esenciales.

Desde el punto de vista del Derecho comparado, J. BERNIER, «La détermination des ...», op. cit., p. 61, incluye la prohibición de la huelga para ciertos cuerpos de funcionarios dentro del contexto del mantenimiento de los servicios esenciales.

En Italia, por contra, la prohibición del derecho de huelga para los militares y policías, que no para los magistrados, es, al igual que en España, ajena al mantenimiento de los servicios esenciales. Vid., E. ALES, «Vecchi e nuovi ...», op. cit., p. 277.

—ejército, fuerzas y cuerpos de seguridad y carreras judicial y fiscal— no se fundamenta en la preferencia absoluta de determinados derechos fundamentales sobre el de huelga, sino en otro tipo de consideraciones ajenas al mantenimiento de los servicios esenciales, y que en su momento debieran abandonarse en aras de una correcta ubicación en el citado marco del mantenimiento de los servicios esenciales.

El mantenimiento de los servicios esenciales, visto en este apartado en términos estrictamente conceptuales, será comprendido más fácilmente cuando en los siguientes capítulos se traten las concretas técnicas jurídicas que lo articulan, o sea, su puesta en práctica. Pero antes de eso conviene apuntar un fenómeno que está llamado a desplegar una enorme importancia en el inmediato futuro y que es ya una realidad en otros países: el mantenimiento de los servicios esenciales en caso de medidas de conflicto de los trabajadores autónomos.

## **5. LA EXTENSIÓN DEL RÉGIMEN JURÍDICO DEL MANTENIMIENTO DE LOS SERVICIOS ESENCIALES A LAS MEDIDAS DE CONFLICTO DE LOS TRABAJADORES AUTÓNOMOS: LA EXPERIENCIA ITALIANA**

En la introducción se apuntaba que el título de esta tesis es indicativo de lo que puede suceder en el inmediato futuro, a saber, que lo importante sea el mantenimiento de los servicios esenciales y lo secundario que éste tenga lugar con ocasión del ejercicio del derecho de huelga por parte de los trabajadores asalariados, con ocasión de las medidas de conflicto de los trabajadores autónomos, o con ocasión del cierre patronal de los empresarios.

Dejando al margen el cierre patronal, que en nuestro Ordenamiento no debiera plantear excesivos problemas a tenor del artículo 37.2 CE<sup>32</sup>, en el inmediato futuro es más que probable que se acabe extendiendo, con las oportunas adaptaciones, el régimen jurídico del mantenimiento de los servicios esenciales a las medidas de conflicto adoptadas por los cada vez más importantes trabajadores autónomos. Cuando esas medidas de conflicto adquieran en España la importancia social que por ejemplo tienen

---

<sup>32</sup> Por lo que al cierre patronal de los empresarios se refiere se remite a lo dicho en el capítulo primero, apartado B, nota 14.

ya en Italia<sup>33</sup> y se tome conciencia de que las mismas repercuten en los intereses constitucionales de los usuarios tanto como las huelgas de los trabajadores asalariados no cabrá otra solución que someterlas a las mismas normas limitativas que hoy día disciplinan la huelga en los servicios esenciales. Piénsese, por ejemplo, en las “huelgas” de taxistas, en las de los transportistas de mercancías, en las de propietarios de farmacias, en las de los abogados del turno de oficio<sup>34</sup>, etc.

El debate en España está dando sus primeros pasos<sup>35</sup> y a buen seguro la experiencia italiana será un punto de obligada referencia. Experiencia italiana que tras la reforma de la Ley 146/90 por parte de la Ley 83/2000 tiene todavía más interés. En efecto, ya antes de la reforma se discutía mucho sobre este tema y no sin problemas se sometía parcialmente a los trabajadores autónomos a la disciplina de la Ley 146/90<sup>36</sup>. Tras la reforma —art. 2 bis, especialmente—<sup>37</sup>, la sujeción de las medidas de conflicto de los

---

<sup>33</sup> De la creciente repercusión en los usuarios de las medidas de conflicto de los trabajadores autónomos en Italia se ocupan, entre otros muchos, P. PASCUCCI, *Tecniche regolative dello ...*, op. cit., pp. 26 ss. y L. MENGHINI, «Le regole per ...», op. cit., pp. 43 ss. En cuanto a España, véase, J. CRUZ VILLALÓN, «La tutela colectiva por los trabajadores autónomos de sus intereses profesionales», en *RL*, 2000, núms. 7-8, pp. 181-182.

<sup>34</sup> La STS 29-5-95, Ar. 4395, otorga preferencia absoluta a los derechos de los artículos 17.3 y 24 de la CE frente al eventual derecho de huelga de los abogados del turno de oficio. Previamente había adoptado esta misma solución, si bien a efectos exclusivamente dialécticos, la STS (3ª), 28-11-90, Ar. 8832, F. J. 6. Un acertado comentario de la primera sentencia, en tono muy crítico, en S. TORRENTE GARI, «El turno de oficio y el derecho de huelga. (Comentario a la STS 29-5-95, Ar. 4395)», en *REDT*, 1997, núm. 83, pp. 457-467. Posteriormente, la STS (3ª), 29-4-98, Ar. 4573, F. J. 3, establece claramente que los abogados no son titulares del derecho de huelga, por lo que el conflicto entre derechos fundamentales es inexistente.

<sup>35</sup> Vid., J. CRUZ VILLALÓN, «La tutela colectiva ...», op. cit., pp. 181 ss. y A. OJEDA AVILÉS, «La sindicación de los trabajadores autónomos y semiautónomos», en *Aranzadi Social*, 2000, núm. 10, pp. 71 ss., especialmente p. 80.

<sup>36</sup> La sujeción parcial de las medidas de conflicto de los trabajadores autónomos a los principios de la Ley 146/90 era una realidad ya antes de la reforma del año 2000. Así, el artículo 8 de dicha Ley incluía a los autónomos en el ámbito de aplicación de la *precettazione* administrativa. Por otra parte, tanto la doctrina, como la jurisprudencia, como la comisión de garantías se mostraban partidarias de dicha aplicación. Especial atención merece a este respecto la sentencia de la Corte Constitucional 171/1996, de 27 de mayo (publicada en *Foro Italiano*, 1997 I, pp. 1027 ss.), referida a las “huelgas” de abogados aunque con un tono suficientemente abstracto, conmina al legislador a aplicar la Ley 146/90 a las medidas de conflicto de los trabajadores autónomos introduciendo para ello las necesarias adaptaciones. Cfr., entre otros muchos, G. PERA, «Sullo sciopero degli avvocati», en *Giustizia Civile*, 1996 I, pp. 2188 ss. y F. SANTONI, «Lo “sciopero degli avvocati” nel giudizio della Corte Costituzionale», en *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro*, 1996, pp. 465 ss.

Sobre la situación de los trabajadores autónomos antes de la reforma del año 2000, véase, por todos, A. PILATI, «Il conflitto collettivo nell’area del lavoro autonomo», en P. Pascucci (a cura di), *La nuova disciplina dello sciopero nei servizi essenziali*, Ipsoa, 2000, pp. 64 ss. y L. MENGHINI, «Le regole per ...», op. cit., pp. 49 ss.

<sup>37</sup> Cfr., A. PILATI, «Il conflitto collettivo ...», op. cit., pp. 64 ss.; L. MENGHINI, «Le regole per ...», op. cit., pp. 53 ss.; P. PASCUCCI, «La riforma della ...», op. cit., pp. 748 ss.; y A. VALLEBONA, «La disciplina per il lavoro autonomo», en *Guida al Lavoro, Il Sole 24 Ore*, 2000, núm. 16, pp. 14 ss.

trabajadores autónomos a las reglas y principios de la Ley 146/90 es una realidad indiscutible, llamada a influir en otros países de parecida cultura jurídica, desde luego en España.

Lo primero que llama la atención de la experiencia italiana es que la extensión del régimen jurídico del mantenimiento de los servicios esenciales a los trabajadores autónomos no supone de ningún modo el reconocimiento del derecho de huelga a éstos<sup>38</sup>. La naturaleza jurídico-constitucional de las medidas de conflicto de los trabajadores autónomos no está todavía suficientemente perfilada, aunque lo que parece claro es que no se trata del derecho de huelga del artículo 40. Más bien se afirma que se está ante una realidad social protegida por distintas libertades constitucionales, con la libertad de asociación y la libertad de empresa a la cabeza<sup>39</sup>.

La protección jurídica que dichas libertades otorgan a las medidas de conflicto de los autónomos no es ni por asomo semejante a la protección que el derecho de huelga otorga a los trabajadores asalariados. Podría decirse que la conexión con la libertad de asociación y con la libertad de empresa concede a los trabajadores autónomos una

---

<sup>38</sup> La opción seguida por la Ley 83/2000 en coincidencia con la jurisprudencia constitucional y ordinaria mayoritarias no consiste en el reconocimiento del derecho de huelga a los autónomos. Cfr., A. PILATI, «Il conflitto collettivo ...», op. cit., pp. 70-71; P. PASCUCCI, «La riforma della ...», op. cit., p. 748; y E. ALES, «La finalità della ...», op. cit., p. 7.

Sólo respecto de los trabajadores autónomos parasubordinados, que se encuentran en una situación material de subordinación económica similar a la de los trabajadores subordinados, puede hablarse de derecho de huelga, a tenor de la sentencia de la *Cassazione* 3278/1978, de 29 de junio (publicada en *Giurisprudenza Italiana*, 1978 I, pp. 2071 ss). Sobre el particular, vid., P. PASCUCCI, «La riforma della ...», op. cit., p. 748. Una posición distinta es la de L. MENGHINI, «Le regole per ...», op. cit., pp. 45-49, para quien dentro de los parasubordinados hay que distinguir caso por caso los que tienen una verdadera situación de subordinación económica, que sí son titulares del derecho de huelga, de los que tienen independencia económica y no pueden ser titulares del derecho de huelga.

También en España se rechaza el reconocimiento del derecho de huelga para los trabajadores autónomos. Es el caso de la STC 11/81, F. J. 12, y doctrinalmente de J. CRUZ VILLALÓN, «La tutela colectiva ...», op. cit., pp. 181-187. Por contra, A. OJEDA AVILÉS, «La sindicación de ...», op. cit., p. 80, se muestra partidario del reconocimiento de la libertad sindical y del derecho de huelga para los trabajadores autónomos.

<sup>39</sup> En cuanto a la naturaleza jurídica de las medidas de conflicto colectivo de los trabajadores autónomos, vid., A. PILATI, «Il conflitto collettivo ...», op. cit., pp. 71-73, quien siguiendo la sentencia de la Corte Constitucional 171/1996 considera que se trata del ejercicio del derecho de asociación del artículo 18 de la Constitución Italiana de 1947. En el mismo sentido, L. MENGHINI, «Le regole per ...», op. cit., pp. 49 y 60-61. Para E. GIANFRANCESCO, «Legali: entro sei mesi la autoregolamentazione», en *Guida al Diritto*, 2000, núm. 15, p. 36, se trata más bien del ejercicio del derecho a la iniciativa económica del artículo 41.

protección jurídica parecida a la que en su día otorgaba a los asalariados el sistema de huelga-libertad, esto es, ausencia de represalias por parte del Derecho público, especialmente del Derecho Penal, sin perjuicio de las consecuencias derivadas de los incumplimientos contractuales en que pueda incurrirse. Los trabajadores autónomos que ejercen una medida de conflicto no pueden ser castigados penalmente, pero si de su comportamiento se derivan incumplimientos contractuales tendrán que atenerse a las consecuencias que de los mismos se deriven: resolución, indemnizaciones, etc. La perturbación del proceso productivo por parte de los trabajadores autónomos no conlleva la suspensión de las obligaciones contractuales que éstos hubiesen ya contraído y cuya ejecución resultase imposible como consecuencia de la citada perturbación<sup>40</sup>.

Evidentemente, el motivo principal por el que en Italia se extiende el mantenimiento de los servicios esenciales a los trabajadores autónomos es porque las consecuencias jurídico-privadas derivadas de sus incumplimientos contractuales no son suficientes para evitar las medidas de conflicto, las perturbaciones del proceso productivo por utilizar un término suficientemente amplio y descriptivo de los distintos tipos de conductas reivindicativas que suelen llevarse a cabo. Por otra parte, en muchos casos no hay incumplimiento contractual alguno, pues la perturbación no afecta a la ejecución de contratos ya firmados sino a la conclusión de los contratos, como sucede por ejemplo con los taxistas. En cuanto a las consecuencias del incumplimiento de obligaciones de Derecho público procedentes, en su caso, de la concesión de un servicio público o de la autorización administrativa para emprender una determinada actividad económica tampoco han servido como freno a las medidas de conflicto<sup>41</sup>.

Ante la incapacidad de los mecanismos jurídicos ordinarios para impedir las medidas de conflicto de los trabajadores autónomos y comprobado que los usuarios de los servicios esenciales se ven perjudicados por esas medidas tanto como por las huelgas de

---

Para J. CRUZ VILLALÓN, «La tutela colectiva ...», op. cit., p. 183, el fundamento constitucional de las medidas de conflicto de los trabajadores autónomos se encuentra en la libertad de empresa del artículo 38 CE.

<sup>40</sup> Cfr., A. PILATI, «Il conflitto collettivo ...», op. cit., pp. 75-78, quien insiste en la desaparición de la ilicitud penal; P. PASCUCI, «La riforma della ...», op. cit., P. 748, nota 31; y L. MENGHINI, «Le regole per ...», op. cit., pp. 49 y 60-61.

<sup>41</sup> A este propósito, y relación con la experiencia española, véase, J. CRUZ VILLALÓN, «La tutela colectiva ...», op. cit., pp. 183-185. También, STC 11/81, F. J. 12.

los asalariados no cabía otra opción que emanar una regulación específica inspirada. Lo que se ha hecho concretamente es extender la regulación ya existente para las huelgas *stricto sensu*, si bien con las oportunas adaptaciones, fundamentalmente en materia de fuentes —en lugar de la imposible autonomía colectiva autorregulación con el control de la Comisión de garantías— y en materia de sanciones. En consecuencia, los trabajadores autónomos que decidan ejercer una medida de conflicto en el ámbito de los servicios esenciales deben respetar *grosso modo* las mismas reglas que los asalariados huelguistas, esto es, preavisar, ofrecer oportuna información a los usuarios, asegurar unos determinados servicios mínimos, etc<sup>42</sup>.

Para concluir con esta importante y relativamente novedosa cuestión simplemente decir que si algún día el legislador español decidiera implantar un sistema parecido al italiano ningún impedimento cabría oponer desde el punto de vista constitucional. El hecho de que el mantenimiento de los servicios esenciales sólo figure expresamente en los artículos 28.2 y 37.2, y afecte a los trabajadores asalariados y a los empresarios, no impide extender ese mismo concepto a los trabajadores autónomos<sup>43</sup>. Al fin y al cabo ya se ha dicho que los límites que se fundamentan en la cláusula del mantenimiento de los servicios esenciales son límites inmanentes y éstos no necesitan de cláusula expresa alguna, bastando a estos efectos con la cláusula general del artículo 53.1 CE. De hecho en Italia la inexistencia de cláusula expresa no ha impedido no ya la limitación de las medidas de conflicto de los autónomos sino la limitación del propio derecho de huelga.

---

<sup>42</sup> Sobre las concretas reglas a las que se someten los trabajadores autónomos, véase, A. PILATI, «Il conflitto collettivo ...», op. cit., pp. 78 ss. y L. MENGHINI, «Le regole per ...», op. cit., pp. 53 ss. Desde el punto de vista de las sanciones, P. PASCUCCI, «Le sanzioni», op. cit., pp. 122 ss.

<sup>43</sup> Así lo entiende J. CRUZ VILLALÓN, «La tutela colectiva ...», op. cit., pp. 185-186.



## **CAPÍTULO III**

### **EL ESTABLECIMIENTO DE SERVICIOS MÍNIMOS (I)**

## **A. PLURALIDAD DE MEDIDAS GARANTIZADAS DEL MANTENIMIENTO DE LOS SERVICIOS ESENCIALES**

### **1. PLURALIDAD DE MEDIDAS GARANTIZADORAS EN LA FÓRMULA CONSTITUCIONAL DEL 28.2 Y SITUACIÓN PRÁCTICA: EL ESTABLECIMIENTO DE SERVICIOS MÍNIMOS COMO MEDIDA HABITUAL**

El mantenimiento de los servicios esenciales supone la composición equilibrada de los intereses esenciales en conflicto, los de los trabajadores huelguistas y los de los usuarios de los servicios afectados. Parece lógico que dicha composición pueda alcanzarse a través de una pluralidad de técnicas jurídicas. De hecho, una lectura atenta del artículo 28.2 CE lleva a la conclusión de que dicho precepto no está pensando en una única medida o en un único tipo de medidas garantizadoras, sino en una pluralidad, tal y como manifiesta unánimemente la doctrina<sup>1</sup>. Lo mismo puede decirse del artículo 10.2 DLRT<sup>2</sup>.

Sin embargo, la pluralidad teórica de medidas garantizadoras no está siendo respetada en la práctica. Ésta demuestra que la pluralidad ha quedado reducida a la aplicación de un único tipo de medida garantizadora, el establecimiento de servicios mínimos<sup>3</sup>, sin perjuicio de alguna matización que en su momento se efectuará.

---

<sup>1</sup> En este sentido, por todos, A. MARTÍN VALVERDE, «El derecho de ...», op. cit., p. 233 y pp. 247-249; J. VIDA SORIA y Á. GALLEGO MORALES, «Derechos Sindicales y ...», op. cit., p. 354; y J. GÁRATE CASTRO, «Derecho de huelga ...», op. cit., p. 16.

<sup>2</sup> El tenor literal del artículo 10.2 DLRT conduce, al menos en un plano teórico, a la existencia de una pluralidad de medidas. Cosa distinta es que en dicho precepto no se articule regulación alguna de dicha pluralidad. Esta última razón llevó a la recurrente contra el DLRT a aducir la inconstitucionalidad del precepto, aunque como se sabe no prosperara.

La STS (4ª), unificación de doctrina, 12-3-97, Ar. 2892, F. J. 2, establece claramente que el artículo 10.2 DLRT prevé una pluralidad de medidas garantizadoras.

<sup>3</sup> Esta utilización habitual de los servicios mínimos ha sido puesta de manifiesto y criticada por la doctrina. Así, por todos, A. BAYLOS GRAU, *Derecho de huelga y ...*, op. cit., pp. 168-169 y S. TORRENTE GARI, *El ejercicio del ...*, op. cit., pp. 225-228, para quien es criticable que cualquier huelga que se produzca en los servicios esenciales se traduzca en el establecimiento de servicios mínimos, prescindiendo del juicio de proporcionalidad y de las circunstancias de cada concreto conflicto.

El mismísimo TC, por acción u omisión, ha dado por buena esta utilización habitual. Así, por acción, la STC 33/81, F. J. 4, interpreta el art. 10.2 DLRT cómo si la única medida posible fuera el establecimiento de servicios mínimos. En efecto, establece: «El art. 10.2 del Real Decreto-Ley 17/1977, tal como fue entendido en aquella sentencia, pone en manos del Poder Público unos medios que han de estar dirigidos a garantizar mínimos indispensables para el mantenimiento de servicios que son

Puestos a buscar una explicación a la discordancia entre los planos teórico y práctico puede comenzarse con la ausencia de la ley orgánica de desarrollo del artículo 28.2 CE, que de existir debiera haberse ocupado de plasmar a nivel de legislación ordinaria la inequívoca pluralidad presente en la Constitución, como efectivamente pretendían los frustrados textos normativos de 1992-93, bien es cierto que mediante remisión a la autonomía colectiva<sup>4</sup>.

En este contexto, pudiera pensarse que una vez más el TC habría suplido la inactividad del legislador, si bien éste no es el caso. El TC no ha llevado a cabo esa labor de suplencia, seguramente por el hecho de que casi toda su doctrina deriva del enjuiciamiento de un único tipo de medida, los servicios mínimos. Ciertamente esta circunstancia ha dificultado la construcción de un régimen jurídico relativo a las distintas medidas garantizadoras del mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad.

Se llega, de este modo, a la utilización que la autoridad gubernativa está haciendo de la habilitación conferida por el artículo 10.2 DLRT y fácilmente se advierte que es ésta la responsable del empleo habitual y automático de los servicios mínimos como medida garantizadora del mantenimiento de los servicios esenciales.

Ahora bien, para no caer en el engaño, no puede ocultarse que incluso en un hipotético panorama práctico de pluralidad de medidas garantizadoras los servicios mínimos serían la técnica estrella, tal y como sucede en Derecho comparado<sup>5</sup> y como

---

esenciales a la comunidad. La continuidad del servicio debe quedar asegurada en estos sectores, de modo que la huelga no puede ser total y un servicio mínimo debe quedar asegurado». Por omisión, la STC 233/97, cuando entiende: «Sin que sea preciso que nos pronunciemos aquí sobre si es la única compatible con la Constitución la técnica predominante para mantener los servicios esenciales de la comunidad en caso de huelga viene siendo la imposición vía gubernativa de un mínimo de funcionamiento del servicio» (F. J. 3).

<sup>4</sup> En este punto resulta patente que el PLOH era más una fuente de fuentes que una fuente en sí misma, pues, al margen de las previsiones relativas al preaviso y a la publicidad, dejaba bastante libertad a los negociadores de los acuerdos estables, que podrían establecer las garantías que estimasen oportunas, siempre que satisficiesen el objetivo del mantenimiento de los servicios esenciales, imponiéndoles como único contenido obligatorio en esta materia la regulación de los servicios mínimos —arts. 13 y 15—. Libertad que se apreciaba también en el artículo 16, que se ocupaba de las garantías sustitutorias a adoptar por la autoridad gubernativa en caso de incumplimiento de los servicios mínimos.

<sup>5</sup> En la experiencia italiana, a pesar de que en la práctica hay distintas medidas destinadas a garantizar la compatibilidad de los intereses enfrentados, no hay la menor duda de la centralidad de los servicios mínimos, esto es, de las prestaciones indispensables en sentido estricto —art. 2.2 Ley 146/90 según redacción dada por Ley 83/2000—. Así, por todos, E. GRAGNOLI, «Le regole per ...», op. cit., p. 39.

pretendían los textos normativos de 1992-93<sup>6</sup>. Pero una cosa es admitir la centralidad de esta técnica y otra bien distinta convertirla en la única posible. Esto último es lo que criticablemente sucede en el Ordenamiento español y lo que justifica que buena parte de esta tesis esté dedicada al estudio del régimen jurídico de los servicios mínimos como técnica garantizadora habitual del mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad.

Para concluir y despejar cualquier duda que pudiera existir al respecto, decir que la pluralidad de medidas garantizadoras no puede considerarse como algo presente en la Constitución pero irrealizable, sino como algo factible. Más adelante tendrá ocasión de corroborarse esta aseveración a través de algunos significativos ejemplos. Por otra parte, la pluralidad de medidas garantizadoras es una realidad en algunos Ordenamientos extranjeros, como el francés o el italiano<sup>7</sup>.

## **2. MEDIDAS GARANTIZADORAS DISTINTAS DE LOS SERVICIOS MÍNIMOS**

La ausencia de previsiones normativas específicas y de construcción jurisprudencial, así como la monolítica práctica de la autoridad gubernativa, hacen que la pluralidad de medidas garantizadoras sea una cuestión teórica, propia del mundo de los libros, sin

---

La doctrina del CLS de la OIT ha ido progresivamente concediendo mayor atención a los servicios mínimos como típica medida restrictiva, que no prohibitiva, del derecho de huelga. Vid., OIT, *La libertad sindical ...*, op. cit., párrafos 556 ss.

<sup>6</sup> El PLOH apostaba por la centralidad de los servicios mínimos como técnica garantizadora, siendo la única medida que necesariamente habrían de contemplar los acuerdos estables previstos por el frustrado proyecto. Idéntico papel central ocupaban los servicios mínimos en el proyecto inicial del gobierno socialista y en la propuesta sindical. Lo mismo puede decirse en relación con el Acuerdo Vasco.

<sup>7</sup> En Francia la pluralidad de medidas garantizadoras de la continuidad de los servicios públicos no es sólo teórica sino también práctica, fundamentalmente por el hecho de que en este país no se imponen automáticamente y en todo caso servicios mínimos. Vid., por todos, J. PÉLISSIER, «Grève et substituts ...», op. cit., p. 136. También en Italia son varias las técnicas que se utilizan para alcanzar el objetivo de la compatibilidad de intereses; pluralidad reforzada por la reciente reforma de la Ley 146/90 a través de la Ley 83/2000, sin perjuicio de que sigan siendo los servicios mínimos la técnica estrella. Vid., tras la reciente reforma, E. GRAGNOLI, «Le regole per ...», op. cit., pp. 20 ss.

A. PANKERT, «Solución de conflictos ...», op. cit., pp. 64 ss., se refiere a la diversidad de medidas garantizadoras utilizadas especialmente por los países industrializados —en los países en vías de desarrollo predomina la prohibición de la huelga y el establecimiento de un arbitraje obligatorio—, aunque en realidad mezcla medidas destinadas a garantizar los intereses de los usuarios de los servicios esenciales con medidas tendentes directamente a solucionar el conflicto surgido en el seno de un servicio esencial.

vigencia efectiva. Esto provoca, primero, que el estudio de las medidas garantizadoras distintas de los servicios mínimos que aquí se efectúa se mueva en un terreno más doctrinal que otra cosa y que esté impregnado de consideraciones *de lege ferenda*, de cambios aplicativos e interpretativos *de lege data* y de Derecho comparado. También provoca la brevedad del estudio.

## **2. a. Posibles medidas garantizadoras del mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad**

La pluralidad de medidas garantizadoras que pueden ser empleadas a nivel teórico, sin prejuzgar su admisibilidad en el Ordenamiento español y sin entrar en el estudio de la necesaria articulación entre las mismas, requiere una cierta clasificación. El criterio que se va a utilizar con ese fin es el del distinto modo de afectación del derecho de huelga. Así, puede distinguirse hasta cinco grupos de medidas garantizadoras: medidas que actúan como requisitos procedimentales; medidas que limitan *stricto sensu* el derecho de huelga; medidas que prohíben coyunturalmente el citado derecho; medidas que lo prohíben definitivamente; y medidas que limitan los efectos del ejercicio del derecho de huelga.

Seguramente el más denso de esos grupos es el de las medidas que actúan como requisitos procedimentales del ejercicio del derecho de huelga. Sin ánimo exhaustivo, pueden mencionarse las siguientes técnicas garantizadoras: exigencia de preaviso en el ámbito de los servicios esenciales o de mayor plazo cuando el preaviso estuviera implantado con carácter general; exigencia de determinados contenidos en la comunicación de la huelga, como por ejemplo la mención de la concreta duración o las medidas propuestas por los convocantes para garantizar el mantenimiento del servicio esencial afectado<sup>8</sup>; especial obligación de negociar durante el periodo de preaviso y

---

<sup>8</sup> L. E. DE LA VILLA, «Algunas reflexiones para ...», op. cit., p. 114, habla, al hilo de hipotéticas medidas garantizadoras, de la comunicación de datos básicos de la huelga: ámbito, fecha, inicio, duración ...

Sobre la inclusión de este requisito procedimental en la Ley italiana 146/90, concretamente de la indicación de la duración de la huelga —art. 2.1—, véase, por todos, U. ROMAGNOLI y M. V. BALLESTRERO, *Norme sull'esercizio ...*, op. cit., pp. 166-168. La reciente reforma de la Ley 146/90 por parte de la Ley 83/2000 ha añadido contenidos a la comunicación: además de la duración de la huelga es necesario mencionar la modalidad a utilizar y los motivos del conflicto, en la línea de lo que

durante la duración del conflicto<sup>9</sup>; obligación de dar oportuna publicidad de la existencia de la huelga y de sus repercusiones sobre los usuarios a cargo de distintos sujetos<sup>10</sup>; sometimiento previo y obligatorio a mecanismos de solución extrajudicial —conciliación y mediación—, así como, a mayor razón, a mecanismos voluntarios<sup>11</sup>; proclamación de la huelga limitada exclusivamente a ciertos sujetos colectivos<sup>12</sup>; etc.

El propio mantenimiento de los servicios esenciales, entendido como búsqueda del equilibrio entre los intereses en conflicto, conlleva implícitamente una medida garantizadora básica, a saber, el deber de colaboración de todos los sujetos implicados en

---

sucede en Francia. En efecto, en el país galo la comunicación de la huelga debe indicar los motivos por los que se recurre a la misma, la modalidad a utilizar y la duración. Vid., por todos, P. AUVERGNON, «Regulación de la ...», op. cit., p. 109; P. TERNEYRE, *La grève dans ...*, op. cit., pp. 68-69; y E. DEVAUX, *La grève dans ...*, op. cit., pp. 246 ss.

<sup>9</sup> L. E. DE LA VILLA, «Algunas reflexiones para ...», op. cit., p. 114, habla, desde un punto de vista teórico, de la obligación de negociar desde la declaración de la huelga como posible medida garantizadora.

En el caso de Francia, una ley de 1982 introdujo la obligación de negociar durante el preaviso de la huelga, si bien la doctrina insiste en la escasa relevancia jurídica de esta obligación extraña a la tradición francesa. Véase, por todos, A. JEAMMAUD, «Huelga y servicios ...», op. cit., p. 24; P. AUVERGNON, «Regulación de la ...», op. cit., pp. 110-111; P. TERNEYRE, *La grève dans ...*, op. cit., pp. 70 ss.; y E. DEVAUX, *La grève dans ...*, op. cit., pp. 260 ss.

<sup>10</sup> Trabajadores, empresarios, Estado, medios de comunicación subvencionados, etc. Sólo alguno de estos sujetos, varios o todos.

<sup>11</sup> Medida tradicionalmente mencionada por la doctrina española. Así, A. MARTÍN VALVERDE, «El derecho de ...», op. cit., pp. 247-248 y A. BAYLOS GRAU, *Derecho de huelga y ...*, op. cit., pp. 209 ss.

La reciente reforma de la Ley italiana 146/90 por la Ley 83/2000 ha otorgado especial importancia a esta medida garantizadora: la proclamación de la huelga en los servicios esenciales tiene necesariamente que venir precedida de un intento de composición del conflicto. A este propósito la misma negociación colectiva y autodisciplina sindical que se ocupa de regular los servicios mínimos tiene que ocuparse obligatoriamente de establecer algún mecanismo de composición pacífica de conflictos; con carácter alternativo el intento previo y obligatorio de composición puede efectuarse ante la correspondiente autoridad administrativa. Además, en determinadas circunstancias —arts. 13. c) y 8.1 de la Ley 146/90, según nueva redacción— puede o debe, según el caso, recurrirse a nuevos procedimientos de composición antes de iniciar la huelga. Vid., P. PASCUCI, «La riforma della ...», op. cit., p. 747; E. GRAGNOLI, «Le regole per ...», op. cit., pp. 32 ss.; y A. ALLAMPRESE, «Le procedure di raffreddamento e di conciliazione», en L. Menghini, M. Miscione y A. Vallebona (a cura di), *La nuova disciplina dello sciopero nei servizi pubblici essenziali*, Cedam, Padova, 2000, pp. 17 ss. Antes de la reforma introducida por la Ley 83/2000 este tema no había pasado inadvertido. Así, por todos, M. GRANDI, «Sciopero, prevenzione del conflitto e servizi pubblici essenziali», en *RIDL*, 1999, núm. 1, pp. 257 ss.

<sup>12</sup> Esta medida garantizadora constituye uno de los pilares de la ley francesa de 1963, que se completa con el preaviso y con la prohibición de las huelgas rotatorias. Vid., P. AUVERGNON, «Regulación de la ...», op. cit., pp. 108-109 y E. DEVAUX, *La grève dans ...*, op. cit., pp. 234 ss.. Relativizan el alcance práctico de la misma, A. LYON-CAEN, «Sciopero e servizi ...», op. cit., pp. 515 ss. y J. PÉLISSIER, «Grève et substituts ...», op. cit., pp. 139-141. Además, y esto es más significativo, parte de la doctrina duda de su constitucionalidad: por todos, P. TERNEYRE, *La grève dans ...*, op. cit., pp. 43 ss., especialmente 54-56.

el citado equilibrio de intereses<sup>13</sup>. Deber de colaboración que como requisito procedimental tiene sustantividad propia, sin perjuicio de que también contribuya al mejor cumplimiento del resto de medidas garantizadoras.

El segundo grupo de medidas garantizadoras tiene que ver con la limitación *stricto sensu* del derecho de huelga. Así, limitación de su ámbito subjetivo, como en el caso de los servicios mínimos. De su ámbito objetivo o modal, como la prohibición de ciertas modalidades de huelga en el ámbito de los servicios esenciales: por ejemplo, las de celo, las rotatorias o las intermitentes<sup>14</sup>. O bien de su ámbito teleológico, como sería la prohibición, también centrada en el ámbito de los servicios esenciales, de las huelgas políticas, de las de solidaridad o de las novatorias<sup>15</sup>.

El tercer grupo integra aquellas medidas garantizadoras que suponen una prohibición coyuntural del derecho de huelga, como el respeto necesario de periodos de enfriamiento entre huelgas en un mismo ámbito subjetivo u objetivo<sup>16</sup>; la prohibición de

---

<sup>13</sup> Sobre este deber de colaboración se remite a lo dicho en el capítulo tercero, apartado D, epígrafe 1.b.

<sup>14</sup> La prohibición de las huelgas rotatorias es una medida garantizadora central en el diseño de la Ley francesa de 1963. Vid., P. AUVERGNON, «Regulación de la ...», op. cit., pág. 114. Relativizan el alcance de esta medida, como el del resto de medidas contempladas por la anterior ley, A. LYON-CAEN, «Sciopero e servizi ...», op. cit., pp. 515 ss. y J. PÉLISSIER, «Grève et substituts ...», op. cit., pp. 139-141. Por otra parte, la sentencia del Tribunal Constitucional de 28 de julio de 1987 invitaba al legislador a reaccionar contra la situación creada por las huelgas intermitentes, que no están contempladas expresamente en la Ley de 1963, pero que crean una situación parecida a la de las huelgas rotatorias.

En cuanto a Italia, para M. V. BALLESTRERO, en U. Romagnoli y M. V. Ballestrero, *Norme sull'esercizio ...*, op. cit., pp. 156 y 166, pese a que la norma legal no haya regulado esta cuestión expresamente, las modalidades de huelga practicables en el ámbito de los servicios esenciales han de ser compatibles con la realización de las prestaciones indispensables.

Para E. ALES, *Lo sciopero nei ...*, op. cit., pp. 196 ss., estas limitaciones pertenecen a la superada categoría de los límites internos; opinión que aquí no se comparte: no se trata de límites internos sino de límites externos, ya que su fundamento se haya en la protección de otros intereses jurídicamente relevantes, cuya particularidad es que se concretan en la prohibición de determinadas modalidades de ejercicio del derecho de huelga, típico campo de los límites internos.

<sup>15</sup> Desde el punto de vista del Derecho comparado, J. BERNIER, «La détermination des ...», op. cit., p. 61, alude a la prohibición de las huelgas políticas y de solidaridad en el ámbito de los servicios esenciales, entre otras muchas medidas y reglas posibles, aunque en un escenario más hipotético que real.

<sup>16</sup> Los periodos de enfriamiento se utilizan en Italia —*rarefazione*— con cierta frecuencia, especialmente en el sector transportes. La fuente de su regulación es la negociación colectiva *ex* Ley 146/90. Pueden ser de dos tipos, subjetivos y objetivos, según que el periodo de enfriamiento se refiera exclusivamente a los mismos sujetos que hubiesen convocado la anterior huelga o a distintos sujetos, siempre que en este último caso el servicio esencial comprometido sea el mismo, o bien siendo distinto afecte a los mismos usuarios. El objetivo fundamental de los periodos de enfriamiento objetivos no es otro que impedir que las distintas profesiones o empresas que integran un servicio esencial paralicen el

la huelga durante determinados periodos del año<sup>17</sup>; el arbitraje obligatorio; la postergación de la fecha de inicio de la huelga durante un determinado plazo, o bien la reducción de la duración de la huelga<sup>18</sup>; las cláusulas de paz sindical absoluta limitadas al tantas veces mencionado ámbito de los servicios esenciales<sup>19</sup>; la requisa, las prestaciones personales obligatorias y la militarización, si bien estas tres últimas técnicas, en determinadas circunstancias<sup>20</sup>, podrían considerarse en realidad una limitación *stricto sensu* del ámbito subjetivo del derecho de huelga, al igual que los servicios mínimos.

El cuarto grupo supone una decapitación del derecho de huelga, pues acoge aquellas medidas que se traducen en la exclusión definitiva y permanente de la titularidad del derecho de huelga para ciertos cuerpos de trabajadores o funcionarios públicos; prohibición selectiva, en definitiva<sup>21</sup>. En ningún caso la prohibición permanente y

---

mismo a través de distintas y sucesivas huelgas que perjudican a los mismos usuarios —v. gr. en el transporte aéreo las huelgas sucesivas de pilotos, controladores, azafatas, personal de tierra, etc.—. La reciente reforma de la Ley 146/90 por la Ley 83/2000 ha establecido la obligación de incorporar en la negociación colectiva y en la autodisciplina sindical cláusulas de *rarefazione* objetiva —art. 2.2, según la nueva redacción—, en atención al objetivo anteriormente citado, dejando libertad por lo que a la *rarefazione* subjetiva se refiere. Vid., G. GHEZZI, «Un'importante riforma ...», op. cit., pp. 701-703; E. GRAGNOLI, «Le regole per ...», op. cit., pp. 28 ss.; y C. PISANI, «Prestazioni indispensabili e misure di contemperamento», en L. Menghini, M. Miscione y A. Vallebona (a cura di), *La nuova disciplina dello sciopero nei servizi pubblici essenziali*, Cedam, Padova, 2000, pp. 37 ss.

<sup>17</sup> En Italia esta medida, frecuentemente introducida por la negociación colectiva *ex* Ley 146/90, se conoce como *periodi di franchigia* y se utiliza especialmente en el sector transportes. Vid., M. GRANDI, «Sciopero, prevenzione del ...», op. cit., p. 273 y E. GRAGNOLI, «Le regole per ...», op. cit., p. 28.

<sup>18</sup> Tanto la postergación de la fecha de inicio de la huelga como la reducción de la duración pueden aplicarse en Italia con la necesaria motivación sólo a través de la *precettazione* administrativa —art. 8.2 Ley 146/90 modificada por la Ley 83/2000—. La reducción de la duración ha sido introducida en la reforma del año 2000 mientras la postergación se encontraba ya presente en la versión original de 1990. Sobre el particular, antes y después de la reforma, M. ROCCELLA, «La precettazione “rivisitata”», op. cit., pp. 88-89; U. ROMAGNOLI, en U. Romagnoli y M. V. Ballestrero, *Norme sull'esercizio ...*, op. cit., pp. 235 ss.; G. ORLANDINI, «Il procedimento di precettazione», en P. Pascucci (a cura di), *La nuova disciplina dello sciopero nei servizi essenziali*, Ipsoa, 2000, pp. 176-177 y V. FILÌ, «La precettazione», en L. Menghini, M. Miscione y A. Vallebona (a cura di), *La nuova disciplina dello sciopero nei servizi pubblici essenziali*, Cedam, Padova, 2000, pp. 99 ss.

En Francia, parece que es posible, ante determinadas circunstancias excepcionales, obtener de los tribunales la posibilidad de diferir el inicio de la huelga durante un breve periodo de tiempo. Así, A. JEAMMAUD, «Huelga y servicios ...», op. cit., p. 27; J. PÉLISSIER, «Grève et substituts ...», op. cit., p. 141, con la jurisprudencia allí citada; P. TERNEYRE, *La grève dans ...*, op. cit., pp. 74 ss.; y E. DEVAUX, *La grève dans ...*, op. cit., pp. 363 ss., que igualmente incorpora la jurisprudencia existente.

<sup>19</sup> J. C. CASSAGNE, *La huelga en ...*, op. cit., p. 73, se muestra partidario de la utilización de las cláusulas de paz absoluta y relativa en el ámbito de los servicios esenciales, por lo que a Argentina se refiere.

<sup>20</sup> Estas circunstancias se refieren a aquellos supuestos en los que la requisa o la militarización no afectan a la totalidad del personal en huelga, sino a una parte del mismo, al que se considera indispensable para el mantenimiento del servicio esencial afectado.

<sup>21</sup> En Francia la prohibición selectiva del derecho de huelga es una medida garantizadora de la continuidad del servicio público, concretamente de su núcleo duro —la continuidad de la acción



generalizada del derecho de huelga en el ámbito de los servicios esenciales puede considerarse una medida garantizadora de su mantenimiento, ya que mantenimiento de los servicios esenciales y prohibición generalizada de la huelga en dicho ámbito son términos irreconciliables.

El quinto y último grupo de medidas garantizadoras abarca todas aquellas que actúan no sobre el ejercicio del derecho de huelga, sino sobre sus efectos, como las distintas fórmulas de sustitución del servicio prestado por los huelguistas.

## **2. b. El papel de las anteriores medidas en el Ordenamiento español**

Tras la enumeración de hipotéticas medidas garantizadoras efectuada en el epígrafe anterior resulta obligado ocuparse del papel otorgado a las mismas por el Ordenamiento español.

Vaya por delante que en el vigente Ordenamiento español ninguna de las medidas garantizadoras anteriormente mencionadas puede considerarse específica y exclusivamente como medida garantizadora del mantenimiento de los servicios esenciales. Lo anterior no impide reconocer la íntima conexión existente entre el mantenimiento y determinadas medidas, como el arbitraje obligatorio o los servicios mínimos. De este modo, puede distinguirse entre aquellas medidas garantizadoras que suelen conectarse con el mantenimiento de los servicios esenciales, aquellas que se

---

gubernamental, el mantenimiento del orden público y la protección de la seguridad de personas y bienes—. Prohibiciones legales o administrativas que han afectado a cuerpos enteros, como las compañías republicanas de seguridad, la policía, los militares, los magistrados, etc., y también a todos los agentes que desempeñen un determinado tipo de funciones, como los directores adjuntos y subdirectores de la administración central, los jefes de las oficinas de la prefectura o de la administración central, los colaboradores directos de los mismos, el personal de los servicios exteriores de la administración penitenciaria, etc. Sobre estas prohibiciones legales y administrativas, véase, P. TERNEYRE, «Vade-mecum du ...», op. cit., pp. 807-808; del mismo autor, *La grève dans ...*, op. cit., pp. 48 ss.; P. AUVERGNON, «Regulación de la ...», op. cit., pp. 111-113; y J. PÉLISSIER, «Grève et substituts ...», op. cit., pp. 137-139.

También el Ordenamiento italiano ha prohibido el derecho de huelga de ciertos cuerpos de funcionarios —ejército y policía—, si bien no parece que esta técnica subjetiva responda directamente a la protección de los intereses de los usuarios de los servicios esenciales, sino del orden y seguridad públicos, que también son intereses constitucionales. Vid., por todos, F. SANTONI, *Lo sciopero*, op. cit., p. 31 y E. ALES, «Vecchi e nuovi ...», op. cit., p. 277

En Alemania, simplemente decir que la prohibición afecta a la totalidad de funcionarios públicos, si bien las razones son ajenas a la protección de los intereses de los usuarios. Sobre este particular, véase, por todos, R. BIRK y E. HERNICHEL, «El derecho de ...», op. cit., pp. 68-70.

predican del derecho de huelga en general y, finalmente, aquellas que simplemente no existen en nuestro Derecho.

Buena parte de las medidas que se han enumerado y clasificado en el epígrafe anterior no son en el Ordenamiento español medidas garantizadoras del mantenimiento de los servicios esenciales sino técnicas jurídicas limitadoras del derecho de huelga, independientemente del ámbito productivo en el que éste se ejercite. En esta situación se encuentran las siguientes: preaviso ordinario —art. 3.3 DLRT—<sup>22</sup>; exigencia de determinados contenidos en la comunicación de la huelga —art. 3.3 DLRT—<sup>23</sup>; obligación de negociar durante el periodo de preaviso y durante la duración del conflicto —art. 8.2 DLRT—; ilicitud de ciertas modalidades de huelga —las de celo, las rotatorias, etc., del artículo 7 DLRT—<sup>24</sup>; ilegalidad de las huelgas políticas puras y de las novatorias —art. 11 DLRT—; arbitraje obligatorio —art. 10.1 DLRT—; cláusulas de

---

<sup>22</sup> Se trata del preaviso ordinario de cinco días naturales. El preaviso ampliado, el de diez días, sí puede ser considerado una medida garantizadora del mantenimiento de los servicios esenciales.

<sup>23</sup> Conviene mencionar, desde una perspectiva *de lege ferenda*, que el artículo 12.2 del PLOH establecía como contenido mínimo de la comunicación de huelga, en el específico ámbito de los servicios esenciales, las medidas propuestas para garantizar el mantenimiento de los servicios esenciales. Este requisito, que procede del artículo 16.1.b. del proyecto inicial del gobierno socialista, se satisfaría con una mención de tipo genérico, pues debe tenerse en cuenta que el posterior artículo 15.1 establecía lo siguiente: «En el ámbito de la empresa o, en su caso, del sector, los convocantes presentarán, ocho días antes de la fecha prevista para el inicio de la huelga, una propuesta de aplicación de los servicios mínimos establecidos en aquéllos, con determinación de los trabajadores que deban cumplirlos». La única manera de salvar la contradicción entre ambos preceptos es entender que mientras el primero podía tener un contenido genérico, el segundo debía contener una propuesta específica, de ahí que pudieran transcurrir dos días entre ambas comunicaciones, aunque no necesariamente, es decir, si la propuesta de medidas garantizadoras realizada con 10 días de antelación fuese lo suficientemente concreta no haría falta una posterior.

Por otra parte, el Acuerdo Vasco establece como contenido necesario de la comunicación de huelga la mención de la duración de la huelga, con claro carácter funcional a la posterior fijación de servicios mínimos.

<sup>24</sup> Desde una perspectiva *de lege ferenda*, puede tenerse en cuenta cómo el artículo 16.1.b, párrafo segundo, del inicial proyecto del gobierno socialista establecía lo siguiente: «Sólo se podrá recurrir a modalidades que aseguren el mantenimiento de las actividades o servicios en la medida necesaria para garantizar la salvaguardia los derechos, libertades y bienes constitucionalmente protegidos». Esta previsión no pasó al PLOH, aunque pudiera entenderse que esta garantía está implícitamente ligada a cualquier regulación de la huelga en los servicios esenciales.

En el debate doctrinal de los años 1992-93, T. SALA FRANCO, «La huelga en ...», op. cit., pp. 15-16, propuso, entre otras medidas más tradicionales y conocidas, la prohibición de ciertas huelgas articuladas en el ámbito de los servicios esenciales. Años antes, F. DURÁN LÓPEZ, «Los derechos de ...», op. cit., p. 18, mencionaba la utilización de modalidades que permitieran el mantenimiento de los servicios esenciales.

paz sindical absoluta —art. 8.1 DLRT—; y exclusión definitiva y permanente de la titularidad del derecho de huelga para ciertos cuerpos de funcionarios públicos<sup>25</sup>.

Otras medidas en el Ordenamiento español simplemente no existen, no ya para el ámbito de los servicios esenciales sino para cualquier ámbito. Concretamente son las siguientes: sometimiento previo obligatorio y *ex lege* a mecanismos de solución extrajudicial<sup>26</sup>; proclamación de la huelga limitada exclusivamente a ciertos sujetos colectivos<sup>27</sup>; respeto necesario de periodos de enfriamiento entre huelgas en un mismo

---

<sup>25</sup> En España, a diferencia de Francia, la prohibición del derecho de huelga para ciertos cuerpos de funcionarios no se fundamenta en el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad, sino en otras consideraciones. Se remite a lo dicho en el capítulo segundo, apartado A, epígrafe 3.

Para F. VALDÉS DAL-RÉ, «Servicios esenciales y ...», op. cit., pp. 127-128, no puede considerarse medida garantizadora del mantenimiento de los servicios esenciales la prohibición del derecho de huelga para ciertos cuerpos de funcionarios en razón de su estatuto jurídico personal.

<sup>26</sup> Sí existe en el Derecho español la posibilidad de negociar en convenios colectivos o en acuerdos sobre materias concretas el recurso previo obligatorio a mecanismos extrajudiciales de solución de conflictos, limitados o no al ámbito de los servicios esenciales. Los convenios colectivos no están haciendo en general uso de esta posibilidad. Más activos se han mostrado, en cambio, los acuerdos sobre materias concretas. Así, buena parte de las CC.AA. que han instaurado convencionalmente mecanismos extrajudiciales de solución de conflictos laborales han incluido dentro de su ámbito objetivo las controversias desencadenantes de una convocatoria de huelga, si bien pocas han establecido la obligación de recurrir previamente a uno de los mecanismos extrajudiciales. A nivel nacional, el ASEC —art. 10.3— sí ha establecido la obligatoriedad de la mediación antes de comunicar formalmente la huelga. En todo caso, ni los acuerdos autonómicos —con la excepción del Acuerdo Cántabro, que prevé la aplicación de sus mecanismos a las controversias surgidas en la determinación de los servicios mínimos—, ni el ASEC contienen previsiones específicas para el ámbito de los servicios esenciales. El ASEC, por lo demás, no resulta aplicable a muchos servicios esenciales, concretamente a aquéllos suministrados por las Administraciones Públicas.

A. BAYLOS GRAU, *Derecho de huelga y ...*, op. cit., pp. 209 ss., incluye los procedimientos de conciliación, mediación y arbitraje dentro de las posibles técnicas de regulación de la huelga en los servicios esenciales, si bien llega a la conclusión de que las instituciones de este tipo existentes en el Ordenamiento español no están cumpliendo la función de medidas garantizadoras del mantenimiento de los servicios esenciales. Igualmente, J. HERNÁNDEZ VIGUERAS, *La solución de los conflictos laborales en el sistema de relaciones laborales*, MTSS, Madrid, 1992, p. 458. Para M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, «Órgano competente y motivación en la determinación de los servicios esenciales en caso de huelga», en *RL*, 1990 II, p. 27, sería conveniente que los agentes sociales acudieran con más frecuencia a fórmulas de composición de los conflictos surgidos en el ámbito de los servicios esenciales, que evitaran las numerosas huelgas existentes en este sector, en línea con los consejos de la STC 33/81. *De lege ferenda*, algún autor como T. SALA FRANCO, «La huelga en ...», op. cit., pp. 15-16, ha propuesto el establecimiento *ex lege* de mediaciones obligatorias previas en el ámbito de los servicios esenciales.

<sup>27</sup> También *de lege ferenda*, T. SALA FRANCO, «La huelga en ...», op. cit., pp. 15-16, alude, entre otras medidas más tradicionales y conocidas, a las limitaciones en la legitimación para declarar huelgas. El mismo autor, en «La titularidad del derecho de huelga», en AA.VV., *Ley de huelga*, ISE, Madrid, 1993, pp. 29-30, admite la posibilidad de limitar la convocatoria de huelga en los servicios esenciales exclusivamente a los sindicatos, sin distinción de representatividad, excluyendo a otros posibles sujetos colectivos, luego de haber entendido que el artículo 28.2 de la CE sólo contiene el derecho individual de huelga. Una propuesta más radical es la de J. M. RAMÍREZ MARTÍNEZ, «Huelga y cierre ...», op. cit., pp. 447 ss., quien alude como medida garantizadora a la proclamación exclusiva por los sindicatos más representativos.

ámbito<sup>28</sup>; evitación de huelgas simultáneas en el mismo sector<sup>29</sup>; y postergación de la fecha de inicio de la huelga durante un determinado plazo<sup>30</sup>.

Queda tratar aquellas medidas que suelen reconducirse al mantenimiento de los servicios esenciales, como el preaviso ampliado, la publicidad de las consecuencias de la huelga, el arbitraje obligatorio<sup>31</sup>, las técnicas de sustitución de los huelguistas y, finalmente, las medidas que pudieran desempeñar algún papel en el contexto de los estados excepcionales, como la militarización o la imposición de prestaciones personales obligatorias. Las mismas son estudiadas en los siguientes subepígrafes.

## **2. b. 1. Especial consideración del preaviso ampliado y de la publicidad de las consecuencias del conflicto**

---

En esta misma línea, parece evidente que ha llegado la hora de que la doctrina considere la oportunidad de prohibir, al menos en el ámbito de los servicios esenciales, las huelgas de oficios, cuyos únicos e insolidarios beneficiarios son siempre los mismos —pilotos, controladores aéreos, etc.—. De prosperar esta reforma sería beneficiosa para los trabajadores en su conjunto, que de otro modo y con el tiempo podrían comprobar cómo lo que nació para muchos es ejercitado con eficacia por pocos e insolidarios. Pero éste es un debate que por sí solo merece una tesis.

<sup>28</sup> La declaración de parte contenida en la propuesta sindical de 1992, establecía lo siguiente: «En la medida en que se plasmen los criterios que constituyen la base de esta propuesta los sindicatos, en el marco de los códigos de autoconducta o de la regulación negociada de los servicios mínimos, declaran su voluntad de proponer, en determinados supuestos, algunas fórmulas de autolimitación en el ejercicio de la huelga, como la no coincidencia en determinados sectores o la abstención en ciertos periodos». También declara la conveniencia de estas medidas, E. ROJO TORRECILLA, *El derecho de huelga ...*, op. cit., p. 48.

<sup>29</sup> *Ibidem*.

<sup>30</sup> El artículo 10.1 DLRT regulaba esta medida, si bien no la circunscribía al ámbito de los servicios esenciales. En todo caso, fue declarada inconstitucional por la STC 11/81, en los siguientes términos: «Para recortar tan gravemente el uso de un derecho constitucional, la mayor o menor duración del conflicto y la comparación de las respectivas posiciones de las partes (más o menos distantes; más o menos alejadas de una posible conciliación) no son parámetros útiles. En ningún caso pueden servir de obstáculo a la subsistencia del ejercicio de un derecho, que ha sido declarado fundamental y de carácter básico por la Constitución. La fórmula “perjuicio grave de la economía nacional” tampoco puede obstar al derecho en examen. Es un concepto indeterminado que no concreta cuáles son los intereses a los que el derecho debe quedar sacrificado. Su supuesto de hecho queda en total inconcreción y ofrece un evidente margen a la arbitrariedad. Si la huelga es un instrumento de reivindicación social elevado al rango de derecho fundamental, no es nunca su ejercicio por sí solo la única causa que ocasiona el perjuicio grave, sino otras acciones u omisiones concurrente con él» (F. J. 19). El razonamiento empleado por el TC puede compartirse perfectamente. Lo que ya no puede aceptarse es que este mismo razonamiento no conllevara la inconstitucionalidad del arbitraje obligatorio regulado en el mismo artículo 10.1 DLRT. Critican duramente la diversidad de soluciones adoptadas por el TC, F. DURÁN LÓPEZ, «El régimen legal ...», op. cit., p. 70 y F. PÉREZ ESPINOSA, «El arbitraje en materia laboral», en AA.VV., *Jurisprudencia constitucional y relaciones laborales*, CEC, Madrid, 1983, pp. 334-335.

<sup>31</sup> Adviértase que hemos mencionado el arbitraje obligatorio tanto entre las medidas conectados con el mantenimiento de los servicios esenciales, como entre las medidas limitadoras del derecho de huelga en general. Ya veremos en su momento a qué obedece esta contradictoria solución.

Antes de analizar brevemente y por separado estas medidas hay que aclarar si se está ante técnicas garantizadoras del mantenimiento de los servicios esenciales o si, por el contrario, su ámbito de aplicación es otro<sup>32</sup>. Una lectura literal del artículo 4 DLRT<sup>33</sup> llevaría inmediatamente a proclamar que no se está ante técnicas específicamente garantizadoras del mantenimiento, al haber rechazado anteriormente la identificación entre los conceptos de servicios públicos y de servicios esenciales. Ahora bien, no puede olvidarse que en el diseño original del DLRT los artículos 4 y 10.2 estaban estrechamente conectados y que habiendo sido este último reinterpretado y reconducido a la fórmula del 28.2 CE —STC 11/81, F. J. 18—, lo mismo debe hacerse con el artículo 4 DLRT.

Una lectura sistemática de los artículos 4 y 10.2 DLRT, con la reinterpretación efectuada por la STC 11/81, F. J. 18, permite concluir que las dos técnicas del artículo 4 son medidas garantizadoras del mantenimiento de los servicios esenciales<sup>34</sup>; medidas previstas legalmente. Dicho lo cual, tampoco pueden olvidarse totalmente los términos literales del artículo 4 DLRT, por lo que adicionalmente se propugna la aplicación de estos requisitos procedimentales a aquellas huelgas que se declaren en los servicios públicos que no reúnan la condición de esenciales.

---

<sup>32</sup> Estas dos técnicas han sido tradicionalmente mencionadas por la doctrina española como medidas garantizadoras del mantenimiento de los servicios esenciales. Así, por todos, A. MARTÍN VALVERDE, «El derecho de ...», op. cit., pp. 247-248, respecto del preaviso, y J. M. RAMÍREZ MARTÍNEZ, «Huelga y cierre ...», op. cit., pp. 447 ss., en cuanto a la publicidad del conflicto. En cambio, S. TORRENTE GARI, *El ejercicio del ...*, op. cit., p. 51, acogiéndose a la doctrina del TC, entiende que el preaviso y la publicidad del conflicto no serían medidas garantizadoras sino peculiaridades del régimen jurídico. Seguramente son una cosa y otra, es decir, son medidas garantizadoras del mantenimiento de los servicios esenciales que inciden sobre el ejercicio del derecho de huelga como peculiaridades o requisitos procedimentales.

<sup>33</sup> Dice así: «Cuando la huelga afecte a empresas encargadas de *cualquier clase de servicios públicos*, el preaviso del comienzo de huelga al empresario y a la autoridad laboral habrá de ser, al menos, de diez días naturales. Los representantes de los trabajadores deberán dar a la huelga, antes de su iniciación, la publicidad necesaria para que sea conocida por los usuarios del servicio» (mías las cursivas).

<sup>34</sup> Tanto A. BAYLOS GRAU, *Derecho de huelga y ...*, op. cit., p. 159, como S. TORRENTE GARI, *El ejercicio del ...*, op. cit., p. 218, entienden que hay que sustituir el término servicios públicos del artículo 4 DLRT por el de servicios esenciales. En cambio, S. GONZÁLEZ ORTEGA, «Diseño normativo e intervención de la Administración en las relaciones colectivas de trabajo», en *La intervención administrativa y jurisdiccional en las relaciones colectivas de trabajo*, edición preparada por F. Durán López, CARL, Sevilla, 1989, pp. 41-42, entiende que no hay correspondencia entre los conceptos de los artículos 4 y 10.2 DLRT.

En cuanto a la jurisprudencia, la STS (3ª), 25-11-1995, Ar. 5675, F. J. 2, vincula el preaviso ampliado del artículo 4 DLRT con las garantías de mantenimiento de los servicios esenciales.

La obligación de preavisar la huelga, es decir, de comunicarla con una cierta antelación, incide sobre el ejercicio del derecho de huelga como un requisito procedimental. A diferencia de otros Ordenamientos<sup>35</sup>, el español insta legalmente este requisito y lo extiende a todo tipo de huelgas —art. 3.3 DLRT—. Además, y esto es lo que ahora interesa, en el ámbito de los servicios esenciales el plazo de preaviso se amplía a diez días naturales, de modo que la técnica garantizadora no es tanto el preaviso

---

<sup>35</sup> A. BAYLOS GRAU, *Derecho de huelga y ...*, op. cit., pp. 156-157, da cuenta de cómo en Derecho comparado no suele ser habitual el preaviso general, limitándose al ámbito de los servicios públicos o de los servicios esenciales, y, además, formando parte de la autodisciplina sindical o de la negociación colectiva más que de la imposición legal.

El preaviso es una medida garantizadora especialmente utilizada por las experiencias de Derecho comparado más significativas para España. Así, en Francia el preaviso de 5 días hábiles se aplica exclusivamente en el ámbito de los servicios públicos, a partir de la Ley de 31 de julio de 1963 (incorporada al Código de Trabajo, artículos L 521-2 ss.). Sobre el mismo, vid., P. AUVERGNON, «Regulación de la ...», op. cit., pp. 109-111; P. TERNEYRE, *La grève dans ...*, op. cit., pp. 57 ss.; y E. DEVAUX, *La greve dans ...*, op. cit., pp. 246 ss. Los resultados de esta técnica garantizadora han sido relativizados, entre otros, por A. LYON-CAEN, «Sciopero e servizi ...», op. cit., pp. 515 ss. y J. PÉLISSIER, «Grève et substituts ...», op. cit., pp. 139-141. Y han sido relativizados porque en muchas ocasiones se ha hecho un uso probablemente abusivo: convocatoria y posterior desconvocatoria que produce en los usuarios prácticamente los mismos efectos que si hubiera habido huelga pero sin que la haya habido formalmente, y, en consecuencia, sin que se procedan los oportunos descuentos salariales.

En cuanto a Italia, el preaviso de 10 días, ampliable por la negociación colectiva y por la autodisciplina sindical, es legalmente exigible sólo en el ámbito de los servicios esenciales, pudiendo ser exceptuado en una par de supuestos que no vienen al caso. Véase, T. TREU, «Le prestazioni indispensabili», op. cit., pp. 40-41; M. V. BALLESTRERO, en U. Romagnoli y M. V. Ballestrero, *Norme sull'esercizio ...*, op. cit., pp. 157 ss.; y F. SANTONI, «Sciopero nei servizi pubblici essenziali e obbligo di preavviso: un limite procedurale inderogabile», en *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro*, 1993, pp. 609 ss. Tras la reforma introducida por la Ley 83/2000 la comunicación de la huelga, que tiene que ser escrita, debe dirigirse tanto a las empresas o entes públicos encargados de la gestión del servicio esencial como a la autoridad administrativa competente en materia de precettazione, que a su vez comunica la convocatoria de huelga a la Comisión de garantías de la Ley 146/1990. Al igual que en Francia en Italia también es muy frecuente el pernicioso para los usuarios juego de convocatorias y desconvocatorias —denominado en Italia efecto anuncio—. La reciente reforma introducida por la Ley 83/2000 ha afrontado este problema, que ya había sido objeto de la atención de la Comisión de garantías, estableciendo el carácter desleal de las desconvocatorias efectuadas tras la publicidad del conflicto dirigida a los usuarios, a menos, lógicamente, que la desconvocatoria se deba a un acuerdo de las partes o a una solicitud de la Comisión de garantías o de la correspondiente autoridad gubernativa con competencias en materia de precettazione. Deslealtad que puede acarrear a los sujetos colectivos responsables las sanciones previstas en la propia Ley. Sobre la incidencia de la reciente reforma italiana en la institución del preaviso y en la desconvocatoria de huelgas, véase con tono crítico, E. GRAGNOLI, «Le regole per ...», op. cit., pp. 22 ss. y R. NUNIN, «La revoca spontanea dello sciopero», en L. Menghini, M. Miscione y A. Vallebona (a cura di), *La nuova disciplina dello sciopero nei servizi pubblici essenziali*, Cedam, Padova, 2000, pp. 73 ss.

En España recientemente la STS (4ª), unificación doctrina, 17-12-99, Ar. 522, ha declarado abusiva una huelga intermitente sistemática y sucesivamente desconvocada, provocando graves y desproporcionados daños al empresario. Los mismos argumentos de la sentencia pudieran extenderse a aquellos casos en los que el daño se produce a los usuarios que se ven perjudicados por el efecto anuncio de las huelgas que finalmente llegan a desarrollarse. Esa sentencia, de enorme importancia desde el punto de vista procesal —posibilita las acciones meramente declarativas en materia de huelga—, ha sido comentada por mí en el número 33 de la revista *Carta Laboral*, p. 90.

como una ampliación de su plazo ordinario, lo que por cierto entronca con nuestra tradición histórica<sup>36</sup>.

El preaviso ampliado, objeto de numerosas críticas<sup>37</sup>, cumple una finalidad específica que permite calificarlo como medida garantizadora del mantenimiento de los servicios esenciales. Concretamente permite la publicidad del conflicto y de sus repercusiones dirigida a los usuarios, y, además, posibilita la valoración de la necesidad de otro tipo de medidas garantizadoras —*v. gr.* servicios mínimos— y, en su caso, su tempestiva puesta en práctica<sup>38</sup>. Por supuesto, el preaviso ampliado también cumple con las finalidades tradicionales del preaviso: enfriamiento del conflicto, fomento de la solución negociada y evitación de huelgas sorpresa<sup>39</sup>.

Queda una última cuestión en relación con el preaviso, a saber, la posibilidad apuntada por la STC 11/81 de exceptuarlo por fuerza mayor o estado de necesidad<sup>40</sup>. Esta posibilidad, que según la doctrina debería interpretarse conforme a parámetros no estrictamente civilistas, en el caso del preaviso ampliado podría traducirse en la reducción del plazo, pero no en su total supresión<sup>41</sup>, pues entonces no podría cumplir la función instrumental anteriormente apuntada, que es la que precisamente permite considerarlo medida garantizadora del mantenimiento de los servicios esenciales.

---

<sup>36</sup> Históricamente es el caso de la Ley de 27 de abril de 1909, relativa a coligaciones, huelgas y paros, que establecía una diferenciación entre los servicios públicos a la hora de fijar un determinado plazo de preaviso, a través de una lista de los mismos —artículos 5 y 6—.

Por otra parte, el artículo 12.2 del frustrado PLOH establecía un plazo de preaviso de 10 días naturales como mínimo, en consonancia con la propuesta sindical, frente a los 15 días naturales previstos por el proyecto inicial del gobierno socialista.

<sup>37</sup> La regulación legal de esta institución ha sido criticada por A. BAYLOS GRAU, *Derecho de huelga y ...*, op. cit., p. 158, por su excesiva duración, formalización y rigidez, y S. TORRENTE GARI, *El ejercicio del ...*, op. cit., pp. 218-219.

En todo caso, el TC ha convalidado la vigente regulación legal de este requisito procedimental en las sentencias 11/81, F. J. 15 y 332/94, F. J. 5.

<sup>38</sup> Esta finalidad está expresamente establecida en la Ley italiana 146/1990 —art. 2.5—. Para P. PASCUCCI, «La riforma della ...», op. cit., p. 746, la finalidad instrumental del preaviso resulta indirectamente reforzada por la reforma de la Ley 146/1990 operada por la Ley 83/2000, al haber establecido sanciones, antes inexistentes, dirigidas a las empresas que incumplan su obligación de dar publicidad del conflicto y de sus repercusiones para los usuarios.

<sup>39</sup> A estas finalidades se refieren, entre otros, A. BAYLOS GRAU, *Derecho de huelga y ...*, op. cit., p. 156 y S. TORRENTE GARI, *El ejercicio del ...*, op. cit., p. 218.

<sup>40</sup> Dice así: «{...} Debe observarse finalmente que estarán exentos de la obligación de cumplir el preaviso los casos en que así lo impongan una notoria fuerza mayor o un estado de necesidad, que tendrán que probar quienes por tal razón no cumplieran su obligación previa» (F. J. 15).

<sup>41</sup> Esta solución es defendida por A. BAYLOS GRAU, *Derecho de huelga y ...*, op. cit., pp. 159-161 y S. TORRENTE GARI, *El ejercicio del ...*, op. cit., pp. 220-222, quien, no obstante, advierte de la dispar jurisprudencia existente en este punto.

En cuanto a la obligación de publicidad de las consecuencias del conflicto, su regulación —art. 4 DLRT— ha sido criticada por la doctrina<sup>42</sup>, fundamentalmente por dos motivos: por su parquedad y por recaer exclusivamente en los representantes de los trabajadores, a diferencia de lo que sucede en otras experiencias jurídicas, como la italiana, donde existen otros sujetos responsables —empresas, principalmente— y el contenido de la obligación es más rico<sup>43</sup>. Puede ya apreciarse en esta materia la existencia de notables diferencias entre la experiencia española y la italiana. En el sistema italiano al mantenimiento de los servicios esenciales contribuyen desde luego los trabajadores pero también los empresarios<sup>44</sup>, mientras en el sistema español todas las obligaciones se imputan a los trabajadores, comenzando con la obligación de publicidad.

Esta obligación se cumple mediante la emisión de información neutra acerca de la existencia misma del conflicto y de las repercusiones que pudiera tener para los usuarios, lo que la diferencia de la posibilidad que los representantes de los trabajadores tienen de emitir información valorativa sobre el conflicto —art. 6.6 DLRT—, normalmente en el

---

<sup>42</sup> Cfr., A. BAYLOS GRAU, *Derecho de huelga y ...*, op. cit., pp. 163-164 y S. TORRENTE GARI, *El ejercicio del ...*, op. cit., p. 224.

<sup>43</sup> La obligación de publicidad de la huelga es un requisito de cierta importancia en el diseño de la Ley italiana 146/90, haciéndolo recaer sobre las empresas o administraciones suministradoras del servicio esencial y sobre los medios de comunicación que gocen de subvenciones públicas —la inmensa mayoría—, y no sobre los representantes de los trabajadores. Sobre esta obligación y su profusa regulación en el artículo 2.6 de la citada ley, vid., por todos, T. TREU, «Le prestazioni indispensabili», op. cit., pp. 53-54; M. V. BALLESTRERO, en U. Romagnoli y M. V. Ballestrero, *Norme sull'esercizio ...*, op. cit., pp. 173-175; y E. BRIDA, «El circuito delle informazioni», en L. Menghini, M. Miscione y A. Vallebona, *La nuova disciplina dello sciopero nei servizi pubblici essenziali*, Cedam, Padova, 2000, pp. 125 ss., quien insiste en las sanciones, que sin ninguna duda tras la reforma del año 2000, pueden ser aplicadas a los empresarios que incumplan sus obligaciones en esta materia.

Por otra parte, el artículo 12.3 del frustrado PLOH establecía el requisito de publicidad de la huelga en los servicios esenciales a cargo de los convocantes; publicidad que también habría de producirse en caso de desconvocatoria. Esta previsión, por lo demás excesivamente escueta, trae causa del artículo 16.1.c) y d) del proyecto inicial del gobierno socialista

Además, el segundo párrafo del mismo artículo 12.3 PLOH establecía lo siguiente: «Sin perjuicio de lo anterior, la dirección de la empresa o la administración pública responsable del servicio deberá comunicar, con una antelación suficiente, a los usuarios potencialmente afectados las modalidades de desarrollo de la huelga, las alteraciones de la actividad previstas como consecuencia de aquella, así como las circunstancias relativas a la reanudación de la actividad laboral». Esta obligación de publicidad a cargo del empresario, prevista tanto en el proyecto inicial como en la propuesta sindical, tenía un contenido mucho más concreto que la anterior, y es que en este caso no se trataba tanto de comunicar la convocatoria de una huelga en los servicios esenciales, como de ofrecer a los usuarios una adecuada visión de la repercusión del ejercicio del derecho de huelga en el funcionamiento del servicio esencial.

<sup>44</sup> Vid., por todos, P. PASCUCI, *Tecniche regolative dello ...*, op. cit., pp. 76 ss.



seno de piquetes informativos<sup>45</sup>. En todo caso, nada impide que esos dos tipos de información puedan difundirse al unísono.

A diferencia del preaviso ampliado, que sólo tiene carácter instrumental, esta técnica jurídica puede operar tanto con carácter instrumental, actuando de “portavoz” de otras técnicas —*v. gr.* los servicios mínimos—, como constituir una medida garantizadora del mantenimiento de los servicios esenciales de carácter autosuficiente, siempre y cuando concurren determinadas circunstancias<sup>46</sup>. La mejor manera de justificar lo que se acaba de decir es acudir a un ejemplo: al caso analizado por la STS (3ª), de 15 de septiembre de 1995<sup>47</sup>, relativo a una huelga de dos horas de duración en RTVE para la que se dictaron servicios mínimos por el RD 176/1991. La citada sentencia (F. J. 2) entiende claramente que una huelga de dos horas de duración no perjudica los intereses esenciales —derecho a la información— hasta el extremo de exigir el establecimiento de servicios mínimos, bastando para satisfacer dichos intereses con una reorganización *ad hoc* del horario de los servicios prestados normalmente, lo que por cierto sucede con frecuencia —cada vez que hay un partido de fútbol—. A lo anterior cabría añadir que la satisfacción de los intereses esenciales no exigía ni establecimiento de servicios mínimos ni tan siquiera reorganización *ad hoc* de los servicios, bastando con la publicidad del conflicto para que los usuarios de RTVE satisficiesen su derecho a la información a través del resto de medios de información existentes en nuestro país. Como éste podrían citarse otros muchos ejemplos de mantenimiento de los servicios esenciales a través exclusivamente de la técnica de la publicidad del conflicto y de sus repercusiones, que vienen a corroborar que la pluralidad de medidas garantizadoras es algo factible y deseable<sup>48</sup>.

---

<sup>45</sup> La diferencia entre ambos tipos de información puede consultarse en A. BAYLOS GRAU, *Derecho de huelga y ...*, op. cit., pp. 163-164.

<sup>46</sup> No se comparte aquí la opinión de A. BAYLOS GRAU, *Derecho de huelga y ...*, op. cit., p. 164, para quien la obligación de publicidad pudiera entenderse subsumida en el preaviso ampliado, utilizando a tal efecto la STC 13/86, F. J. 3. El preaviso posibilita la publicidad del conflicto, si bien esta última no está implícita en el primero. Parece sostener esta postura, S. TORRENTE GARI, *El ejercicio del ...*, op. cit., p. 224.

<sup>47</sup> Ar. 6654. Esta interesante sentencia ha sido comentada por A. BAYLOS GRAU, «Interpretación jurisprudencial del ...», op. cit., pp. 37-62. Su doctrina ha sido confirmada por la STS (3ª), 20-2-98, Ar. 2362, a su vez comentada por A. MERINO SEGOVIA, «Servicios mínimos en ...», op. cit., pp. 147-181.

<sup>48</sup> Otro ejemplo que puede citarse es el enjuiciado por la STS (3ª), 20-5-94, Ar. 4429, que desafortunadamente convalida los servicios mínimos impuestos para una huelga de 24 horas que afectaba al personal de cocina de los comedores escolares de la Consejería de Educación de Andalucía. Desafortunadamente porque, a pesar de que los comedores escolares pueden considerarse un servicio

La experiencia española está minusvalorando estas dos medidas garantizadoras, otorgándoles invariablemente carácter instrumental, poniéndolas a merced de la imposición gubernativa de servicios mínimos, cuando en numerosas ocasiones pudieran ser suficientes por sí solas para alcanzar el mantenimiento del servicio esencial afectado<sup>49</sup>. Cuando a lo largo de esta investigación se dice insistentemente que los servicios mínimos son la medida garantizadora habitualmente empleada no se olvida que nuestro Ordenamiento conoce y utiliza otras medidas garantizadoras, simplemente se manifiesta su carácter meramente instrumental y secundario.

## **2. b. 2. El arbitraje obligatorio y el mantenimiento de los servicios esenciales**

No se pretende indagar en el polémico régimen jurídico del arbitraje obligatorio<sup>50</sup>. Lo único que interesa es si el mismo es o no una medida garantizadora del

---

esencial, resulta innecesario establecer servicios mínimos para una huelga de 24 horas, ya que la salud de los escolares no sufre merma considerable alguna por el hecho de que durante un día no puedan servirse de los comedores. Además, y esto es lo importante, mediante la garantía de la publicidad de la huelga los padres de los escolares podrían evitar suficientemente cualquier posible daño a la salud de los escolares. De lo único que en este supuesto cabría hablar es de cierta incomodidad para los padres de los escolares, pero se ha de convenir que el mantenimiento de los servicios esenciales no se dirige a evitar las incomodidades que pudiera suscitar el ejercicio de un derecho fundamental como es la huelga.

Otro ejemplo lo constituye el caso enjuiciado por la STS (3ª), 23-9-98, Ar. 6920, en el que la autoridad gubernativa no dictó servicios mínimos, pese al carácter esencial de la actividad prestada por la empresa MercaSevilla —Mercados centrales, matadero y lonja—, pues la escasa duración de la huelga, 24 horas, no provocaba una amenaza a los intereses esenciales —vida, integridad y salud— suficiente como para dictar servicios mínimos, bastando con la publicidad del conflicto. Téngase en cuenta que en el supuesto analizado por la sentencia dictada lo que materialmente dictó la autoridad gubernativa fueron servicios de seguridad y mantenimiento, amparándose incorrectamente en el artículo 10.2 DLRT.

<sup>49</sup> Tempranamente señalaba A. BAYLOS GRAU, *El derecho de ...*, op. cit., pp. 494-495, que en determinados supuestos no sería necesario el establecimiento de servicios mínimos, bastando con el preaviso y la publicidad de la huelga. En parecido sentido, aunque con distinto fundamento, S. TORRENTE GARI, *El ejercicio del ...*, op. cit., pp. 195-196; 203 ss. y 412, propone una categoría de servicios esenciales a la que denomina potenciales en la que sería habitual dictar servicios mínimos, con mayor o menor intensidad, mientras que en el resto de servicios esenciales la imposición de servicios mínimos debiera ser excepcional.

<sup>50</sup> Sobre esta institución, con tono en general crítico, véase, J. MATÍA PRIM y otros, *Huelga, cierre patronal ...*, op. cit., pp. 132-136; F. PÉREZ ESPINOSA, «El arbitraje en ...», op. cit., pp. 317-335; A. BAYLOS GRAU, *Derecho de huelga y ...*, op. cit., pp. 226 ss.; del mismo autor, «El arbitraje obligatorio que pone fin a la huelga en servicios esenciales», en *Poder Judicial*, 1988, núm. 11, pp. 127 ss.; J. HERNÁNDEZ VIGUERAS, *La solución de ...*, op. cit., pp. 457 ss.; C. L. ALFONSO MELLADO, «Los arbitrajes obligatorios de los arts. 12 y 25 del proyecto de ley orgánica de huelga», en AA.VV., *Ley de huelga*, ISE, Madrid, 1993, pp. 283-293; S. TORRENTE GARI, *El ejercicio del ...*, op. cit., pp. 325 ss.; y G. B. OLMEDA FREIRE, *La problemática delimitación de competencias entre el orden social y el contencioso-administrativo*, Tirant lo blanch, Valencia, 2000, pp. 128-153, quien recoge prácticamente toda la jurisprudencia existente.

Sobre el arbitraje obligatorio en Argentina, véase, J. C. CASSAGNE, *La huelga en ...*, op. cit., pp. 86-89.

mantenimiento de los servicios esenciales y, en caso afirmativo, si tiene o no carácter subsidiario. La primera cuestión ha dividido a la doctrina, entendiéndose unos que se está ante una institución aplicable en cualquier ámbito en el que la huelga se ejerza<sup>51</sup>. Otros, en cambio, mantienen que el arbitraje obligatorio sólo puede emplearse en el ámbito de los servicios esenciales<sup>52</sup>.

Los autores que circunscriben el arbitraje obligatorio al ámbito de los servicios esenciales confunden los planos de la política del derecho y de la interpretación jurídica. Confusión guiada por dos objetivos: primero, disminuir el posible ámbito de aplicación de esta técnica jurídica tan peligrosa para el derecho fundamental de huelga. Segundo, aplicar a la misma el complejo de garantías con que la jurisprudencia ha rodeado el establecimiento de servicios mínimos en el ámbito de los servicios esenciales<sup>53</sup>.

De los dos objetivos citados el segundo no necesita de la confusión de planos para ser defendido, puesto que las garantías aplicables a los servicios mínimos —intervención de autoridad gubernativa imparcial, motivación suficiente y respeto del principio de proporcionalidad— no son privativas de esta técnica, siendo aplicables a cualesquiera restricciones al ejercicio del derecho de huelga<sup>54</sup>. Por tanto, el arbitraje obligatorio, independientemente de lo que a continuación se diga, debe respetar las garantías citadas.

---

<sup>51</sup> Entre otros, J. MATÍA PRIM y otros, *Huelga, cierre patronal...*, op. cit., p. 132; F. PÉREZ ESPINOSA, «El arbitraje en ...», op. cit., pp. 333-335, aunque para este autor el arbitraje obligatorio debiera circunscribirse al ámbito de los servicios esenciales; J. GARCÍA BLASCO, *El derecho de ...*, op. cit., p. 124; J. HERNÁNDEZ VIGUERAS, *La solución de ...*, op. cit., pp. 458-459; y C. L. ALFONSO MELLADO, «Los arbitrajes obligatorios ...», op. cit., pp. 284-285.

<sup>52</sup> Es el caso de A. BAYLOS GRAU, «El arbitraje obligatorio ...», op. cit., pp. 127-135; J. VIDA SORIA y Á. GALLEGU MORALES, «Derechos Sindicales y ...», op. cit., p. 354; J. GÁRATE CASTRO, «Derecho de huelga ...», op. cit., p. 16; y S. TORRENTE GARI, *El ejercicio del ...*, op. cit., pp. 329-330, aunque en realidad no se sabe muy bien cuál es la postura que mantiene esta autora.

El CLS de la OIT circunscribe la utilización del arbitraje obligatorio, entre otros supuestos excepcionales, a los servicios esenciales en su acepción estricta. Vid., OIT, *La libertad sindical ...*, op. cit., párrafos 515-521.

<sup>53</sup> La confusión denunciada y los objetivos que la motivan impregnan la obra de A. BAYLOS GRAU, «El arbitraje obligatorio ...», op. cit., pp. 127-135, en la que se comenta la sentencia de la Audiencia Territorial de Valencia de 19 de diciembre de 1987, que incurre en la confusión de planos de la que se habla. Esta sentencia fue convalidada por la STS (3ª), 9-8-88, Ar. 4075, si bien el Supremo en ningún momento circunscribe el arbitraje obligatorio al campo de los servicios esenciales. También incurre en la confusión de planos el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña en la Resolución de 7 de agosto de 1986 por la que se desestima la reclamación administrativa contra un arbitraje obligatorio (publicada en *RL*, 1987, núm. 1, pp. 76-80).

<sup>54</sup> Además de Baylos otros autores también propugnan la aplicación de las mismas garantías de los servicios mínimos al arbitraje obligatorio. Así, S. TORRENTE GARI, *El ejercicio del ...*, op. cit., pp. 328-329.

El primero de los objetivos puede compartirse como opción de política del derecho, pero lo cierto es que tal y como está redactado el artículo 10.1 DLRT desde el plano de la interpretación jurídica no puede limitarse esta técnica exclusivamente al ámbito de los servicios esenciales. Lo que sí puede y debe hacerse es interpretar los requisitos fácticos que lo posibilitan —cumulativamente, duración o consecuencias de la huelga, posiciones de las partes y perjuicio grave de la economía nacional<sup>55</sup>— de manera especialmente restrictiva, en coherencia con su condición de conceptos jurídicos indeterminados que limitan el derecho de huelga. En este sentido, es más que probable que el arbitraje obligatorio acabe siendo aplicado casi exclusivamente en el ámbito de determinados servicios esenciales, como el transporte, que ocupan un papel central en nuestra economía y en nuestra sociedad<sup>56</sup>.

No siendo teóricamente el arbitraje obligatorio una técnica jurídica específicamente destinada al mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad en la práctica puede desempeñar esta función, aunque nada impediría, si se cumplieran escrupulosamente los requisitos fácticos, su aplicación fuera del ámbito de los servicios esenciales. No se olvide que el arbitraje obligatorio, tal y como está diseñado en el DLRT<sup>57</sup>, persigue proteger directamente los intereses macroeconómicos de la entera sociedad y sólo reflejamente los de los usuarios de los servicios afectados.

---

<sup>55</sup> La STS (3ª), 9-5-88, Ar. 4075, F. J. 4, establece claramente que los tres requisitos del artículo 10.1 DLRT deben concurrir cumulativamente.

<sup>56</sup> A esta misma conclusión llegan casi todos los autores mencionados en la nota 51.

<sup>57</sup> El frustrado proyecto inicial de regulación de la huelga del gobierno socialista (1992) contenía dos supuestos de arbitraje obligatorio: uno —art. 12— continuista con el establecido por el art. 10.1 DLRT y otro —art. 25— centrado exclusivamente en el ámbito de los servicios esenciales. Esta dualidad de arbitrajes, de una parte, confirma la tesis de quienes sostienen la autonomía del arbitraje del art. 10.1 DLRT, y, de otra, concede parte de razón a quienes vienen considerando el arbitraje obligatorio como medida garantizadora del mantenimiento de los servicios esenciales. Ambos, especialmente el segundo, merecieron una valoración ciertamente desfavorable, que aquí se comparte, a C. L. ALFONSO MELLADO, «Los arbitrajes obligatorios ...», op. cit., pp. 290-291.

En todo caso, el PLOH —art. 10— sólo recogía el arbitraje obligatorio llamémosle de ámbito general, suprimiendo el específico para los servicios esenciales, lo que viene a reforzar la tesis de aquellos autores que entienden que el ámbito de aplicación del arbitraje obligatorio no tiene por qué limitarse a los servicios esenciales. Lo más significativo del arbitraje obligatorio del artículo 10 PLOH en comparación con el actual del artículo 10.1 DLRT es lo siguiente: el supuesto de hecho se circunscribe a «circunstancias excepcionales de las que se deriven perjuicios especialmente graves a la economía nacional»; el único sujeto legitimado para imponerlo es el Gobierno de la Nación —en el proyecto inicial del gobierno socialista también estarían legitimados los gobiernos de las CC.AA., en atención al ámbito del conflicto—; y se resuelven los inconvenientes de la actual regulación en orden a la necesaria imparcialidad del arbitro, la posibilidad de ser elegido por las partes, plazos concretos, etc.

Por último, el arbitraje obligatorio tiene necesariamente carácter subsidiario. Esta característica requiere, cuando se pretenda aplicar en el ámbito de los servicios esenciales, que hayan fracasado otras medidas, como la publicidad y los servicios mínimos<sup>58</sup>. Incluso fuera del ámbito de los servicios esenciales tendrá carácter subsidiario, pues el principio de proporcionalidad exige que no se aplique esta medida sin haber agotado otras posibilidades, como la conciliación y la mediación, o el arbitraje voluntario<sup>59</sup>.

### **2. b. 3. Especial consideración de las técnicas de sustitución de los trabajadores huelguistas**

A pesar de que estas técnicas no han sido utilizadas desde 1980<sup>60</sup>, lo cierto es que la doctrina<sup>61</sup> continúa refiriéndose a las mismas cuando se ocupa de las medidas garantizadoras del mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad, cosa que también sucede en otros países<sup>62</sup>. Lo primero que hay que dejar claramente sentado es

---

<sup>58</sup> Este carácter subsidiario del arbitraje obligatorio es subrayado por A. BAYLOS GRAU, *Derecho de huelga y ...*, op. cit., pp. 228-229 y F. DURÁN LÓPEZ, *Autorregulación de servicios ...*, op. cit., pp. 87-89, quien se refiere, de *lege ferenda*, a la mediación y arbitraje con carácter obligatorio cuando las garantías ordinarias de mantenimiento de los servicios esenciales no hubiesen funcionado.

Confirma el carácter subsidiario la STS (3ª), 31-3-98, Ar. 3516, F. J. 1, que da cuenta de un arbitraje obligatorio adoptado tras el incumplimiento de los servicios mínimos.

Por contra, la Resolución del Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña, de 7 de agosto de 1986, anteriormente mencionada, no considera necesario el incumplimiento de los servicios mínimos para dictar el arbitraje obligatorio.

<sup>59</sup> En este sentido, J. HERNÁNDEZ VIGUERAS, *La solución de ...*, op. cit., pp. 460-461.

En la Resolución del Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña, de 7 de agosto de 1986, se argumenta que el arbitraje obligatorio vino precedido del ofrecimiento de arbitraje voluntario.

<sup>60</sup> A. BAYLOS GRAU, *Derecho de huelga y ...*, op. cit., p. 223, nota 16, menciona algunos ejemplos de sustitución de huelguistas por efectivos militares o policiales entre los años 1976 y 1979. A estos ejemplos habría que añadir el RD 1432/1980, de 11 de julio, que permitía la sustitución de los huelguistas por trabajadores en paro, en el sector de la estiba y desestiba de buques.

<sup>61</sup> La doctrina ha incluido la sustitución de los huelguistas entre las medidas garantizadoras del mantenimiento de los servicios esenciales desde el primer momento, sin que hoy día se haya cambiado de opinión. En este sentido, véase, A. MARTÍN VALVERDE, «El derecho de ...», op. cit., pp. 247-248; AA.VV., «Interrogantes del Derecho colectivo postconstitucional en España», en *Revista de Trabajo*, 1984, núm. 73, *passim*; A. BAYLOS GRAU, *Derecho de huelga y ...*, op. cit., pp. 223 ss.; y S. TORRENTE GARI, *El ejercicio del ...*, op. cit., pp. 322 ss.

<sup>62</sup> También en Francia puede recurrirse, teóricamente y en la práctica, a la sustitución de los huelguistas por otros efectivos internos o externos, civiles o militares, incluso por otras empresas, debiendo distinguir a estos efectos entre los servicios administrativos y los demás servicios públicos. Sobre estas medidas, que no parecen tener el carácter excepcional de sus homólogas españolas, véase, P. TERNEYRE, «Vade-mecum du ...», op. cit., pp. 807 y 810; del mismo autor, *La grève dans ...*, op. cit.,

que el hecho de que estas técnicas no vengán siendo utilizadas no impide considerarlas medidas garantizadoras del mantenimiento de los servicios esenciales. En realidad, su desuso obedece a su carácter subsidiario de otras medidas, singularmente de los servicios mínimos. Efectivamente, la doctrina viene entendiendo que sólo ante el fracaso de los servicios mínimos u otras medidas, como el arbitraje obligatorio, puede acudir a estas técnicas de sustitución<sup>63</sup>.

Adviértase que el carácter subsidiario se afirma a pesar de que las técnicas de sustitución no implican una restricción directa del ejercicio del derecho de huelga, como los servicios mínimos, sino una atenuación de los efectos de la huelga<sup>64</sup>. Al margen de

---

pp. 105 ss.; P. AUVERGNON, «Regulación de la ...», op. cit., pp. 117-118; J. PÉLISSIER, «Grève et substituts ...», op. cit., pp. 145-147; y E. DEVAUX, *La grève dans ...*, op. cit., pp. 371 ss.

Esta técnica ha despertado poca atención en Italia, si bien algún autor menciona la posibilidad, más teórica que real, de acudir a la misma a través de la *precettazione* instaurada por la ley 146/90. Es el caso de M. ROCCELLA, «La precettazione “rivisitata”», op. cit., p. 89. Para E. GRAGNOLI, «Le regole per ...», op. cit., p. 39, puede acudir a la sustitución interna o externa siempre que se considere funcional al mantenimiento de los servicios esenciales, sin necesidad por tanto de recurrir a la *precettazione*.

En Alemania, los huelguistas han sido tradicionalmente sustituidos por funcionarios públicos, sin que la jurisprudencia ordinaria se opusiera a esta práctica. Sin embargo, la sentencia de la Corte Constitucional de 4 de abril de 1993 ha supeditado esta práctica a su regulación legal, lo que todavía no se ha producido. Cfr., R. BIRK y E. HERNICHEL, «El derecho de ...», op. cit., pp. 81-83 y A. JUNKER, «Huelga y servicios esenciales», en *El derecho de huelga. Seminario Hispano-Alemán en honor de los Profesores Manuel Alonso Olea y Franz Gamillscheg*, editado por A. Montoya Melgar, FDUC, Madrid, 1993, p. 206.

Para el CLS de la OIT medidas como la movilización de huelguistas o la sustitución por las fuerzas armadas u otro grupo de personas sólo pueden ser adoptadas en el ámbito de los servicios esenciales y cuando concurren circunstancias de especial gravedad. Vid., OIT, *La libertad sindical ...*, op. cit., párrafos 570-577.

<sup>63</sup> Vid., por todos, A. MARTÍN VALVERDE, «El derecho de ...», op. cit., pp. 248-249; todos los autores participantes en la obra colectiva «Interrogantes del Derecho ...», op. cit., *passim*; A. BAYLOS GRAU, *Derecho de huelga y ...*, op. cit., p. 225; y S. TORRENTE GARI, *El ejercicio del ...*, op. cit., pp. 223-224.

Para I. ALBIOL MONTESINOS y T. SALA FRANCO, «El mantenimiento de ...», op. cit., p. 1313: «Sólo si se incumplen las medidas anteriores adoptadas “ex artículo 10.2 del R.D.R.R.T.” cabrá acudir, con fundamento en el mismo precepto, a otras medidas consistentes en la sustitución de los huelguistas por otros trabajadores o por efectivos policiales o militares {...}». Estos últimos autores encuentran un fundamento adicional a la adopción de estas medidas en el artículo 51.1 CE.

<sup>64</sup> Esta diferente manera de afectar al derecho de huelga es recalcada por A. BAYLOS GRAU, *Derecho de huelga y ...*, op. cit., p. 224.

Para J. GARCÍA MURCIA, en «Interrogantes del Derecho ...», op. cit., pp. 168-170, aunque en general la sustitución tenga carácter subsidiario, en algunos casos pudiera ser preferible al establecimiento de servicios mínimos. Para E. GONZÁLEZ BIEDMA, *Derecho de huelga y servicios de mantenimiento y seguridad en la empresa*, Civitas, Madrid, 1992, pp. 29-34, en relación con los servicios de seguridad y mantenimiento, aunque en principio pudiera parecer preferible acudir a las medidas que sólo limitan los efectos de la huelga, como la contratación de trabajadores externos o de empresas contratistas, existen sólidas razones para privilegiar los servicios mínimos, aunque las otras técnicas no hayan de ser necesariamente descartadas. También J. CRUZ VILLALÓN, «La ausencia de acuerdo en la designación de los servicios de seguridad y mantenimiento durante el desarrollo de la

sutilezas sobre qué tipo de medidas son más dañinas para el derecho de huelga, si las directas o las indirectas, lo cierto es que son consideraciones de política del derecho las que están detrás del carácter subsidiario de estas técnicas<sup>65</sup>.

Ahora bien, a diferencia de lo que después se dirá sobre la militarización, estas técnicas no están supeditadas necesariamente a la previa declaración de alguno de los estados excepcionales<sup>66</sup>, encontrando cobertura jurídica en los artículos 28.2 CE y 10.2 DLRT<sup>67</sup>.

Hasta el momento se ha utilizado el plural para aludir a la sustitución de los huelguistas. Ello se debe al hecho de que en realidad hay dos técnicas de sustitución: la primera consiste en la asunción de los trabajos por parte del propio Estado, utilizando efectivos militares, fuerzas y cuerpos de seguridad, incluso otro tipo de funcionarios, y no presenta mayores controversias. La segunda, más polémica<sup>68</sup>, se concreta en la contratación de trabajadores en paro, o bien en la contratación mercantil de empresas, por parte de la empresa afectada por la huelga o por la propia Administración, según los casos.

Ambas formas de sustitución son admisibles y las dudas que pudiera suscitar la segunda, en relación con la prohibición del esquirolaje —art. 6.5 DLRT<sup>69</sup>—, se despejan

---

huelga», en *REDT*, 1985, núm. 23, pp. 440-441, relega a un segundo plano la contratación de personal ajeno a la empresa, especialmente porque suele manifestarse como un signo de agudización en la evolución de cualquier conflicto colectivo.

<sup>65</sup> Resulta evidente que la autoridad gubernativa ha optado por imponer prioritariamente servicios mínimos y que la jurisprudencia no se ha opuesto a esta opción de política del derecho. Se refiere a estas consideraciones de política del derecho, A. BAYLOS GRAU, *Derecho de huelga y ...*, op. cit., p. 225.

<sup>66</sup> En cambio, T. SALA FRANCO Y J. M. RAMÍREZ MARTÍNEZ, en «Interrogantes del Derecho ...», op. cit., pp. 232-233, mantienen que la sustitución sólo es factible en el ámbito de los estados excepcionales, al igual que la militarización. En todo caso, ésta es una opinión doctrinal aislada.

<sup>67</sup> Se pronuncian en este sentido todos los autores participantes en la obra colectiva «Interrogantes del ...», op. cit., *passim*, excepto los citados en la nota anterior; A. BAYLOS GRAU, *Derecho de huelga y ...*, op. cit., p. 225; y S. TORRENTE GARI, *El ejercicio del ...*, op. cit., p. 322.

<sup>68</sup> A. BAYLOS GRAU, *Derecho de huelga y ...*, op. cit., pp. 225-226, rechaza frontalmente la sustitución mediante parados, al considerarla un supuesto de esquirolaje. En cambio, A. OJEDA AVILÉS, en «Interrogantes del Derecho ...», op. cit., pp. 198-200 y S. TORRENTE GARI, *El ejercicio del ...*, op. cit., p. 323, se pronuncian a favor de la posibilidad de sustitución mediante parados.

En todo caso, la sustitución mediante personal en situación de desempleo es siempre problemática, tal y como demuestra la aplicación del RD 1432/1980, de 11 de julio, cuyos resultados fueron que al término del conflicto se planteara uno nuevo, en relación con la reclamación de fijeza por parte de los trabajadores eventuales contratados al amparo de dicho RD.

<sup>69</sup> Sobre el esquirolaje, véase, por todos, J. I. GARCÍA NINET y J. GARCÍA VIÑA, «Algunas consideraciones acerca del esquirolaje interno y externo, así como sobre ciertas medidas empresariales (algunas curiosas) para reducir los efectos de la huelga», en *Aranzadi Social*, 1998, núm. 21, pp. 17-45.

en atención a su carácter subsidiario, es decir, a su carácter reparador del fracaso de otras medidas, como el establecimiento de servicios mínimos o el arbitraje obligatorio, lo que ciertamente está en las antípodas de la finalidad que con la prohibición del esquirolaje se pretende. En este sentido, se impone una interpretación analógica del artículo 6.5 DLRT que aplique al incumplimiento de los servicios mínimos en los servicios esenciales la misma consecuencia jurídica que al incumplimiento de los servicios de seguridad y mantenimiento<sup>70</sup>.

Evidentemente, las garantías aplicables a la imposición de servicios mínimos también habrán de rodear a estas técnicas, sin que en este momento sea necesario entrar en detalles. Junto a estas garantías comunes —intervención de autoridad gubernativa; motivación suficiente y proporcionalidad, principalmente—, hay dos garantías o exigencias específicas de estas técnicas de sustitución<sup>71</sup>: primera, la gratuidad de los servicios prestados por las empresas afectadas, cuando la sustitución se haya llevado a cabo mediante militares o fuerzas y cuerpos de seguridad o cuando la contratación de trabajadores en paro o de empresas contratistas haya sido efectuada por la Administración. Téngase en cuenta que de no mediar tal gratuidad se produciría un enriquecimiento injusto.

Segunda, la suficiencia técnica de los sustitutos. Se trata de una garantía que no puede ser soslayada, especialmente en aquellos servicios relacionados con la vida, integridad y salud de la personas<sup>72</sup>. Por otra parte, será el mejor cumplimiento de esta garantía el que determine el tipo de sustitución a emplear, no pudiendo excluir la

---

<sup>70</sup> No quedaba muy claro en el PLOH —art. 18.2, en relación con el 16— si el incumplimiento de servicios mínimos autorizaba al empresario a sustituir a los trabajadores sin más, o si era necesaria autorización de la autoridad gubernativa. En el proyecto inicial del gobierno socialista —art. 22.2— la sustitución podía ser decidida automáticamente por el empresario.

Para A. BAYLOS GRAU, «Procedimientos de fijación de los servicios esenciales», en AA.VV., *El nuevo régimen jurídico de la huelga y el cierre patronal*, MTSS, Madrid, 1993, p. 104, la alusión del artículo 16 PLOH a otras medidas sustitutorias estaba pensando en la utilización de efectivos policiales y militares.

<sup>71</sup> A estas dos garantías y a otras más se refieren, L. E. DE LA VILLA GIL y M. C. PALOMEQUE LÓPEZ, *Introducción a la economía del trabajo*, Debate, Madrid, 1980, t. II, p. 332 y A. BAYLOS GRAU, *Derecho de huelga y ...*, op. cit., pp. 224-225.

<sup>72</sup> Hay que recordar el trágico resultado con el que se saldó en Francia el Plan Clément Marot, de sustitución de controladores civiles por personal militar, en febrero-marzo de 1971, con un accidente en Nantes en el que murieron 68 personas.



combinación de las distintas técnicas de sustitución si esa fuera la solución técnicamente más adecuada.

#### **2. b. 4. Medidas garantizadoras del mantenimiento de los servicios esenciales en el marco de los estados excepcionales: militarización y prestaciones personales obligatorias**

La militarización de los huelguistas es una técnica jurídica que, por lo que al Derecho español se refiere, hunde sus raíces en la segunda década de este siglo<sup>73</sup>. Es, sin embargo, la utilización de la misma en el segundo lustro de la década de los setenta la que aquí interesa. Los Decretos de militarización emanados en los difíciles años 1976 a 1979 resucitan esta técnica<sup>74</sup>, provocan que la doctrina<sup>75</sup> se ocupe de la misma y que incluso hoy día siga hablándose de la militarización como medida garantizadora del mantenimiento de los servicios esenciales<sup>76</sup>.

La tesis que aquí se defiende no coincide con la de la mayoría de la doctrina laboralista, que incluye la militarización dentro del catálogo de técnicas garantizadoras del mantenimiento de los servicios esenciales<sup>77</sup>. Pero antes de argumentar la discrepancia conviene efectuar algunas breves referencias a esta técnica extraordinaria, emparentada, que no equiparada, con otras técnicas vigentes en los países de nuestro entorno jurídico, como la *requisition* francesa<sup>78</sup>.

---

<sup>73</sup> Sobre las militarizaciones de los años 1912, 1917, 1918, 1919, etc., véase, A. BAYLOS GRAU, «La militarización en ...», op. cit., pp. 169 ss.

<sup>74</sup> Se trata de los siguientes Reales Decretos: 29/1976, de 6 de enero, de movilización para la militarización de Correos; 47/1976, de 6 de enero, de RENFE; 261/1976, de 14 de febrero, del Cuerpo de Policía Municipal y del Servicio Municipal de Extinción de Incendios y Salvamento de Barcelona; 3075/1977, de 1 de diciembre, del Cuerpo de Policía Municipal de Madrid; 2370/1978, de 29 de septiembre, de ENDESA; 391/1979, de 3 de marzo, de UNELCO; y 399/1979, de 3 de marzo, del Ferrocarril Metropolitano de Barcelona.

<sup>75</sup> El importante estudio realizado por A. BAYLOS GRAU, «La militarización en ...», op. cit., al que seguirían el resto de autores. El mismo autor volvió a ocuparse del tema en su tesis de 1981 y en su libro *Derecho de huelga y ...*, op. cit., pp. 219 ss. Por lo que al resto de la doctrina se refiere, cabe destacar la aportación realizada por profesores de distintas Universidades en el núm. 73, del año 1984, de la *Revista de Trabajo*, bajo el título «Interrogantes del Derecho ...», *passim*.

<sup>76</sup> Es el caso, por ejemplo, de algunos de los últimos trabajos publicados sobre el particular, como el de S. TORRENTE GARI, *El ejercicio del ...*, op. cit., pp. 312 ss. y el de J. GÁRATE CASTRO, «Derecho de huelga ...», op. cit., p. 16.

<sup>77</sup> Por contra, F. DURÁN LÓPEZ, en «Interrogantes del Derecho ...», op. cit., p. 99, entiende que la militarización no puede considerarse en ningún caso técnica garantizadora del mantenimiento de los servicios esenciales, al infringir frontalmente el principio de proporcionalidad.

<sup>78</sup> Emparentada, que no equiparada, porque la *requisition* francesa no somete a los huelguistas afectados a la disciplina militar. En el país galo existe la posibilidad teórica de recurrir a la *requisition*

La militarización es una de las especies del género movilización<sup>79</sup>, regulada en la Ley 50/1969 Básica de Movilización Nacional (en adelante LBMN)<sup>80</sup>, que implica lo siguiente: primero, la obligatoriedad de la prestación de trabajo, lo que a su vez conlleva la suspensión de la relación laboral, basada como se sabe en la libertad de las partes, y la prohibición del derecho de huelga. Segundo, la sujeción a la jurisdicción castrense, para reforzar la obligatoriedad de la prestación<sup>81</sup>.

La entrada en vigor de la Constitución española, con especial referencia a sus artículos 55.1 y 116, y el desarrollo de este último precepto por la Ley orgánica 4/1981, de los estados de alarma, excepción y sitio (en adelante LODES), habrían necesariamente de influir en la LBMN y en la técnica de la militarización. En este orden de consideraciones, la doctrina unánimemente se encargó de extraer una consecuencia

---

*civile* —Ley de 11 de julio de 1938—, exponiendo a los trabajadores infractores a sanciones disciplinarias y penales, aunque el trabajo no llegue a ser obligatorio ni se suspenda, por tanto, la relación laboral. No ha vuelto a ser aplicada desde la huelga de mineros de 1963 que estuvo en el origen de la regulación legal de ese año. Sobre esta medida, que no parece tener el mismo carácter excepcional que su homóloga española y que no exige declaración de estado excepcional alguno, véase, P. TERNEYRE, «Vade-mecum du ...», op. cit., pp. 807 y 810; P. AUVERGNON, «Regulación de la ...», op. cit., pp. 117-118; y J. PÉLISSIER, «Grève et substituts ...», op. cit., pp. 145-147. Igualmente, puede consultarse A. BAYLOS GRAU, «La militarización en ...», op. cit., pp. 78 ss, quien manifiesta cómo la requisita francesa considera al trabajador huelguista más que como trabajador como ciudadano, por lo que su filosofía no es tanto prohibir la huelga como compeler al trabajo. Este mismo autor (pp. 70 ss.) se ocupa de la requisita belga, en la que las prestaciones de los trabajadores sí tendrían carácter obligatorio.

En cuanto a la *preccettazione* italiana, se remite a lo que sobre la misma se dice en el próximo apartado, aunque puede adelantarse que tras la regulación específica por parte de la Ley 146/90 las sanciones penales han sido sustituidas por las administrativas. Vid., por todos, U. ROMAGNOLI, en U. Romagnoli y M. V. Ballestrero, *Norme sull'esercizio ...*, op. cit., pp. 231 ss.; y F. SANTONI, *Lo sciopero*, op. cit., pp. 194 ss.

En cuanto a Alemania, el artículo 9.3.3. de la Ley fundamental de Bonn prohíbe expresamente la militarización como arma frente al ejercicio del derecho de huelga. Vid., W. DAÜBLER, «La huelga en ...», op. cit., p. 24, nota 70.

Para el CLS de la OIT medidas como la movilización de huelguistas o la sustitución por las fuerzas armadas u otro grupo de personas sólo pueden ser adoptadas en el ámbito de los servicios esenciales y siempre que concurren circunstancias de especial gravedad. Vid., OIT, *La libertad sindical ...*, op. cit., párrafos 570-577.

<sup>79</sup> A. BAYLOS GRAU, «La militarización en ...», op. cit., pp. 133 ss., distingue entre la movilización *stricto sensu* y la militarización como especie del género movilización. La diferencia fundamental es que el personal movilizado pasa a integrarse en las FF. AA., mientras el militarizado no, aunque sí queda sujeto al Código de Justicia Militar y a la jurisdicción castrense.

<sup>80</sup> Esta Ley continúa en vigor con carácter reglamentario, en lo que no se oponga a lo previsto en la Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas, según la disposición derogatoria única, apartado 2, de esta última ley. Esa misma disposición establece que las disposiciones reglamentarias que regulen la aportación de recursos humanos y materiales a las Fuerzas Armadas la derogarán de forma expresa. Cuando dichas normas reglamentarias vean la luz se sabrá si se ha suprimido definitivamente la militarización o si simplemente ha cambiado de rostro.

fundamental, a saber, la militarización sólo sería posible en el marco de los estados excepcionales<sup>82</sup>.

De este modo, se refuerza el carácter extraordinario de esta técnica jurídica: de un lado, sólo podría emplearse cuando el resto de técnicas garantizadoras ordinarias hubiesen fracasado, y, de otro, sería siempre necesaria la previa declaración de un estado excepcional.

Lo anterior exige tratar la militarización como posible técnica garantizadora del mantenimiento de los servicios esenciales, en el marco de cada uno de los estados excepcionales.

El estado de alarma —arts. 116 CE y 4 LODES— pudiera ser declarado como consecuencia del fracaso de las medidas ordinarias de garantía del mantenimiento de los servicios esenciales, siempre y cuando la paralización de los servicios tuviera la suficiente entidad como para ser calificada de grave alteración de la normalidad —art. 4 LODES— y además concurriera alguna de las siguientes circunstancias: catástrofes, calamidades, desgracias públicas, crisis sanitarias, situaciones de contaminación graves y desabastecimiento de productos de primera necesidad —art. 4, letras a), b) y d) LODES—<sup>83</sup>.

---

<sup>81</sup> Del régimen jurídico del personal militarizado se ocupan, A. BAYLOS GRAU, «La militarización en ...», op. cit., pp. 140 ss.; I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, en «Interrogantes del Derecho ...», op. cit., pp. 40-47; y S. TORRENTE GARI, *El ejercicio del ...*, op. cit., pp. 314 ss.

<sup>82</sup> En este sentido, y sin entrar en la valoración de qué concretos estados excepcionales permitirían la militarización, se pronuncian, entre otros, A. BAYLOS GRAU, «La militarización en ...», op. cit., p. 222; la mayoría de autores participantes en la obra colectiva «Interrogantes del ...», op. cit.; y S. TORRENTE GARI, *El ejercicio del ...*, op. cit., p. 320.

<sup>83</sup> Para P. CRUZ VILLALÓN, *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 71 y 72, el desabastecimiento debiera traer causa de situaciones naturales o de crisis internacionales y no de conflictos huelguísticos, aunque también indica cómo las medidas arbitradas por la Ley 4/1981 parecen indicar lo contrario.

Aunque la mayoría de los autores ha entendido que los conceptos de servicios esenciales, del 28.2 CE, y de servicios públicos esenciales, de los artículos 4. c) y 13.1 LODES, no son equiparables, aquí se defiende dicha equiparación, puesto que no se está utilizando el concepto estricto y subjetivo de servicio público, sino el objetivo, de igual modo que la Ley italiana 146/90. Entre los autores que rechazan la equiparación se encuentran, I. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, «Los estados de alarma, excepción y sitio. Comentario a la ley orgánica 4/1981, de 1 de junio», en *Revista de Política Comparada*, 1981, núm. 5, p. 104; J. GARCÍA BLASCO, *El derecho de ...*, op. cit., p. 23; y S. TORRENTE GARI, *El ejercicio del ...*, op. cit., p. 321, nota 307.

Si la anterior situación llegara a producirse el artículo 12.2 LODES permite la militarización de los huelguistas<sup>84</sup>. Parte de la doctrina<sup>85</sup>, empero, rechaza dicha posibilidad en base a los siguientes argumentos: en primer lugar, la militarización implica una suspensión del derecho de huelga y el artículo 55.1 CE no posibilita dicha suspensión en el marco del estado de alarma. Este argumento en principio puede compartirse, si bien pudiera suceder que la militarización afectara exclusivamente a determinadas empresas o a determinado sector y además exclusivamente al personal imprescindible, que bien pudiera ser el mismo que hubiera incumplido los servicios mínimos. En este último panorama podría llegar a defenderse que el derecho fundamental de huelga no ha sido suspendido, sino limitado, de modo semejante a lo que sucede con la técnica de los servicios mínimos.

En segundo lugar, y éste es un argumento de mayor solidez jurídico-constitucional, la militarización implica la sujeción a la jurisdicción castrense, lo que resulta inconstitucional a la luz del artículo 117.5 CE, que dice así: «{...} La ley regulará el ejercicio de la jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio, de acuerdo con los principios de la Constitución»<sup>86</sup>. En definitiva, no cabe la militarización de los huelguistas en el marco del estado de alarma, por mucho que el artículo 12.2 LODES indique lo contrario.

De lo anterior surge inmediatamente la siguiente interrogante: si se produjera una situación como la descrita en el artículo 4 LODES, con el consiguiente agotamiento de todas las medidas ordinarias, no siendo posible la militarización, qué técnica podría utilizarse. Seguramente la solución pase por la imposición de prestaciones personales obligatorias a cargo de los trabajadores indispensables para garantizar el mantenimiento

---

<sup>84</sup> Aceptan este precepto los siguientes autores: CAMPS; ROJO TORRECILLA y PÉREZ AMORÓS; GARCÍA FERNÁNDEZ; y RIVERO LAMAS y otros, en «Interrogantes del Derecho ...», op. cit., pp. 18, 82-83, 143 y 248-249; y J. GÁRATE CASTRO, «Derecho de huelga ...», op. cit., p. 16.

<sup>85</sup> Es el caso de I. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, «Los estados de ...», op. cit., pp. 111-112; P. CRUZ VILLALÓN, *Estados excepcionales y ...*, op. cit., p. 79; GARCÍA-PERROTE, MONTOYA y otros, y SALA y RAMÍREZ MARTÍNEZ, en «Interrogantes del Derecho ...», op. cit., pp. 43, 118 y 232-233; A. BAYLOS GRAU, *Derecho de huelga y ...*, op. cit., p. 222, nota 13; y S. TORRENTE GARI, *El ejercicio del ...*, op. cit., pp. 319-230.

<sup>86</sup> Para J. GARCÍA BLASCO, *El derecho de huelga ...*, op. cit., p. 24, nota 70, el artículo 18 LBMN que aplica el fuero militar al personal militarizado habría quedado derogado, excepto para el supuesto del estado de sitio, por el artículo 117.5 CE. En igual sentido, I. ALBIOL MONTESINOS,

del servicio paralizado<sup>87</sup>. Esas prestaciones obligatorias, a las que se refiere el artículo 11.b LODES, conllevarían la suspensión de la relación laboral de los trabajadores afectados, pero éstos no quedarían sometidos a la jurisdicción castrense. Las prestaciones obligatorias deberían acomodarse a la normativa sobre protección civil — arts. 4 y 19 de la Ley 2/1985, de 21 de enero y art. 6.2 del RD 1378/1985—, que encuentra su fundamento constitucional en el artículo 30.4<sup>88</sup>.

El estado de excepción —arts. 116.3 CE y 13 LODES— puede traer causa de una grave alteración de los servicios esenciales que no pueda ser restablecida mediante las medidas ordinarias —servicios mínimos; arbitraje obligatorio, en su caso; sustitución de los huelguistas, etc.— y que tenga tal entidad que quepa ser calificada de problema de orden público. Según la LODES —art. 28— también en este estado excepcional cabría la militarización, ante lo que debe oponerse el mismo argumento anteriormente utilizado, el contraste con el artículo 117.5 CE que sólo permite la extensión de la jurisdicción militar en el estado de sitio<sup>89</sup>. Lo que sí cabe en el estado de excepción, siempre que el Congreso de los Diputados haya autorizado la suspensión del derecho fundamental de huelga, es la prohibición del citado derecho por parte de la autoridad gubernativa —art. 23 LODES—. La transgresión de esta prohibición podría determinar el despido de los infractores, sin necesidad de respetar la doctrina gradualista de la participación activa, así como las sanciones pecuniarias a las que alude el artículo 13.2.d) LODES.

---

«Los derechos colectivos del personal civil no funcionario dependiente de establecimientos militares», en *REDT*, 1982, nº 10, pp. 176-178.

<sup>87</sup> Parecida es la posición de J. GARCÍA MURCIA, en «Interrogantes del Derecho ...», op. cit., pp. 176-178, quien, aunque continúe hablando de personal militarizado, efectúa tal relectura del régimen jurídico de este personal que en realidad se estaría refiriendo a la realización de prestaciones personales obligatorias.

<sup>88</sup> La protección civil no ha merecido excesiva atención doctrinal, más allá de los problemas de distribución competencial entre el Estado y las CC.AA.. Pueden citarse, entre otros, M. FERNANDO PABLO, «El sistema de protección civil: el marco jurídico y el papel de las CC.AA.», en *Revista Vasca de Administración Pública*, 1989, núm. 23, pp. 47-71 y J. BARCELONA LLOP, «Protección civil», en AA.VV., *Enciclopedia Jurídica Básica*, Vol. IV, Civitas, Madrid, 1995, pp. 5327-5332.

<sup>89</sup> Resulta sorprendente que gran parte de los autores que habían criticado la militarización en el marco del estado de alarma no hagan lo mismo en el caso del estado de excepción, cuando tampoco en este sería posible la extensión de la jurisdicción militar. Es el caso de GARCÍA-PERROTE y MONTOYA y otros, en «Interrogantes del Derecho ...», op. cit., pp. 45 y 118; A. BAYLOS GRAU, *Derecho de huelga y ...*, op. cit., p. 222; y S. TORRENTE GARI, *El ejercicio del ...*, op. cit., pp. 321-322. No, en cambio, de P. CRUZ VILLALÓN, *Estados excepcionales y ...*, pp. 105-106, para quien tampoco en el estado de excepción sería constitucional la militarización.

Ahora bien, en realidad no puede mantenerse que la suspensión del derecho de huelga sea una técnica garantizadora del mantenimiento de los servicios esenciales, ni tan siquiera extraordinaria, puesto que, de un lado, el citado mantenimiento implica la posibilidad de ejercer el derecho de huelga y en caso de suspensión esta posibilidad es impracticable, y, de otro, porque con la suspensión el interés que se pretende proteger directamente no es el de los usuarios, sino el del propio Estado. Al fin y al cabo, se está ante una cuestión que trasciende el ámbito de los intereses de los usuarios de los servicios paralizados para convertirse en un problema de orden público, justificativo, nada más y nada menos, que de la declaración del estado de excepción.

Al igual que en el estado de alarma, lo que sí puede dictarse en el marco del estado de excepción son prestaciones personales obligatorias a cargo de los trabajadores que hayan incumplido las medidas ordinarias de garantía del mantenimiento de los servicios esenciales.

Finalmente, el estado de sitio —art. 116.4 CE y 32 LODES— en ningún caso puede traer causa exclusivamente de una alteración de los servicios esenciales por grave que ésta sea. Y las medidas que en el mismo se adopten, sea la suspensión del derecho de huelga, que la militarización —en este caso sí sería admisible a tenor del art. 117.5 CE—, que la imposición de prestaciones personales obligatorias, o todas ellas a la vez, no pueden ser consideradas medidas garantizadoras del mantenimiento de los servicios esenciales, desde el momento en que en una situación bélica, prebélica o insurreccional los intereses de los usuarios de los servicios esenciales pasan a un segundo plano y cualesquiera medidas que se adopten pretenderán salvar al propio Estado constitucional.

Recapitulando, pese a que los argumentos vertidos se muevan en un terreno más especulativo que real, ya que afortunadamente no ha tenido que ser declarado estado excepcional alguno, ni acordada militarización desde 1979, puede concluirse diciendo que la militarización, que sólo es constitucionalmente posible en el ámbito del estado de sitio, no es una técnica garantizadora del mantenimiento de los servicios esenciales. Tampoco lo es la suspensión del derecho fundamental de huelga. En el marco de los estados excepcionales la medida extraordinaria de garantía del mantenimiento de los

servicios esenciales que puede utilizarse es la imposición de prestaciones personales obligatorias a cargo de los trabajadores indispensables.

### 3. ARTICULACIÓN DE LAS DISTINTAS MEDIDAS GARANTIZADORAS

A diferencia de lo que en su momento se hizo con el concepto de servicios esenciales no se pretende efectuar aquí una propuesta *de lege ferenda* sobre la articulación de las distintas medidas garantizadoras, al menos de manera detallada. Lo que sí se pretende es apuntar los grandes rasgos que dicha articulación debiera tener. Así, en primer lugar, debiera haber una pluralidad de fuentes reguladoras: ley, autonomía colectiva y autodisciplina sindical<sup>90</sup>. Esta recomendación contrasta con la situación vigente, en la que la autonomía colectiva no está desempeñando ningún papel en la materia, cuando algo podía hacer: por ejemplo, podía haber potenciado una medida como la publicidad del conflicto y de sus repercusiones para los usuarios, que como se ha dicho en determinadas circunstancias pudiera ser suficiente, y, en otros casos, de llevarse a cabo con eficacia, pudiera justificar unos servicios mínimos más reducidos; otro ejemplo más, podría haber regulado medidas garantizadoras como la evitación de huelgas simultáneas en el mismo sector o el respeto necesario de periodos de enfriamiento entre huelgas en un mismo ámbito.

En segundo lugar, dichas fuentes debieran contener las garantías aplicables a cada medida garantizadora y que bien pudieran ser, en líneas generales, las creadas por la jurisprudencia para los servicios mínimos.

En tercer lugar, y ésta es una cuestión muy importante, debiera establecerse la prelación entre las distintas medidas, así como su simultaneidad o complementariedad, en su caso. Desde el primer momento no hubo dudas acerca del carácter no indeferenciado

---

<sup>90</sup> En el diseño del PLOH las medidas garantizadoras podían tener distintas fuentes: algunas estaban expresamente reguladas en la ley, al tiempo que los denominados acuerdos en frío podían establecer nuevos requisitos y/o completar los legalmente previstos, y, finalmente, los propios convocantes de la huelga podían, a su vez, introducir unilateralmente nuevos requisitos y/o completar los anteriores.

También en Italia las distintas fuentes de desarrollo de la Ley 146/90 pueden introducir nuevos requisitos procedimentales y/o integrar los legalmente existentes. En este último sentido, M. V. BALLESTRERO, en U. Romagnoli y M. V. Ballestrero, *Norme sull'esercizio...*, op. cit., p. 156.

de las medidas garantizadoras y de la consiguiente necesidad de algún criterio de ordenación de las mismas<sup>91</sup>. En este sentido, y por lo que al vigente marco se refiere, el preaviso ampliado y la publicidad de las consecuencias de la huelga tienen carácter instrumental y se simultanean con otras medidas, singularmente con los servicios mínimos, lo cual es correcto siempre y cuando se tenga en cuenta que esto no debe ser así invariablemente, es decir, que en determinadas circunstancias y en base al principio de proporcionalidad estas dos medidas garantizadoras pudieran ser suficientes<sup>92</sup>.

Los servicios mínimos ocupan en el Ordenamiento español la condición de medida ordinaria y habitual de mantenimiento de los servicios esenciales, lo cual debiera ser corregido en el sentido apuntado en el párrafo anterior, o sea, que no siempre serán necesarios. Lo cual, por cierto, no significa restar protagonismo a esta medida, que en todo caso será la medida estelar, sino situarla en sus justos términos.

El resto de medidas, a saber, arbitraje obligatorio, sustitución de los huelguistas y prestaciones personales obligatorias, tienen carácter subsidiario y habrán de ajustarse a lo dicho para cada una de ellas en epígrafes anteriores<sup>93</sup>. Carácter subsidiario que implica

---

<sup>91</sup> A. MARTÍN VALVERDE, «El derecho de ...», op. cit., pp. 248-249, utiliza como criterio principal el de la limitación menor del derecho de huelga; J. M. RAMÍREZ MARTÍNEZ, «Huelga y cierre ...», op. cit., p. 447, es consciente del carácter no indiferenciado al sostener que entre las garantías algunas podían ser simples modalidades de ejercicio y otras verdaderos límites al ejercicio del derecho. Lo mismo puede decirse de AA.VV., *Derecho de huelga*, op. cit., pp. 38 ss., que al hablar del límite de los servicios esenciales manifiestan cómo en Derecho comparado se prohíbe la huelga a todos los trabajadores, sólo al personal absolutamente indispensable, o bien se somete a determinadas condiciones de ejercicio. J. GÁRATE CASTRO, «Derecho de huelga ...», op. cit., pp. 18-20, entiende aplicable el principio de proporcionalidad.

Tanto la pluralidad de medidas garantizadoras, como su carácter no indiferenciado y, relacionado con ello, la imposibilidad de determinación apriorística de las mismas es plenamente confirmado por la STC 53/86, cuando entiende: «Qué tipo de “garantías” ordenadas al mantenimiento de los servicios esenciales pueden ser adoptadas sin menoscabo del derecho consagrado en el art. 28.2 C.E. es cuestión que no puede ser resuelta apriorísticamente, remitiendo a la ponderación, de un lado, de las circunstancias concurrentes en la huelga y en la comunidad sobre la que incide (extensión territorial, duración, etc.), y, de otro, a la naturaleza de los derechos o bienes constitucionalmente protegidos sobre los que repercute» (F. J. 3). En todo caso, no puede olvidarse que la doctrina del TC sobre este particular está construida sobre una única medida, el establecimiento de servicios mínimos, por lo que seguramente en el párrafo anterior se esté pensando más que en la existencia de medidas garantizadoras de distinto tipo, en servicios mínimos de distinta intensidad.

<sup>92</sup> En Francia se tienen en cuenta las distintas circunstancias concurrentes y el tipo de servicio público afectado, de manera que no siempre se imponen servicios mínimos. Vid., por todos, J. PÉLISSIER, «Grève et substituts ...», op. cit., pág. 136.

<sup>93</sup> J. GÁRATE CASTRO, «Derecho de huelga ...», op. cit., pp. 16-17, entiende que en el marco vigente las medidas garantizadoras distintas de la fijación de servicios mínimos, procedan de la norma estatal, como el mayor plazo de preaviso o la publicidad, de la negociación colectiva, como



no sólo que los servicios mínimos inicialmente impuestos hayan fracasado, sino que además el mantenimiento no pueda asegurarse mediante una imposición corregida de servicios mínimos.

---

procedimientos voluntarios de solución del conflicto previos o complementarios al ejercicio del derecho de huelga, o de la autorregulación sindical, tienen carácter complementario de la medida principal, a saber, el establecimiento de servicios mínimos. Adviértase que complementario y subsidiario no son exactamente la misma cosa.

En el “proyecto” de Ley de huelga de 1980 (texto publicado por el diario ABC, del 2 de abril de 1980, reproducido en L. E. DE LA VILLA y J. A. SAGARDOY BENGOCHEA, *El Derecho del Trabajo ...*, op. cit., pp. 1119-1124) quedaba claro el carácter subsidiario de las medidas garantizadoras distintas de los servicios mínimos. Así, el artículo 9.3 establecía: «En caso de no funcionamiento de los servicios mínimos, el Gobierno, previa audiencia de las partes, está facultado para sustituir a los huelguistas, durante el tiempo imprescindible en cada por personal civil o militar para la prestación de los servicios. Sólo en casos de extrema gravedad podrá el Gobierno decretar la militarización temporal de los trabajadores en huelga, o bien el establecimiento de un arbitraje obligatorio que deberá emitirse en el plazo de cuarenta y ocho horas. Todo ello previo dictamen de la Comisión de Trabajo del Congreso de los Diputados, que deberá emitirse en el plazo de cuarenta y ocho horas {...}».

## **B. SERVICIOS MÍNIMOS**

En el apartado anterior se puso de manifiesto el contraste existente entre la teórica pluralidad de medidas garantizadoras del mantenimiento de los servicios esenciales y la práctica caracterizada por la aplicación habitual, por no decir exclusiva, de una única medida garantizadora, el establecimiento de servicios mínimos. En todo caso, incluso en un panorama de pluralidad efectiva de medidas garantizadoras el espacio ocupado por los servicios mínimos no sería mucho menor. Y ello debido a la centralidad que en cualquier hipotética regulación de la huelga en los servicios esenciales está llamada a ocupar esta singular técnica jurídica, tal y como quedaba corroborado en el frustrado PLOH y como de hecho sucede en la experiencia italiana.

La importancia de esta medida garantizadora es tal que a su estudio pormenorizado se dedica el resto de esta investigación.

### **1. CONCEPTO DE SERVICIOS MÍNIMOS**

La técnica de los servicios mínimos resulta ya reconocible, desde un punto de vista material, en los reales decretos dictados en aplicación del artículo 10.2 DLRT a partir de 1978<sup>1</sup>, si bien terminológicamente tarda algo más en aparecer<sup>2</sup> y consolidarse<sup>3</sup>,

---

<sup>1</sup> En este sentido, L. E. DE LA VILLA, «Servicios mínimos en ...», op. cit., p. 447.

<sup>2</sup> Este término es utilizado inicialmente por la doctrina española por influencia foránea, seguramente francesa. Es el caso de A. BAYLOS GRAU, «La militarización en ...», op. cit., p. 61, nota 30.

En cuanto a las disposiciones de la autoridad gubernativa, aparece por vez primera en el RD 2717/1979, de 23 de noviembre (Instituto Nacional de Meteorología) —art. 3—, si bien el RD 37/1979, de 5 de enero (Autopista de peaje Bilbao-Behobia) —art. 2—, ya aludía al personal mínimo necesario, y el RD 156/1979, de 2 de febrero (Hospitales de entidades públicas) —preámbulo—, hablaba de medidas mínimas. Tras estas primeras experiencias es utilizado esporádicamente en algunos Reales Decretos, como el 405/81 y el 1830/81, para emplearse con asiduidad a partir de 1983, ocupando, incluso, el rótulo de los RR. DD., como en el 755/1983, de 13 de abril (Estaciones de servicio).

En cuanto a la jurisprudencia, son las SSTs de 1980 (3ª), 11-7-80, Ar. 2950, cdo 8; 24-9-80, Ar. 3248, cdo. 2; y otras, las primeras que recogen el término servicios mínimos, si bien de manera bastante confusa, pues suelen aludir a los servicios mínimos esenciales. En este contexto, es la STC 33/1981, F. J. 4, la que emplea con propiedad esta técnica garantizadora del mantenimiento de los servicios esenciales. Posteriormente, entre otras muchas, SSTs (3ª), 28-9-82, Ar. 6303, cdo. 1 y 6-10-82, Ar. 5739.

<sup>3</sup> La consolidación se debe fundamentalmente a A. BAYLOS GRAU, «La intervención del ...», op. cit., p. 199, quien comienza este artículo aludiendo precisamente a la técnica de imposición de un servicio mínimo. Posteriormente, en su tesis *El derecho de ...*, op. cit., pp. 486-497 y 516-524, dedica dos epígrafes al estudio de la técnica de los servicios mínimos. A partir de estas obras el resto de la doctrina utiliza cada vez con más frecuencia y normalidad este término.

conviviendo inicialmente con otros términos que designan la misma realidad<sup>4</sup>. Una vez consolidado ha alcanzado tal éxito que ha hecho prácticamente desaparecer a sus sinónimos, como trabajos indispensables. Ni qué decir tiene que no se está ante una técnica exclusiva del Derecho español: otras experiencias jurídicas conocen técnicas idénticas o similares, con el mismo<sup>5</sup> o distinto nombre, como trabajos de emergencia<sup>6</sup> o prestaciones indispensables<sup>7</sup>.

Ha sido la doctrina la encargada de definir el concepto de servicios mínimos y como casi siempre que interviene pioneramente la doctrina la discrepancia suele ser norma común. Esto es lo que precisamente ha sucedido en este asunto. Así, por un lado circula la siguiente definición: «el servicio mínimo sería la cuota o parte del servicio que es esencial para el libre ejercicio de los derechos fundamentales»<sup>8</sup>.

De otro lado, y como reacción a la anterior definición, se proponen las siguientes: «El servicio mínimo no es “la cuota del servicio que es esencial para el libre ejercicio de

---

Por contra, A. MARTÍNEZ MARÍN, *El buen funcionamiento ...*, op. cit., pp. 89-90, propone la sustitución del término servicios mínimos por servicios suficientes, con el objetivo de dar a éstos un mayor contenido prestacional, que proteja más a los usuarios y restrinja más el derecho de huelga. Ésta propuesta, que aquí se rechaza, hunde sus raíces en la concepción global del autor, basada en el recurso a la teoría general del servicio público, concretamente a los principios de continuidad y regularidad.

<sup>4</sup> A finales de los setenta el término trabajos indispensables era más utilizado que servicios mínimos. Así, A. MARTÍN VALVERDE, «El derecho de ...», op. cit., p. 247, cuando habla de las garantías de mantenimiento alude a la exigencia de prestación de los trabajos indispensables.

<sup>5</sup> Es el caso del *service minimum* francés. Cfr., P. TERNEYRE, «Vade-mecum du ...», op. cit., pp. 808-809; del mismo autor, *La grève dans ...*, op. cit., pp. 100 ss.; A. JEAMMAUD, «Huelga y servicios ...», op. cit., pp. 28-30; J. PÉLISSIER, «Grève et substituts ...», op. cit., pp. 141 ss.; y E. DEVAUX, *La grève dans ...*, op. cit., pp. 292 ss. y 353 ss., con abundante bibliografía a la que se remite.

<sup>6</sup> En Alemania se utiliza el término servicios o trabajos de emergencia, que no están vinculados a la declaración de estado excepcional alguno. Por todos, véase, R. BIRK y E. HERNICHEL, «El derecho de ...», op. cit., pp. 75 ss. y A. JUNKER, «Huelgas y servicios ...», op. cit., pp. 202-203.

<sup>7</sup> El término italiano prestaciones indispensables, frecuentemente utilizado por la doctrina española como sinónimo de servicios mínimos, en realidad tiene un contenido mucho más rico que nuestro concepto de servicios mínimos. Así, en primer lugar, a veces se utiliza este término en sentido amplio, es decir, como sinónimo de compatibilidad de intereses, esto es, como sinónimo de mantenimiento de los servicios esenciales, por utilizar la expresión española. En segundo lugar, cuando se utiliza en sentido estricto el término prestaciones indispensables no sólo comprende lo que en España se denominan servicios mínimos sino también lo que aquí se ha denominado prestaciones esenciales dentro del servicio globalmente considerado esencial. Sobre el particular, vid. por todos, E. GRAGNOLI, «Le regole per ...», op. cit., pp. 28, 30 y 36. En todo caso, y con las anteriores matizaciones, el concepto italiano de prestaciones indispensables equivale al concepto español de servicios mínimos. De hecho con frecuencia se habla en este país de *minimi di servizio* (autor y op. cit., p. 37).

Para J. C. CASSAGNE, *La huelga en ...*, op. cit., p. 92, es preferible el término servicios indispensables al término servicios mínimos, pues expresa con mayor precisión su verdadero contenido.

<sup>8</sup> M. ALONSO OLEA, *Las fuentes del Derecho. En especial del Derecho del Trabajo según la Constitución*, Civitas, Madrid, 1982, pp. 169-170.

los derechos fundamentales en liza”<sup>9</sup>; es la cuota o parte de la actividad laboral que no cabe interrumpir en un servicio esencial, so pena de dañar irremediamente los derechos fundamentales, libertades públicas y bienes amparados en la Constitución que entran en conflicto con el derecho de huelga<sup>9</sup>; o, lo que es lo mismo: «{...} el servicio mínimo habría de definirse como la parte de actividad que se juzga no susceptible de interrupción para no dañar irremediamente los derechos fundamentales, libertades públicas y bienes protegidos constitucionalmente en colisión con el derecho de huelga {...}»<sup>10</sup>.

Son estas últimas definiciones, por lo demás idénticas en lo material, las que reúnen un mayor respaldo doctrinal y las que aquí se siguen<sup>11</sup>. La primera de las definiciones, la que se rechaza, puede dar lugar a confusión conceptual, como después se verá.

Más interesante que la definición es el análisis de las características, de las señas de identidad de los servicios mínimos. Algunas de esas características son las que siguen, advirtiendo que mientras unas son irrefutables otras son algo polémicas.

Así, en primer lugar, los servicios mínimos implican normalmente una restricción directa al ejercicio del derecho de huelga<sup>12</sup>, concretamente una limitación *stricto sensu* del ámbito subjetivo. Limitación que afecta tanto a la dimensión individual del derecho como a la colectiva: a la individual, pues priva a los trabajadores designados para prestarlos de su derecho de huelga; y a la colectiva, ya que disminuye el número potencial de trabajadores con posibilidad de adherirse a la medida conflictiva<sup>13</sup>.

---

<sup>9</sup> F. VALDÉS DAL-RE, «Servicios esenciales y ...», op. cit., p. 142.

<sup>10</sup> A. BAYLOS GRAU, *Derecho de huelga y ...*, op. cit., p. 195.

<sup>11</sup> Estas definiciones también han sido seguidas por la jurisprudencia ordinaria. Así, la STS (5ª), 12-5-88, Ar. 4154, F. J. 2, entiende lo siguiente: «{...} debiendo de entenderse como tales servicios mínimos, los racionalmente necesarios para que la comunidad o cuerpo social pueda recibir las prestaciones vitales o esenciales para la misma {...}».

<sup>12</sup> En este sentido, A. MARTÍN VALVERDE, «El derecho de ...», op. cit., p. 248; A. BAYLOS GRAU, *Derecho de huelga y ...*, op. cit., p. 167, quien entiende que se está ante la técnica que más directamente restringe el ejercicio del derecho de huelga; y J. GÁRATE CASTRO, «Derecho de huelga ...», op. cit., p. 20.

<sup>13</sup> A este respecto establece la STC 233/97: «{...} la técnica predominante para mantener los servicios esenciales de la comunidad en caso de huelga viene siendo la imposición, vía gubernativa, de un mínimo de funcionamiento del servicio. Lo que quiere decir que, a pesar de la convocatoria de la huelga, algunos trabajadores —los indispensables— no podrán sumarse ni participar en la misma y tendrán que seguir prestando su actividad laboral» (F. J. 3).

Adviértase que se dice que normalmente suponen una restricción directa porque pudiera suceder que los servicios mínimos fueran atendidos total o parcialmente por trabajadores que hubieran decidido no secundar la huelga. Si ése fuera el caso no se produciría la restricción directa, o bien su intensidad sería menor. En todo caso, los servicios mínimos son atendidos por trabajadores pertenecientes a la empresa afectada por la huelga, lo que aleja a esta medida de las técnicas de sustitución manejadas en el apartado anterior.

En segundo lugar, y muy relacionado con lo anterior, define a los servicios mínimos su modo de restringir individual y colectivamente el derecho de huelga y no, en cambio, la fuente que los haya previsto o la entidad decisora llamada a aplicarlos. El servicio mínimo es un concepto objetivo y material que no cambia su naturaleza en razón de la fuente que lo haya previsto —ley, convenio colectivo, autodisciplina sindical—, ni tampoco en base a que el protagonismo lo asuman las partes en conflicto o un tercero, ya sea público o privado<sup>14</sup>.

En base a esta característica, y por lo que al influyente Derecho italiano se refiere, tan servicios mínimos son los establecidos a través de la autonomía colectiva valorada positivamente por la Comisión de garantías como los establecidos heterónomamente por la propia Comisión de garantías en ausencia de acuerdo de las partes o cuando el acuerdo no se valore positivamente<sup>15</sup>. Es más, también son servicios mínimos los

---

En parecidos términos, pero en relación con los servicios mínimos de seguridad y mantenimiento, E. GONZÁLEZ BIEDMA, *Derecho de huelga ...*, op. cit., pp. 52-57, para quien esta combinación de limitación colectiva-privación individual no es la mejor de las soluciones teóricas, incluso pudiera ser inconstitucional, si bien al final entiende que es una solución aceptable.

<sup>14</sup> Esta característica que aquí se defiende no ha sido siempre compartida por la doctrina española y extranjera. En efecto, A. BAYLOS GRAU, *El derecho de ...*, op. cit., pp. 486-497 y 516-524, distinguía dos técnicas de servicios mínimos, la ordinaria, cuando el protagonismo es asumido por la autodisciplina sindical o por la autonomía colectiva, y la excepcional, cuando actúa imperativamente la autoridad gubernativa. Esta tesis inicial fue abandonada en su libro *Derecho de huelga y ...*, op. cit., pp. 167 ss.

Por lo que al Derecho comparado se refiere, E. ALES, *Lo sciopero nei ...*, op. cit., pp. 173-174, distingue entre la garantía de las prestaciones indispensables —Gran Bretaña, Alemania e Italia— y la fijación de un servicio mínimo —Francia—, considerándolas técnicas distintas: la primera, basada en el principio de equilibrio de intereses en conflicto o proporcionalidad de los sacrificios y actuada mediante la negociación o la autorregulación, y, la segunda, inspirada por una lógica minimalista propia de la intervención heterónoma. No se comparte aquí esta tajante distinción, sin perjuicio de que se acepte efectivamente la existencia de notables diferencias entre, por ejemplo, los servicios mínimos franceses y las prestaciones indispensables italianas.

<sup>15</sup> El distinto papel que en el Derecho italiano asumen en orden a la fijación de servicios mínimos las fuentes autónomas y heterónomas —ley, autonomía colectiva, comisión de garantías y autoridad

establecidos a través de la *precettazione* administrativa del artículo 8 Ley 146/90<sup>16</sup>. Cuestión distinta es que en el Derecho italiano los servicios mínimos fijados a través de la *precettazione* sean la excepción y no la regla general, esto es, actúen como mecanismo de cierre<sup>17</sup>, mientras en España la regla general es que los servicios mínimos los fije formal y materialmente la autoridad gubernativa *ex* artículo 10.2 DLRT y la excepción que materialmente sean el producto del acuerdo de las partes.

En tercer lugar, los servicios mínimos obedecen a un criterio objetivo que los diferencia de otras técnicas, utilizadas en Francia, que también suponen la continuación parcial de la actividad productiva, pero que están basadas en criterios subjetivos, concretamente en la privación del derecho de huelga a los funcionarios o empleados que ocupen ciertos puestos de trabajo<sup>18</sup>. La lógica de ambas técnicas es diferente: en los

---

administrativa encargada de la *precettazione*— puede verse en los autores mencionados en la nota 75 del apartado B del capítulo segundo.

<sup>16</sup> Según el artículo 8.2 de la Ley 146/90 modificada por la Ley 83/2000 la *precettazione* puede consistir en la postergación de la fecha de inicio de la huelga, en la reducción de la duración de la huelga, o bien en el establecimiento de servicios mínimos. Esta última posibilidad es sin duda la más frecuente. Vid., G. ORLANDINI, «Il procedimento di ...», op. cit., pp. 176-177 y V. FILÌ, «La *precettazione*», op. cit., pp. 99 ss.

<sup>17</sup> La *precettazione* asume en el diseño normativo de la Ley 146/90 —art. 8— un papel de cierre del sistema, de mecanismo excepcional de reacción ante determinados eventos: inexistencia de servicios mínimos fijados con arreglo al procedimiento ordinario de negociación y valoración de la Comisión de garantías; previsible incumplimiento de los servicios mínimos ordinariamente fijados; necesidad de establecer unos servicios mínimos *ad hoc* como consecuencia de excepcionales motivos, etc. Con la reforma del instituto por parte de la Ley 83/2000 el carácter de *ultima ratio* ha salido reforzado. Lógicamente, la eficacia de la *precettazione* radica en las fuertes sanciones pecuniarias administrativas que su incumplimiento comporta y que han sido elevadas con la reforma del año 2000 —art. 9—. Sobre la *precettazione* antes y después de la reforma, véase, entre otros muchos, A. ZOPPOLI, «Articolo 8», en M. Rusciano y G. Santoro Passarelli (a cura di), *Lo sciopero nei servizi essenziali*, Giuffrè, Milano, 1991, pp. 104 ss.; M. ROCCELLA, «La *precettazione* “rivisitata”», en T. Treu y otros, *Sciopero e servizi essenziali*, Cedam, Padova, 1991, pp. 81 ss.; U. ROMAGNOLI, en U. Romagnoli y M. V. Ballestrero, *Norme sull'esercizio ...*, op. cit., pp. 231 ss.; F. SANTONI, *Lo sciopero*, op. cit., pp. 194 ss.; G. ORLANDINI, «Il procedimento di ...», op. cit., pp. 158 ss.; V. FILÌ, «La *precettazione*», op. cit., pp. 89 ss.; y P. PASCUCCI, «La riforma della ...», op. cit., pp. 755 ss.

<sup>18</sup> Se trata de prohibiciones legales o administrativas que han afectado a cuerpos enteros de funcionarios, como las compañías republicanas de seguridad, la policía, los militares, los magistrados, etc., y también a todos los agentes que desempeñen un determinado tipo de funciones, como los directores adjuntos y subdirectores de la administración central, los jefes de las oficinas de la prefectura o de la administración central, los colaboradores directos de los mismos, el personal de los servicios exteriores de la administración penitenciaria, etc. Sobre estas prohibiciones legales y administrativas, véase, P. TERNEYRE, «Vade-mecum du ...», op. cit., pp. 807-808; del mismo autor, *La grève dans ...*, op. cit., pp. 48 ss.; P. AUVERGNON, «Regulación de la ...», op. cit., pp. 111-113; y J. PÉLISSIER, «Grève et substituts ...», op. cit., pp. 137-139.

Esta técnica subjetiva ha sido utilizada alguna vez en España amparada formalmente en una disposición de servicios mínimos. Es el caso del Decreto de la Alcaldía de Valencia, de 17 de junio de 1985, que privaba del derecho de huelga a todos los funcionarios comprendidos entre los niveles 24 y 30,

servicios mínimos se piensa inicialmente en las actividades que han de continuar y posteriormente se concretan los puestos de trabajo afectados<sup>19</sup>. En las técnicas francesas se piensa desde el inicio en los puestos de trabajo. Estas técnicas subjetivas más que una limitación del ejercicio del derecho de huelga constituyen una exclusión de la titularidad del citado derecho para determinados trabajadores, cosa que no sucede en los servicios mínimos<sup>20</sup>.

En cuarto lugar, a diferencia de otras técnicas jurídicas, como la militarización o la imposición de prestaciones personales obligatorias, los servicios mínimos no alteran la naturaleza del trabajo prestado por los trabajadores designados para cubrirlos, que, en consecuencia, seguirá reuniendo las notas de libertad, remuneración, ajenidad y dependencia, con la consiguiente aplicación del Ordenamiento laboral. En cambio, en las otras técnicas jurídicas mencionadas los trabajadores afectados dejan temporalmente de serlo en sentido técnico-jurídico —se suspende su relación laboral—, pasando a desempeñar su prestación de trabajo en régimen forzoso u obligatorio. El eventual incumplimiento del trabajo obligatorio escapa del mundo laboral para insertarse en otros claramente punitivos: administrativo, penal o militar. La perspectiva sancionadora sirve también para distinguir los servicios mínimos de técnicas cuyo incumplimiento lleva aparejado sanción penal, como la requisita francesa<sup>21</sup> o la *precettazione* italiana anterior a la Ley 146/90<sup>22</sup>.

---

independientemente de las funciones que realizasen. Como no podía ser de otra manera la STS (3ª), 10-5-86, Ar. 2363, F. J. 7, anuló por ésta y otras razones este Decreto.

<sup>19</sup> En Italia se ha discutido mucho si las prestaciones indispensables en sentido estricto, es decir los servicios mínimos, se corresponden con actividades de la organización esencial afectada, o bien directamente con prestaciones de trabajo, siendo mayoritaria la tesis que identifica los servicios mínimos con las actividades. Actividades que organiza el empresario y en las que las prestaciones de trabajo son un factor importantísimo pero no el único. Sobre el particular, véase, por todos, P. PASCUCCI, *Tecniche regolative dello ...*, op. cit., pp. 96 ss., quien recoge las dos posiciones mantenidas por la doctrina.

<sup>20</sup> Vid., A. OJEDA, *Derecho Sindical*, op. cit., p. 480.

<sup>21</sup> Para conocer la distinción entre servicios mínimos y requisición en Francia, véase, por todos, P. TERNEYRE, «Vade-mecum du ...», op. cit., p. 809, nota 30; del mismo autor, *La grève dans ...*, op. cit., pp. 98 ss. Vid., también, E. DEVAUX, *La grève dans ...*, op. cit., pp. 333 ss.

<sup>22</sup> Sobre la *precettazione* italiana que venía aplicándose antes de la Ley 146/90 y cuyo incumplimiento llevaba aparejado sanción penal, véase, por todos, A. ZOPPOLI, «Articolo 8», op. cit., pp. 105 ss. y U. ROMAGNOLI, en U. Romagnoli y M. V. Ballestrero, *Norme sull'esercizio ...*, op. cit., pp. 232 ss.

En quinto lugar, la restricción que para el ejercicio del derecho de huelga implica la imposición de servicios mínimos puede operar de distintas formas: los servicios mínimos se definen por su contenido material, si bien éste es abierto. Existen diversas formas de articular los trabajos indispensables o trabajos no susceptibles de interrupción en que los servicios mínimos consisten. Las dos formas más típicas son<sup>23</sup>: primera, y más habitual<sup>24</sup>, basada en la continuidad de determinadas actividades durante toda la duración de la huelga con la consiguiente privación del ejercicio del derecho de huelga para un determinado número de trabajadores; segunda, consistente en el funcionamiento normal de las prestaciones esenciales pero sólo durante una o varias fracciones temporales<sup>25</sup>. En todo caso, ésta es una materia excesivamente casuística como para tratarla aquí con detalle.

En sexto lugar, los servicios mínimos no pueden fijarse apriorísticamente. Parece evidente que si no puede establecerse apriorísticamente el equilibrio de intereses en que el mantenimiento de los servicios esenciales consiste, tampoco pueda saberse de

---

<sup>23</sup> La Ley italiana 146/90 menciona expresamente —art. 2.2— dos métodos de articulación de las prestaciones indispensables: el primero sería la prestación total pero periódica, es decir, la normal prestación pero en determinados intervalos horarios; el segundo la prestación parcial durante la totalidad de la huelga, siendo este último equivalente a la tradicional versión española de los servicios mínimos. Téngase en cuenta que tras la reforma de la Ley 146/90 por la Ley 83/2000 el método de la prestación parcial o por cuotas de trabajadores, sometido además aparentemente a rígidos criterios cuantitativos, parece ser el ordinario y el de la prestación periódica el excepcional, a tenor del modificado artículo 13.a). En todo caso, parece que ambos métodos pueden combinarse cuando sea necesario. Sobre el particular, véase, C. LA MACCHIA, «L'organizzazione ed i compiti della Commissione di garanzia», en P. Pascucci (a cura di), *La nuova disciplina dello sciopero nei servizi essenziali*, Ipsoa, 2000, p. 228.

<sup>24</sup> La inmensa mayoría de las disposiciones de la autoridad gubernativa responden a este modelo, por lo que no es necesario aludir aquí a ninguna disposición en particular. Dentro de esta modalidad puede, a su vez, distinguirse dos submodalidades: una primera en la que los trabajadores afectados se determinan a partir de las tareas que han de continuar prestándose con una cierta intensidad —criterio cuantitativo—. Y una segunda en la que los servicios mínimos se concretan directamente en una serie de puestos de trabajo —criterio cualitativo—. Por supuesto, caben multitud de combinaciones de ambos submodelos. Sobre la utilización combinada de criterios cuantitativos —porcentaje de trabajadores— y cualitativos —concretas actividades o funciones afectadas— a la hora de concretar las prestaciones indispensables o los servicios mínimos en Derecho comparado, véase, E. ALES, *Lo sciopero nei ...*, op. cit., pp. 167-168.

<sup>25</sup> Este método de articulación de los servicios mínimos se utiliza raramente en España y casi siempre en el ámbito del sector transportes. Así, por ejemplo, la Orden del Ministerio de Transportes que desarrolla el artículo 2 del RD 495/1980, de 14 de marzo (Metropolitano de Madrid), establece una prestación parcial de los servicios de las 6 a las 10 horas y de las 17 a las 21, quedando paralizados el resto del día; el Decreto de la Presidencia de la Generalidad de Cataluña 128/1982, de 3 de junio (Ferrocarril Metropolitano de Barcelona y Transporte de Barcelona); establece la prestación total de los servicios en determinadas franjas horarias y la paralización de los servicios durante el resto del día; y el Decreto del Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña 162/1983, de 28 de abril (Recogida de basuras y limpieza pública en los municipios de Tarragona, Reus y Valls), establece el servicio normal



antemano el tipo de garantía aplicable y, en el supuesto de que ésta fuera los servicios mínimos, su concreta configuración<sup>26</sup>. Por otra parte, ya se verá en su momento cómo el principio de proporcionalidad, que es una garantía aplicable al establecimiento de servicios mínimos, exige la consideración individualizada de las circunstancias concurrentes en cada concreto conflicto.

En séptimo y último lugar, del concepto de servicios mínimos no se deriva su carácter de única medida garantizadora del mantenimiento de los servicios esenciales, ni su incompatibilidad con otras posibles medidas garantizadoras, aunque sí su idoneidad para componer el conflicto de intereses subyacente a la fórmula constitucional del 28.2.

## 2. DISTINCIÓN ENTRE SERVICIOS ESENCIALES Y SERVICIOS MÍNIMOS

Luego de haber estudiado los conceptos de servicios esenciales y de servicios mínimos pudiera parecer innecesario un epígrafe dedicado a su distinción y, sin embargo, ésta es necesaria porque aún hoy día sigue siendo frecuente la confusión de los mimos.

---

en la recogida de determinados residuos —hospitalarios, etc.— y la recogida de las basuras del municipio en general sólo dos días de cada siete.

<sup>26</sup> La doctrina confirma la imposibilidad de la fijación apriorística. Así, entre otros, J. M. RAMÍREZ MARTÍNEZ, «El derecho de ...», op. cit., p. 13; S. TORRENTE GARI, *El ejercicio del ...*, op. cit., pp. 230 ss.; y J. GÁRATE CASTRO, «Derecho de huelga ...», op. cit., pp. 11-13. En cambio, J. C. CASSAGNE, *La huelga en ...*, op. cit., p. 93, sostiene, desde una perspectiva de Derecho comparado, la viabilidad de la fijación apriorística de los servicios mínimos.

Tanto la pluralidad de medidas garantizadoras, como su carácter no indiferenciado y, relacionado con ello, la imposibilidad de determinación apriorística de las mismas es plenamente confirmado por la STC 53/86, F. J. 3, cuando entiende: «Qué tipo de “garantías” ordenadas al mantenimiento de los servicios esenciales pueden ser adoptadas sin menoscabo del derecho consagrado en el art. 28.2 C.E. es cuestión que no puede ser resuelta apriorísticamente, remitiendo a la ponderación, de un lado, de las circunstancias concurrentes en la huelga y en la comunidad sobre la que incide (extensión territorial, duración, etc.), y, de otro, a la naturaleza de los derechos o bienes constitucionalmente protegidos sobre los que repercute».

Por lo que a la jurisprudencia ordinaria se refiere, el mejor ejemplo lo constituye el voto particular (F. J. 3) del magistrado Vicente Conde Martín de Hijas a la STS (3ª), 14-9-92, Ar. 6896. Igualmente, STS (3ª), 20-9-93, Ar. 6737, F. J. 3 sentencia apelada.

También en Alemania resulta claro que los servicios de emergencia, equivalentes a los servicios mínimos españoles, no pueden determinarse sin tener en cuenta distintas circunstancias. En este sentido, vid., R. BIRK y E. HERNICHEL, «El derecho de ...», op. cit., pp. 77 ss.

Lo mismo puede decirse en Francia. Véase, por todos, P. TERNEYRE, «Vade-mecum du ...», op. cit., pp. 808-809 y J. PÉLISSIER, «Grève et substituts ...», op. cit., p. 144.

En Italia, por contra, los servicios mínimos son fijados en general con carácter abstracto y apriorístico, aunque a través de la negociación colectiva descentralizada los servicios mínimos se adaptan las circunstancias propias de los niveles local y empresarial. Vid., entre otros muchos, E. GRAGNOLI, «Le regole per ...», op. cit., pp. 45 ss.

Confusión en la que incurren parte de la doctrina<sup>27</sup>, de la jurisprudencia ordinaria<sup>28</sup> y, sobre todo, la autoridad gubernativa<sup>29</sup>.

La confusión que se denuncia hunde sus raíces en la utilización exclusiva de los servicios mínimos como técnica garantizadora del mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad. Aunque teóricamente dicha utilización exclusiva no tendría por qué desencadenar la confusión, lo cierto es que en la práctica ésta se ha producido. De hecho buena parte de las críticas que se han formulado a la utilización exclusiva de la técnica de los servicios mínimos lo han sido al hilo de la confusión de la que se habla.

En cuanto a sus consecuencias, y esto es lo importante, mientras en algunas ocasiones la confusión es sólo terminológica<sup>30</sup> en otras muchas incide negativamente en

---

<sup>27</sup> Vid., por todos, M. ALONSO OLEA, *Las fuentes del ...*, op. cit., pp. 169-170. Precisamente por la confusión en la que incurre este autor se rechaza su concepto de servicios mínimos. Igualmente incurre en confusión, P. GONZÁLEZ GUTIÉRREZ-BARQUÍN, «Las garantías para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad», en AA.VV., *Los derechos fundamentales y libertades públicas*, T. II, Mº de Justicia, Madrid, 1993, *passim*.

<sup>28</sup> La confusión entre servicios esenciales y servicios mínimos era lo usual en las primeras sentencias del Supremo. Así, SSTS (3ª) 11-7-80, Ar. 2950, cdo. 8; 24-9-80, Ar. 3248, cdo. 2; 24-9-80, Ar. 3249, cdo. 1. Con el tiempo la confusión ha disminuido y se ha hecho sobre todo terminológica, aunque puede mencionarse algún significativo ejemplo de inaceptable confusión, como la STS (3ª), 8-2-91, Ar. 1248, F. J. 3, cuando establece: «{...} por ello en el mencionado apartado 2º del art. 28 de la Constitución se prevé que la ley que regule el ejercicio del derecho de huelga de los trabajadores, establecerá las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los *servicios mínimos* de la Comunidad {...}» (mías las cursivas).

<sup>29</sup> Una buena muestra de la confusión en la que incurre la autoridad gubernativa puede consultarse en L. E. DE LA VILLA, «Servicios mínimos en ...», op. cit., p. 448 y A. MARTÍNEZ MARÍN, *El buen funcionamiento ...*, op. cit., pp. 49-52. Incluso recientemente sigue incurriéndose en confusión, pudiendo citar a título ejemplificativo el Decreto de Castilla y León 69/96, de 26 de marzo (servicio forestal), en el que se alude al «mantenimiento de los servicios públicos mínimos y esenciales».

<sup>30</sup> A veces la confusión es sólo terminológica, lo que no siempre resulta fácil de saber. Éste puede ser el caso de M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, «La huelga de ...», op. cit., p. 6, cuando escribe: «Se confirma con ello que la elección de momentos o situaciones en las que el sacrificio que se impone al usuario de los servicios pueda considerarse como desproporcionado justifica el establecimiento de límites adicionales al derecho de huelga, al ampliarse correlativamente el nivel de *los servicios que podrían considerarse como esenciales*» (mías las cursivas).

En cuanto a la jurisprudencia ya se dijo anteriormente que predomina la confusión de tipo terminológico, pudiéndose citar numerosos ejemplos. Así, la STS (3ª), 16-1-85, Ar. 216, cdos. 2 y 3, en la que se habla de servicios mínimos esenciales. La STS (3ª), 16-1-85, Ar. 411, cdo. 1, que literalmente dice: «{...} estableció unos servicios esenciales para el mantenimiento del servicio público que presta la citada empresa {...}». La STS (3ª), 18-9-86, Ar. 4635, F. J. 3, cuando establece: «{...} determina los servicios mínimos a mantener como esenciales {...}». La STS (5ª), 12-5-88, Ar. 4154, F. J. 3, cuando entiende: «{...} cuando se trata de un servicio público que exige el mantenimiento de unos servicios esenciales mínimos {...}». La STS (5ª), 24-6-88, Ar. 4727, F. J. 4, que dice así: «funcionamiento de los servicios públicos mínimos esenciales a la comunidad {...}». La STS (3ª), 12-9-89, Ar. 6333, F. J. 1, los considera sinónimos, pues habla de servicios mínimos o esenciales. O la STS (4ª), 11-7-94, Ar. 6545, FF.JJ. 1, 3, 4 y 6, aludiendo a las prestación de los servicios esenciales donde debiera decir servicios mínimos. Incluso recientemente la STSJ Aragón, sala de lo social, 23-6-2000, As. 1897, F. J. 4, habla de servicios mínimos esenciales.

el ejercicio del derecho de huelga, restringiéndolo en exceso<sup>31</sup>; y todo ello, además, beneficiándose de una cierta apariencia de legitimidad.

En este contexto hay que ubicar las lúcidas opiniones de algunos autores que tras denunciar la confusión han trazado con maestría la distinción entre servicios esenciales y servicios mínimos en base a su interrelación de fin a medio<sup>32</sup>. Los servicios mínimos son el medio, el instrumento —uno de los posibles habría que decir— mediante el que se satisface la finalidad equilibradora de intereses en conflicto en que el mantenimiento de los servicios esenciales consiste. O por decirlo de otra manera, los servicios esenciales constituyen el ámbito en el que el ejercicio del derecho de huelga puede ser objeto de limitaciones específicas y los servicios mínimos una de las posibles maneras de concretar esas limitaciones. Por supuesto, el conjunto de actividades que pueden integrar los servicios mínimos y limitar *stricto* sensu el derecho de huelga será siempre menor que el de las actividades que componen un servicio esencial.

A remolque de la doctrina, la jurisprudencia parece que ha acabado entendiendo la diferencia entre los servicios esenciales y los servicios mínimos, al menos, y esto es lo que más importa, desde un punto de vista material, pues terminológicamente siguen existiendo ejemplos de confusión. Como no podía ser de otro modo también la autoridad gubernativa se ha visto influenciada por este proceso<sup>33</sup>. Un buen ejemplo de este nuevo

---

En cambio, determinadas sentencias sí manejan correctamente los conceptos de servicios esenciales y de servicios mínimos. Así, entre otras, SSTS (3ª), 19-7-89, Ar. 5393, FF.JJ. 1 y 2; 26-7-90, Ar. 6347, F. J. 3; 16-1-95, Ar. 421, F. J. 7; y STS (4ª), 12-3-97, Ar. 2892. Especialmente significativa es la STS (3ª), 15-9-95, Ar. 6654, F. J. 3, en la que se establece con claridad que la esencialidad de un servicio no presupone automáticamente la imposición de servicios mínimos.

Por lo que a la autoridad gubernativa se refiere, la confusión además de terminológica es también de fondo, como tendrá ocasión de comprobarse posteriormente con algunos ejemplos.

<sup>31</sup> En este sentido, L. E. DE LA VILLA, «Servicios mínimos en ...», op. cit., pp. 447-448, señala que la principal consecuencia de la confusión es la restricción abusiva del derecho de huelga a través de unos servicios que de mínimos no tienen nada. Concretamente entiende: «La transposición mental que opera a partir de esta indisculpable confusión no es difícil de establecer. Pues si servicio mínimo equivale a servicio esencial, la “esencialidad” del servicio, “constitucionaliza” cualquier restricción que la autoridad gubernativa establezca, sea ésta la que sea».

<sup>32</sup> Cfr., F. VALDÉS DAL-RÉ, «Servicios esenciales y ...», op. cit., p. 142; A. BAYLOS GRAU, «Los servicios esenciales de la comunidad», en AA. VV., *Jornadas sobre la regulación del derecho de huelga*, IEL, Barcelona, 1988, pp. 67-71; L. E. DE LA VILLA, «Servicios mínimos en ...», op. cit., pp. 447-448; y S. TORRENTE GARI, *El ejercicio del ...*, op. cit., pp. 229-230.

<sup>33</sup> A pesar de que, como se decía en una nota anterior, en un balance global son más numerosas las disposiciones que incurren en confusión total o parcial entre servicios esenciales y servicios mínimos, existen algunos ejemplos de disposiciones que sí han sabido distinguir convenientemente entre servicios esenciales y servicios mínimos. Es el caso, entre otras, de las siguientes: RD 755/1987, de 19 de junio,

talante de la jurisprudencia lo constituye la STS (3ª), de 14 de octubre de 1997, Ar. 7535, que establece la necesidad de diferenciar entre distintos planos conceptuales, en los siguientes términos:

«El primero de los conceptos es de una mayor globalidad, y tiene que ver con la necesidad por parte de la Comunidad de un determinado tipo de servicios, sin descender a aspectos propios de la organización laboral interna de la empresa en la que se articulan diversos cometidos laborales, cuya coordinación hace posible aquel servicio global, que es esencial para la comunidad.

El concepto de servicio mínimo tiene un carácter subordinado respecto al de servicios esenciales, y tiene que ver ya con los concretos cometidos laborales de las empresas, o servicios públicos que prestan a la comunidad los servicios esenciales para ella. La selección de los cometidos laborales necesarios para garantizar en cada entidad productiva el mantenimiento de los servicios esenciales, se sitúa en un plano de mayor concreción.

Finalmente la determinación de los efectivos personales precisos se relaciona directamente con los servicios mínimos, y no tanto con el de servicios esenciales.

De modo más concreto, no todas las áreas de trabajo en los que se diversifica una determinada organización productiva, cuyo servicio global a la comunidad es calificable de esencial, están en la misma relación con la idea de esencialidad del servicio, debiendo ponderarse la necesidad del mantenimiento de cada una de las diversas áreas durante la huelga desde el plano subordinado de los servicios mínimos, precisos para garantizar el servicio esencial» (F. J. 4)<sup>34</sup>.

La distinción trazada por doctrina y jurisprudencia, que como punto de partida es correcta, necesita ser ulteriormente precisada, en el sentido siguiente: puesto que en realidad la esencialidad se predica de concretas prestaciones y no de servicios globalmente considerados, la distinción se ha de efectuar entre las prestaciones esenciales y los servicios mínimos<sup>35</sup>. Lógicamente, no es lo mismo hablar de servicios mínimos

---

con las modificaciones aportadas por el RD 1474/1988, de 9 de diciembre (Administración de Justicia); Acuerdo de la Presidencia del Tribunal Constitucional, de 12 de diciembre de 1988; Acuerdo del Consejo General del Poder Judicial, de 16 de junio de 1993; y Orden del Ministerio de Fomento, de 3 de diciembre de 1997 (Transmediterránea).

<sup>34</sup> La necesidad de distinguir los conceptos de servicios esenciales y de servicios mínimos había sido claramente manifestada por el magistrado Vicente Conde Martín de Hijas en su voto particular (F. J. 3) a la STS (3ª), 14-9-92, Ar. 6896. Posteriormente, la STS (3ª), 15-1-96, Ar. 349, F. J. 5, aplica la tesis de la necesidad de distinción conceptual, aunque no con la claridad de la sentencia de 1997 que se reproduce.

<sup>35</sup> La sentencia transcrita, aunque bien intencionada, también incurre en confusión conceptual, pues lo que considera servicios mínimos en realidad son prestaciones esenciales y lo que denomina efectivos personales en realidad son los servicios mínimos. De este modo los tres niveles conceptuales serían los siguientes: servicios esenciales globalmente considerados, prestaciones esenciales y servicios mínimos.

respecto de un servicio globalmente considerado esencial que respecto de unas determinadas prestaciones de ese servicio, que son las verdaderamente esenciales.

Esta precisión no es puramente teórica sino que repercute y cómo en la práctica. La mejor forma de demostrarlo es acudir a un ejemplo, concretamente al de RTVE que ya ha sido utilizado en esta investigación<sup>36</sup>. El denominado servicio esencial de la radio y la televisión se corresponde en realidad y exclusivamente con las prestaciones esenciales de tipo informativo<sup>37</sup>. Pues bien, una huelga en RTVE de 24 horas de duración, y teniendo en cuenta que existen multitud de medios informativos alternativos, podría conllevar a lo sumo unos servicios mínimos consistentes en la realización de las tareas necesarias para emitir un solo informativo y además de corta duración y no la totalidad de los informativos con la duración ordinaria, además de la emisión de una programación grabada dentro de los horarios habituales de emisión. Esta última opción, la habitual en los sucesivos Reales Decretos emanados por la autoridad gubernativa<sup>38</sup> y rechazada por el Tribunal Supremo, constituye un ejemplo paradigmático de confusión interesada entre los conceptos de servicios esenciales y de prestaciones esenciales, con el efecto práctico de considerar esenciales todas y cada una de las prestaciones que integran una determinada organización calificada globalmente esencial, por muy fútiles que sean. Pero más importante que la anterior confusión es la que identifica prestaciones esenciales con servicios mínimos, con la nefasta consecuencia para el ejercicio del derecho de huelga de pretender que las prestaciones esenciales se mantengan íntegramente: en el ejemplo, la totalidad de los informativos con su duración ordinaria.

Para concluir con este tema, el hecho de que se distinga entre servicios esenciales, mejor dicho prestaciones esenciales, y servicios mínimos, que es algo absolutamente

---

También incurre en confusión T. SALA FRANCO, «La huelga en ...», op. cit., p. 15, para quien las referencias genéricas del PLOH a las prestaciones indispensables no son sino servicios mínimos, cuando en realidad se trata de prestaciones esenciales.

<sup>36</sup> Otro ejemplo significativo es el resuelto por la STS (3ª), 29-1-96, Ar. 1309, F. J. 5, en el que se habían establecido servicios mínimos en todas las dependencias del Congreso de los Diputados, luego de haber declarado la esencialidad global de la actividad parlamentaria, lo que lleva al Supremo a declarar que no todas las prestaciones que se desarrollan en el Congreso de los Diputados tienen el carácter de esenciales, por lo que no podían establecerse servicios mínimos en todas las dependencias.

<sup>37</sup> Se remite a lo dicho a este propósito en el capítulo segundo, apartado C, epígrafe 2.b.

<sup>38</sup> Son muchos los RR.DD. que con escasas variaciones se han ocupado de esta cuestión. Simplemente citar el RD 176/1991, que es el anulado por la STS (3ª) 15-9-95, Ar. 6654, y el 2393/1996, anulado por la STS (3ª), 20-2-98, Ar. 2362.

necesario, no acaba con la desafortunada realidad española, en la que, a diferencia de otros países<sup>39</sup>, existe una correspondencia automática entre mantenimiento de los servicios esenciales y establecimiento de servicios mínimos, independientemente de las circunstancias que concurran en el caso concreto. Y esta correspondencia no deriva ni de la CE ni tan siquiera del vigente marco ordinario, sino de la criticable *praxis* seguida por la autoridad gubernativa, por lo que puede y debe ser corregida sin necesidad de modificación legislativa alguna.

### 3. DISTINCIÓN ENTRE SERVICIOS MÍNIMOS EN LOS SERVICIOS ESENCIALES Y SERVICIOS MÍNIMOS DE SEGURIDAD Y MANTENIMIENTO

Junto a los servicios mínimos como técnica garantizadora del mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad están los servicios mínimos destinados a garantizar los servicios de mantenimiento y seguridad en la empresa<sup>40</sup>. La distinción que pretende

---

<sup>39</sup> Es el caso de Francia donde esa automaticidad no se produce. En efecto, con la excepción del sector público de la comunicación audiovisual —Ley de 30 de septiembre de 1986— y del sector de la navegación aérea —Leyes de 31 de diciembre de 1984 y 18 de diciembre de 1987—, en los que está previsto el establecimiento obligatorio de servicios mínimos, en los demás servicios públicos será la Administración la que en cada caso determinará si se establecen o no servicios mínimos, demostrándonos la práctica que en muchas ocasiones no se organizan servicios mínimos. Precisamente esta falta de automaticidad estaba en la base de las frustradas iniciativas legislativas de finales de los ochenta —la proposición de Ley Fourcade de 1987 y el proyecto del gobierno Rocard de 1988—, que pretendían establecer legalmente la obligación de establecer servicios mínimos en todos los servicios públicos. Sobre esta compleja cuestión, P. TERNEYRE, «Vade-mecum du ...», op. cit., pp. 804-806, quien se muestra partidario de una mayor utilización de los servicios mínimos, para lo cual sería conveniente una ley general como la del año 1963; A. JEAMMAUD, «Huelga y servicios ...», op. cit., quien entiende indispensable la presencia de una ley que autorice el establecimiento de servicios mínimos, de tal manera que gran parte de los que se han impuesto carecerían de cobertura adecuada; y J. PÉLISSIER, «Grève et substituts ...», op. cit., pp. 141-144.

Existe, por cierto, una proposición de ley dirigida a instaurar con carácter general el establecimiento de servicios mínimos en los servicios públicos, aunque no se sabe cuál es el estado actual de dicha proposición (publicada y comentada en *Droit Ouvrier*, 1999, février, pp. 62-63).

<sup>40</sup> Algunos autores emplean el término servicios mínimos de seguridad y mantenimiento, como J. MATÍA PRIM y otros, *Huelga, cierre patronal ...*, op. cit., pp. 114 ss.; I. ALBIOL MONTESINOS y T. SALA FRANCO, «El mantenimiento de ...», op. cit., pp. 1243 ss.; y A. PEDRAJAS MORENO, «Huelga y servicios de mantenimiento», en AA.VV., *Ley de huelga*, ISE, Madrid, 1993, pp. 73 ss. I. ÁLVAREZ SACRISTÁN, «El ejercicio del derecho de huelga y los servicios esenciales», en AA.VV., *Derechos de libertad sindical y huelga*, CGPJ, Madrid, cuaderno núm. XII, 1992, pp. 280-281, utiliza el término servicios mínimos para referirse tanto a los del 6.7 como a los del 10.2, ambos del DLRT. Lo mismo hace J. M. GOERLICH PESET, «Ejercicio del derecho de huelga y poder directivo empresarial», en AA. VV., *Homenaje al Profesor Juan García Abellán*, Public. Univ. de Murcia, Murcia, 1994, p. 158. Otros autores, como A. BAYLOS GRAU, *Derecho de huelga y ...*, op. cit., pp. 204 ss. y E. GONZÁLEZ BIEDMA, *Derecho de huelga ...*, op. cit., eluden utilizar el término servicios mínimos,

efectuarse no se proyecta estrictamente sobre los dos tipos de servicios mínimos, que básicamente operan de la misma forma: privación del derecho de huelga para los trabajadores designados y limitación del ejercicio del derecho de huelga desde el plano colectivo. Se proyecta, en realidad, sobre los conceptos de servicios esenciales y de servicios de seguridad y mantenimiento en la empresa.

Los servicios esenciales, y más concretamente las prestaciones esenciales, ya han sido conceptualmente estudiados, por lo que antes de plantear la distinción hay que conocer en qué consisten los servicios de seguridad y mantenimiento. Lo primero que hay que decir es que con el término servicios de seguridad y mantenimiento en la empresa se alude en realidad a tres tipos de servicios distintos, aunque estrechamente relacionados: los servicios de seguridad de personas y cosas, los servicios de mantenimiento y los servicios destinados a permitir la reapertura de la empresa<sup>41</sup>.

Los servicios de mantenimiento se orientan exclusivamente a prestar las atenciones imprescindibles para que el deterioro de los bienes afectos a la actividad de la empresa — instalaciones, maquinaria, materias primas, mercancías— no se produzca. Los servicios de seguridad de personas y bienes de la empresa incluyen aquéllos tendentes a conservar las medidas de seguridad que son habituales en la empresa: seguridad frente a incidentes fortuitos y frente a terceros ajenos a la huelga, pero no frente a los propios efectos de la

---

hablando de servicios de seguridad y mantenimiento prestados por los trabajadores de la empresa en huelga, que a fin de cuentas es lo mismo.

También la jurisprudencia ha utilizado el término servicios mínimos de seguridad y mantenimiento. Así, por ejemplo, la STS (6ª) 7-2-89, Ar. 697 (Caso Alúmina-Aluminio). Incluso, numerosas sentencias utilizan el término servicios mínimos a secas para referirse a los de seguridad y mantenimiento. Es el caso de: STS (3ª) 1-4-89, Ar. 2803; STS (4ª), 23-10-89, Ar. 7533, F. J. 6; STSJ País Vasco, sala de lo social, 26-5-92, As. 2479; STSJ Valencia, sala de lo social, 25-3-93, As. 1666, F. J. 3; STSJ de Madrid, 13-5-97, As. 1581, Antecedente 7; y STSJ Asturias, sala de lo social, 14-5-97, As. 1689, F. J. 2.

Téngase en cuenta que en el seno del CLS de la OIT venía empleándose el término servicios mínimos en el ámbito de los servicios de seguridad y mantenimiento antes de que también lo aplicara a los servicios esenciales. Véase, OIT, *La libertad sindical ...*, op. cit., párrafo 328.

<sup>41</sup> Sobre la necesidad de realizar esta distinción, vid., E. GONZÁLEZ BIEDMA, *Derecho de huelga ...*, op. cit., pp. 18 ss.

El artículo 6.7 DLRT se ocupa conjuntamente de estos tres tipos de servicios, en los siguientes términos: «El comité de huelga habrá de garantizar durante la misma la prestación de los servicios necesarios para la seguridad de las personas y de las cosas, mantenimiento de los locales, maquinaria, instalaciones, materias primas y cualquier otra atención que fuese precisa para la ulterior reanudación de las tareas de la empresa. {...}».

actividad huelguística. Finalmente, los servicios destinados a permitir la reapertura de la empresa no necesitan mayor comentario<sup>42</sup>.

Una vez que se ha definido, de manera ciertamente simplista, cada uno de los servicios implicados se está ya en condiciones de plantear la distinción con los servicios esenciales, para lo que se recurrirá a varios criterios o parámetros, algunos estructurales y otros coyunturales.

El criterio más importante para efectuar la distinción es el de los intereses jurídicos objeto de protección<sup>43</sup>. Con el concepto de servicios esenciales se protegen directamente los intereses de relieve constitucional de determinados usuarios perjudicados por el ejercicio del derecho de huelga. Lógicamente, en la medida en la que el mantenimiento de los servicios esenciales implique la prestación de ciertos trabajos —servicios mínimos— se estará beneficiando, aunque no en todos los casos, a los empresarios, si bien este beneficio es sólo reflejo, consecuencia de la protección de los intereses de los usuarios. En cambio, los servicios de seguridad y mantenimiento protegen directamente el interés empresarial y, en menor medida, el de los trabajadores no huelguistas. Al igual que en el caso anterior, indirectamente pueden resultar beneficiados otros sujetos, como los usuarios o la entera sociedad, a los que desde luego interesa que no haya una destrucción del patrimonio empresarial.

Estrechamente relacionado con el anterior criterio se encuentra el siguiente, que tiene que ver con el fundamento constitucional del mantenimiento de los distintos servicios. Los servicios esenciales están expresamente recogidos en el artículo 28.2 CE, si bien lo verdaderamente importante es que encuentran su fundamento en multitud de

---

<sup>42</sup> De estos tres tipos de servicios se ocupa E. GONZÁLEZ BIEDMA, *Derecho de huelga ...*, op. cit., pp. 18 ss.

Especialmente polémico es el tema de los servicios de mantenimiento prestados a terceras empresas. De esta cuestión se han ocupado I. ALBIOL MONTESINOS y T. SALA FRANCO, «El mantenimiento de ...», op. cit., p. 1236 y E. GONZÁLEZ BIEDMA, *Derecho de huelga ...*, op. cit., pp. 79-80, comentando la STCT, 10-7-84, Ar. 6728, que aplica analógicamente el artículo 6.7 DLRT a estos servicios de mantenimiento prestados a terceros. Del mismo modo, también los servicios de seguridad pueden referirse a terceros vinculados con la empresa afectada directamente por la huelga. Es el caso de la STS (4ª), 29-11-93, Ar. 9084, F. J. 5.

<sup>43</sup> Este criterio de distinción es utilizado por E. GONZÁLEZ BIEDMA, *Derecho de huelga ...*, op. cit., p. 28.

También es manejado por la STSJ Cantabria, sala de lo social, 13-10-92, As. 4759, F. J. 2, a propósito del diferente orden jurisdiccional competente en cada uno de los servicios implicados.



preceptos constitucionales, en los que se reconocen los derechos y bienes constitucionales de los que los usuarios deben seguir disfrutando cuando se ejerza el derecho de huelga. En cambio, los servicios de seguridad y mantenimiento tienen como único fundamento constitucional, en este caso implícito, la protección de los derechos fundamentales del artículo 15 y de la productividad de la empresa, como contenido de la libertad de empresa protegida por el artículo 38 CE<sup>44</sup>.

Otro criterio de distinción está relacionado con la naturaleza productiva o no de los servicios. Así, contrasta el carácter productivo de los servicios esenciales con el carácter generalmente no productivo de los servicios de mantenimiento y seguridad<sup>45</sup>. Esta diferencia de naturaleza deriva del distinto tipo de intereses que con los citados servicios se pretende proteger directamente<sup>46</sup>.

También pueden distinguirse en relación con el ámbito en el que operan. Mientras los servicios esenciales constituyen un ámbito específico de restricción del derecho de huelga, los servicios de seguridad y mantenimiento operan en cualquier ámbito en el que la huelga pueda ejercerse, sea o no esencial, siempre y cuando se acredite la necesidad de los mismos.

---

En Italia también es éste el criterio utilizado. Así, por todos, P. PASCUCCI, «Le sanzioni», en P. Pascucci (a cura di), *La nuova disciplina dello sciopero nei servizi essenziali*, Ipsoa, 2000, p. 98.

<sup>44</sup> E. GONZÁLEZ BIEDMA, *Derecho de huelga ...*, op. cit., pp. 35 ss., se ocupa de la fundamentación constitucional de los servicios de seguridad y mantenimiento. Además de los artículos 15 y 38 ensaya, con menor convicción, otros posibles fundamentos: límites internos basados en el principio de proporcionalidad de los sacrificios; derecho de propiedad; derecho al trabajo; bien constitucional de la economía nacional.

La STC 11/81 justificaba los servicios de seguridad y mantenimiento en la empresa en los siguientes términos: «La huelga es un derecho de hacer presión sobre el empresario colocándose los trabajadores fuera del contrato de trabajo, pero no es, ni debe ser en momento alguno, una vía para producir daños o deterioros en los bienes de capital» (F. J. 20).

Algunos autores entienden que no todos los servicios incluidos conjuntamente en el artículo 6.7 DLRT tienen la misma fundamentación, de tal manera que mientras ésta no ofrece dudas en el caso de los servicios de seguridad de personas y bienes no puede decirse lo mismo de los servicios de mantenimiento, especialmente de los de materias primas y mercaderías, y de los destinados a la reanudación de la actividad empresarial. Cfr. en este sentido, F. DURÁN LÓPEZ, «El régimen legal ...», op. cit., p. 66; J. GARCÍA BLASCO, *El derecho de ...*, op. cit., pp. 245-247; y A. BAYLOS GRAU, *Derecho de huelga y ...*, op. cit., pp. 206-208.

<sup>45</sup> Excepcionalmente algunos servicios de mantenimiento, relacionados con productos perecederos y en empresas cuya actividad consista precisamente en la comercialización de esos productos, así como en determinadas actividades que en ningún caso pueden paralizarse íntegramente, pueden conllevar la realización de actividad productiva. Se muestra favorable, bien que con criterio restrictivo, E. GONZÁLEZ BIEDMA, *Derecho de huelga ...*, op. cit., pp. 22-23.

<sup>46</sup> De señalar esta distinción se ocupa E. GONZÁLEZ BIEDMA, *Derecho de huelga ...*, op. cit., p. 28.

Finalmente, un criterio de distinción de tipo coyuntural es el relativo al vigente régimen jurídico. No se pretende aquí desentrañar el entero régimen jurídico sino más modestamente ocuparse de la entidad decisora, del operador jurídico llamado a concretar los servicios de seguridad y mantenimiento, de un lado, y los servicios esenciales, de otro<sup>47</sup>. En el caso de los servicios esenciales, entidad decisora es la autoridad gubernativa —art. 10.2 DLRT—, de la que se hablará extensamente más adelante. Por ahora basta con apuntar el carácter heterónimo e imparcial de la autoridad gubernativa y cómo esas características hay que ligarlas al hecho de que con los servicios esenciales se busca proteger los intereses de relieve constitucional de terceros usuarios afectados por el ejercicio del derecho de huelga.

En cuanto a los servicios de seguridad y mantenimiento, es precisamente el tema de la entidad decisora el que más polémica ha suscitado. La redacción inicial del artículo 6.7 DLRT atribuía al empresario la fijación exclusiva de los citados servicios<sup>48</sup>. Tal atribución mereció un pronunciamiento de inconstitucionalidad, estableciéndose la necesidad de participación del comité de huelga<sup>49</sup>, lo que ha sido interpretado doctrinalmente como necesidad de acuerdo entre el empresario y el comité de huelga acerca de los concretos servicios de seguridad y mantenimiento y de los concretos trabajadores encargados de cubrirlos<sup>50</sup>. De este modo, puede decirse que entidad decisora en materia de servicios de seguridad y mantenimiento es conjuntamente el

---

<sup>47</sup> La distinción en base a la diferente entidad decisora ha sido apuntada, entre otros muchos, por E. GONZÁLEZ BIEDMA, *Derecho de huelga ...*, op. cit., p. 28.

La STS (3ª), 8-11-89, Ar. 8153, F. J. 4, recoge perfectamente este diferente régimen jurídico. Igualmente, la STSJ Canarias/Las Palmas, sala de lo social, 11-8-97, As. 3111, F. J. 1.

<sup>48</sup> Literalmente: «Corresponde al empresario la designación de los trabajadores que deban efectuar dichos servicios».

<sup>49</sup> Se trata de la STC 11/81, cuando entiende: «{...} la designación hecha unilateralmente por el empresario priva a los trabajadores designados de un derecho, que es de carácter fundamental. Por ello, no es inconstitucional la totalidad del apartado 7 del art. 6, pero sí el último inciso del mismo. La adopción de las medidas de seguridad no compete de manera exclusiva al empresario, sino que en ellas participa el comité de huelga que es quien las garantiza con la inevitable secuela de que la huelga en que el comité no preste esta participación podrá ser considerada como ilícita por abusiva» (F. J. 20). E. GONZÁLEZ BIEDMA, *Derecho de huelga ...*, op. cit., pp. 88 ss., se muestra acertadamente crítico con los razonamientos del TC.

<sup>50</sup> En este sentido, I. ALBIOL MONTESINOS y T. SALA FRANCO, «El mantenimiento de ...», op. cit., p. 1237 y E. GONZÁLEZ BIEDMA, *Derecho de huelga ...*, op. cit., pp. 101-104, recogiendo la doctrina y jurisprudencia sobre el particular.

empresario y el comité de huelga, lo que abre un nuevo y polémico frente, a saber, quién decide en caso de desacuerdo<sup>51</sup>.

Independientemente de la respuesta que se dé a esta última interrogante lo cierto es que la entidad llamada en primer lugar a concretar los servicios de seguridad y mantenimiento no es un tercero imparcial, como en el caso de los servicios esenciales, sino las propias partes en conflicto, en coherencia con la naturaleza de los intereses que con los servicios de seguridad y mantenimiento se pretende proteger.

La distinción aquí ensayada entre los servicios esenciales y los servicios de seguridad y mantenimiento en la empresa permite diferenciar los servicios mínimos dictados en uno u otro supuesto. Pese a la simplicidad de la distinción de vez en cuando surgen opiniones doctrinales, sentencias o disposiciones de la autoridad gubernativa que no parecen tener muy claro el asunto<sup>52</sup>.

---

<sup>51</sup> De este tema se han ocupado profusamente, entre otros, J. CRUZ VILLALÓN, «La ausencia de ...», op. cit., pp. 435-446; I. ALBIOL MONTESINOS y T. SALA FRANCO, «El mantenimiento de ...», op. cit., pp. 1238-1241, quienes afrontan también los problemas adicionales que surgen en las huelgas supraempresariales (pp. 1242-1244); y E. GONZÁLEZ BIEDMA, *Derecho de huelga ...*, op. cit., pp. 104 ss., recogiendo las distintas posturas doctrinales y jurisprudenciales sobre el particular.

En esta materia ha terciado el TC al establecer mediante su Auto 290/94 lo siguiente: «El modo de concreción de esa “participación” ha de considerarse pues en principio ajeno a la concreta exigencia constitucional, y por ello, como una materia de legalidad ordinaria, debiendo este Tribunal verificar sólo si la intervención del Comité de huelga en cada caso ha sido tal que pueda considerarse como una “participación” real en la decisión empresarial, y sin que el único modo constitucionalmente posible de articular la participación haya de ser, necesariamente, el acuerdo alcanzado entre empresario y comité de huelga» (F. J. 2).

En todo caso, tanto el ASEC como buena parte de los acuerdos autonómicos de solución extrajudicial de conflictos laborales —Andalucía, Aragón, Baleares, Canarias, Cantabria, Castilla-La Mancha, Castilla y León, Cataluña, Valencia, Galicia y la Rioja— se ocupan específicamente de esta cuestión. Vid., *Suplemento especial sobre ...*, op. cit., y C. PIQUERAS PIQUERAS, *El acuerdo sobre ...*, op. cit., pp. 141 ss.

El frustrado PLOH —art. 8—, consciente de los problemas anteriormente descritos, incorporaba un cuadro de soluciones normativas satisfactorias. Sobre este punto, véase, A. PEDRAJAS MORENO, «Huelga y servicios ...», op. cit., pp. 80 ss.

<sup>52</sup> Es el caso, por lo que a la doctrina se refiere, de P. GONZÁLEZ GUTIÉRREZ-BARQUÍN, «Las garantías para ...», op. cit., pp. 1001-1002, quien entiende que en las empresas que realizan actividades consideradas esenciales, los servicios de seguridad y mantenimiento forman parte necesariamente de los servicios esenciales.

Paradigmática, en este sentido, resulta la STCT 5-5-80, Ar. 2546, cdo. 6. Igualmente, las sentencias que se recogen en una nota posterior y la STCT 10-7-84, Ar. 6728, cdo. 3. En todo caso, determinadas sentencias sí distinguen correctamente ambas figuras. Así, las SSTCT, 11-2-85, Ar. 1424, cdo. 2 y 9-7-85, Ar. 5089, cdo. 4 y 5.

En cuanto a las disposiciones de la autoridad gubernativa, vid., A. BAYLOS GRAU, *Derecho de huelga y ...*, op. cit., pp. 204-205, nota 88, y S. TORRENTE GARI, *El ejercicio del ...*, op. cit., p. 259, nota 123, quien denuncia cómo en muchas ocasiones los servicios de seguridad y mantenimiento están siendo regulados como si de servicios mínimos en servicios esenciales se tratara.

En Alemania, la doctrina incluye dentro de los servicios esenciales tanto los servicios de emergencia, que se corresponden con los que en España se denominan servicios mínimos para

En realidad, las cosas no son tan sencillas como pudiera parecer, sin que esto signifique justificar la confusión en que algunos incurren. Y es que una cosa es la distinción en términos teóricos, que no ofrece dudas, y otra la aplicación de los criterios teóricos a situaciones reales. La confusión en la aplicación práctica puede obedecer a alguna de las siguientes circunstancias: primera, que la huelga se ejerza en el ámbito de un servicio esencial y que sea necesario dictar tanto servicios mínimos tendentes a garantizar el mantenimiento del servicio esencial como servicios de seguridad y mantenimiento en la empresa<sup>53</sup>. En este caso, por lo demás frecuente, la distinción en términos prácticos tampoco debiera ser difícil y a cada uno de los servicios mínimos en liza debería aplicarse su correspondiente régimen jurídico, sin perjuicio de que en algún caso sea necesaria alguna actividad de coordinación<sup>54</sup> o que se aproveche la disposición de la autoridad gubernativa para recoger declarativamente los servicios de seguridad y mantenimiento fijados por empresario y comité de huelga<sup>55</sup>. Sin embargo, existen numerosos ejemplos de disposiciones de la autoridad gubernativa que no respetan lo que se acaba de decir y que fijan tanto servicios mínimos garantizadores del mantenimiento

---

garantizar servicios esenciales, como los servicios de mantenimiento, que se corresponden con nuestros servicios de seguridad y mantenimiento. En todo caso, no se trata tanto de confusión de conceptos como de tratamiento conjunto de ambas instituciones. Véase, sobre este particular, A. JUNKER, «Huelgas y servicios ...», op. cit., pp. 200-203, quien indica cómo han sido los servicios de mantenimiento los que han despertado un mayor interés en su país. También se produce un tratamiento conjunto en los Ordenamientos belga, portugués y griego, según indica A. BAYLOS GRAU, *Derecho de huelga y ...*, op. cit., p. 204, nota 85.

<sup>53</sup> A esta posibilidad se refiere E. GONZÁLEZ BIEDMA, *Derecho de huelga ...*, op. cit., p. 29.

<sup>54</sup> Algunas disposiciones de fijación de servicios mínimos *ex* artículo 10.2 DLRT mencionan la necesidad de coordinar estos servicios mínimos con los de seguridad y mantenimiento. Es el caso, entre otras muchas, de las siguientes: RD 2878/1983, de 16 de noviembre (Empresas de transporte aéreo); RD 635/1984, de 26 de marzo (Transporte público por carretera); RD 516/1985, de 19 de abril (Servicios portuarios); y RD 727/1986, de 11 de abril (Sevillana de electricidad).

<sup>55</sup> Es el caso, por ejemplo, del artículo 3 de la Orden del Ministerio de Fomento, de 3 de diciembre de 1997 (Transmediterránea).

La reciente reforma de la Ley italiana 146/90 por la Ley 83/2000 ha introducido una importante novedad en el artículo 2.2, según el cual la negociación colectiva de los servicios mínimos en los servicios esenciales debe también considerar los servicios de seguridad y mantenimiento. Esta previsión ha desconcertado un tanto a la doctrina y habrá que esperar un tiempo para conocer el verdadero alcance de la previsión a la luz de una doctrina más sosegada, de la jurisprudencia, de la opinión de la Comisión de garantías, de la propia negociación colectiva, etc. Sobre el particular, véase, G. GHEZZI, «Un'importante riforma ...», op. cit., p. 723 y E. GRAGNOLI, «Le regole per ...», op. cit., p. 37. Antes de la reforma del año 2000 la Ley 146/90 sólo consideraba los servicios de seguridad y mantenimiento en un concreto sector de esencialidad, el energético. Vid., F. SANTONI, *Lo sciopero*, op. cit., p. 123.

de los servicios esenciales como constitutivamente servicios mínimos de seguridad y mantenimiento, cuando sólo debieran incluir los primeros<sup>56</sup>.

Una segunda circunstancia capaz de generar confusión, y de mayor complejidad que la anterior, es la posibilidad de incluir una misma actividad dentro de los servicios mínimos garantizadores del mantenimiento de un servicio esencial y dentro de los servicios mínimos de seguridad y mantenimiento. Este supuesto, bastante infrecuente, sí puede desencadenar serias dudas acerca de la ubicación en una u otra figura y del régimen jurídico aplicable. Un ejemplo pudiera ser el siguiente: la distribución de alimentos frescos de primera necesidad cuando, como consecuencia de la larga duración de la huelga, no baste simplemente con conservarlos y además el desabastecimiento afecte a los derechos fundamentales a la vida, a la integridad y a la salud<sup>57</sup>. En estos casos debiera aplicarse el régimen jurídico de los servicios mínimos como técnica garantizadora del mantenimiento de los servicios esenciales, como consecuencia de la existencia de mayores garantías formales y materiales, y de la presencia de intereses de

---

<sup>56</sup> Es el caso, entre otras disposiciones, del RD 993/1983, de 20 de abril (Banco de España), cuyo artículo 2. f. menciona erróneamente entre los servicios mínimos ex artículo 10.2 DLRT los de vigilancia y seguridad. Del RD 1170/1988, de 7 de octubre, (Suministro de energía eléctrica), cuyo artículo 2 incluye a los servicios de seguridad de personas y bienes entre los servicios mínimos destinados a garantizar el mantenimiento del servicio esencial energético. Por otra parte, la STS (3ª) 12-5-95, Ar. 3978, F. J. 6, no realiza ninguna observación contraria a este precepto. Del RD 207/1987, de 13 de febrero (Compañía Española de Gas), concretamente de su artículo 2. Este RD fue convalidado por la STS (3ª), de 17 de mayo de 1989, Ar. 3784, especialmente F. J. 7. Y también de la STS (3ª), 17-12-92, As. 10046, en la que se convalida una disposición de la autoridad gubernativa que fijaba servicios mínimos ex artículo 10.2 DLRT, cuando lo que procedía, teniendo en cuenta la actividad prestada por la empresa afectada por la huelga, era el establecimiento de servicios mínimos de seguridad y mantenimiento.

Resultan igualmente criticables aquellas disposiciones de la autoridad gubernativa que habilitan a la dirección de la empresa para que establezca unilateralmente los servicios de seguridad y mantenimiento, en lugar de llegar a un acuerdo con el comité de huelga. Entre otras, RD 755/1987, con las modificaciones aportadas por el RD 1474/1988 (Administración de Justicia) y Acuerdo de la Presidencia del Tribunal Constitucional de 12 de diciembre de 1988.

No se produce confusión, en cambio, en aquellas disposiciones que incluyen una cláusula señalando la necesidad de prestar los servicios de seguridad y mantenimiento según la legislación vigente, cuyo alcance es únicamente retórico. Es el caso, entre otras muchas disposiciones, del RD 57/1984, de 21 de enero (Hispasat), artículo 4.

<sup>57</sup> Este ejemplo está extraído de la STS (3ª), 23-9-98, Ar. 6920, si bien en el concreto caso contemplado por la misma la escasa duración de la huelga, 24 horas, no permitía hablar de desabastecimiento de productos de primera necesidad, por lo que no eran necesarios servicios mínimos ex artículo 10.2 DLRT, aunque sí servicios mínimos de seguridad y mantenimiento ex artículo 6.7 DLRT. Pues bien, lo sorprendente es que ante dicha huelga la Consejería de Fomento y Trabajo de la Junta de Andalucía dictara una Orden, de 12 de junio de 1989 (BOJA 15-3-89), formalmente dirigida a establecer servicios mínimos ex artículo 10.2 DLRT, cuando materialmente lo que hizo es dictar servicios mínimos de seguridad y mantenimiento, concretamente dos trabajadores por turno para vigilancia y mantenimiento, respectivamente. También sorprende que la citada sentencia no formulara ningún reparo a esta insólita situación, en la que la autoridad gubernativa dicta unos servicios mínimos que por su contenido material correspondía establecer al empresario y al comité de huelga.

relieve constitucional de terceros usuarios, además de los intereses igualmente constitucionales de trabajadores y empresarios.

#### **4. EL ESTABLECIMIENTO DE SERVICIOS MÍNIMOS: ¿CONCRECIÓN DE UN CONCEPTO JURÍDICO INDETERMINADO O POTESTAD DISCRECIONAL?**

El estudio del régimen jurídico sustantivo y procesal del establecimiento de servicios mínimos pasa necesariamente por la definición de su naturaleza jurídica. Algo se ha dicho ya al respecto. En efecto, de un lado se ha recalcado que en el vigente sistema gubernativo-judicial las disposiciones de fijación de servicios mínimos sólo pueden tener naturaleza de acto administrativo, so pena de vulnerar la garantía constitucional de la reserva de ley<sup>58</sup>. De otro lado se ha precisado que se trata de un acto administrativo de gravamen, que restringe nada más y nada menos que un derecho fundamental, el de huelga<sup>59</sup>.

La potestad administrativa de fijación de servicios mínimos necesita ser ulteriormente precisada. Se trata de calificar esta potestad de actuación, en atención al modo de atribución de la misma, como reglada, como discrecional o como concreción de un concepto jurídico indeterminado, lo que supone adentrarse en uno de los campos más polémicos del Derecho Administrativo<sup>60</sup>.

---

<sup>58</sup> Este tema ha sido tratado en el capítulo segundo, apartado B, epígrafes 1. b. 2. y 2.

<sup>59</sup> Así lo entiende S. TORRENTE GARI, *El ejercicio del ...*, op. cit., p. 257. Literalmente: «{...} un acto administrativo expreso, exteriorizado de forma escrita y de carácter decisorio, dirigido, no a otras Administraciones, sino a los administrados; y, además, se puede identificar con los que se han denominado “acto de gravamen”, pues en definitiva, lejos de reconocer un derecho o facultad, o liberar al trabajador de un deber, le imponen una obligación o deber, privándole de un derecho fundamental; del tipo de “ordenes cuyo cumplimiento da lugar a sanción administrativa o disciplinaria”, exigiéndose, para habilitar a su autor, una legitimación legal».

<sup>60</sup> La discrecionalidad administrativa ha dado lugar a una enconada polémica en cuyos extremos se encuentran, T. R. FERNÁNDEZ, *De la arbitrariedad de la Administración*, Civitas, Madrid, 1999 y L. PAREJO ALFONSO, *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias. Un estudio del alcance y la intensidad del control judicial a la luz de la discrecionalidad administrativa*, Tecnos, Madrid, 1993. Cfr., igualmente, E. GARCÍA DE ENTERRÍA, «La lucha contra ...», op. cit., pp. 159-205, especialmente 171-176; F. SAINZ MORENO, *Conceptos jurídicos, interpretación ...*, op. cit.; M. SÁNCHEZ MORÓN, *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Tecnos, Madrid, 1994; M. BELTRÁN DE FELIPE, *Discrecionalidad administrativa y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1995; AA. VV., *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Civitas-Junta de Andalucía, Madrid, 1996; y M. BACIGALUPO SAGESSE, *La discrecionalidad administrativa*, op. cit. Conveniente resulta también la visión de dos autores ajenos al “gremio” de los administrativistas, como

Desde luego no se trata de una potestad reglada *stricto sensu*, pues no se mencionan en el artículo 10.2 DLRT, como tampoco en el 28.2 CE, las más elementales condiciones de ejercicio de la potestad<sup>61</sup>. Tampoco se trata de una mera actividad técnica de la Administración<sup>62</sup>. La discusión se centra, en consecuencia, en la calificación como potestad discrecional o como concreción de un concepto jurídico indeterminado.

Calificación que, por supuesto, no es neutra. Es por todos conocida la diferencia básica entre la concreción de conceptos jurídicos indeterminados y el ejercicio de potestades discrecionales que no es otra que la mayor o menor libertad de la Administración. En la concreción de conceptos jurídicos indeterminados la Administración tiene un limitadísimo margen de estimación, que sitúa a esta técnica dentro de las decisiones regladas, mientras caracteriza a las potestades discrecionales un amplio margen de estimación subjetiva de la Administración.

Por lo que al tema que aquí interesa se refiere, no es lo mismo dejar en manos de la Administración la estimación discrecional de lo que en un caso concreto haya de entenderse por mantenimiento de un servicio esencial que considerar que dicha operación supone la concreción de un concepto jurídico indeterminado en la que sólo cabe una solución justa. En el primer caso, la Administración decidiría libremente si acudir a no a

---

M. ATIENZA, «Sobre el control de la discrecionalidad administrativa. Comentarios a una polémica», en *REDA*, 1995, núm. 85, pp. 5-26 y J. IGARTÚA SALAVERRÍA, «Principio de legalidad ...», op. cit., pp. 535-554.

La teoría jurídica de los conceptos jurídicos indeterminados ya ha sido brevemente manejada en esta tesis, en el capítulo segundo, apartado C, epígrafe 2. b., al que se remite.

<sup>61</sup> En este sentido, S. TORRENTE GARI, *El ejercicio del ...*, op. cit., p. 271.

La distinción entre las potestades regladas y las discrecionales puede verse, por todos, en E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho ...*, op. cit., pp. 446 ss.

<sup>62</sup> Sobre la actividad técnica de la Administración, véase, E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho ...*, op. cit., pp. 798 ss.

La STC 26/81 establece lo siguiente: «No es cierto, por ello, que la opción por uno y otro nivel dentro del Plan se efectúe dentro de un marco de discrecionalidad técnica no susceptible de control por este Tribunal» (F. J. 15, *in fine*). Ha de entenderse que el alto tribunal no utiliza el concepto técnico-jurídico de discrecionalidad, pues ésta siempre puede ser objeto de control judicial. Lo que rechaza, en consecuencia, no es el carácter discrecional de la decisión sino el carácter meramente técnico del establecimiento de servicios mínimos. Resulta criticable, en este sentido, la STS (3ª), 24-9-80, Ar. 3248, cdo. 2, que declara el carácter técnico de la decisión de la autoridad gubernativa, sin dar más explicaciones.

Tampoco sería un acto político: el hecho de que la autoridad gubernativa tenga carácter político, como después se verá, no significa que las disposiciones de fijación de servicios mínimos se encuadren

la técnica de los servicios mínimos y, en caso afirmativo, configuraría éstos con arreglo a una mayor o menor intensidad. Si se defiende la discrecionalidad se deja libremente en manos de la Administración la mayor o menor restricción del derecho fundamental de huelga, como también la mayor o menor protección de los usuarios. En el segundo caso, por contra, la Administración carecería de libertad de estimación; simplemente actuaría concretando en el caso concreto el concepto jurídico indeterminado de mantenimiento de un servicio esencial a través de una única solución: el mantenimiento pasa o no por la técnica de los servicios mínimos y éstos tienen esta concreta intensidad y no cualquier otra. De concluir que se trata de la aplicación administrativa de un concepto jurídico indeterminado la medida de la restricción del derecho de huelga no sería el producto de la voluntad de la Administración sino de la cognición que la misma haga de las circunstancias presentes en el caso concreto.

Ya se sabe que no es lo mismo en la teoría y en la práctica que se esté ante una potestad discrecional o ante la concreción de un concepto jurídico indeterminado y que en principio fortalece al derecho fundamental de huelga esta última consideración. Lo que todavía no se sabe es el tipo concreto de potestad que en este caso atribuye el Ordenamiento jurídico. A este respecto hay que comenzar considerando que la norma que atribuye la potestad es la contenida en el artículo 10.2 DLRT, que es el que llama a la autoridad gubernativa en esta materia. No hay la menor duda de que la redacción original del artículo 10.2 DLRT atribuía una potestad discrecional<sup>63</sup>, pero tal redacción, tal y como se ha dicho en otro lugar, ha sido sustituida por los términos del artículo 28.2 CE, a tenor de la STC 11/81, F. J. 18, por lo que es esta nueva redacción la que se ha de manejar a estos efectos. En este sentido, la norma reinterpretada por el TC atribuye a la autoridad gubernativa la garantía del mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad y el mantenimiento ha sido claramente configurado por el TC como un

---

dentro de la polémica categoría de los actos políticos. En este sentido, S. TORRENTE GARI, *El ejercicio del ...*, op. cit., p. 271, nota 170.

<sup>63</sup> En este sentido, S. TORRENTE GARI, *El ejercicio del ...*, op. cit., p. 273. También, M. GÓMEZ PUENTE, *La inactividad de la ...*, op. cit., pp. 792-793. El artículo 10.2 DLRT literalmente dice: «Cuando la huelga se declare en empresas de cualquier género de servicios públicos o de reconocida e inaplazable necesidad y concurren circunstancias de especial gravedad, la Autoridad gubernativa *podrá* acordar las medidas necesarias para asegurar el funcionamiento de los servicios. El Gobierno, asimismo, *podrá* adoptar a tales fines las medidas de intervención adecuadas». (mías las cursivas).



concepto jurídico indeterminado<sup>64</sup>. De este modo, lo que originalmente era una potestad discrecional ha acabado siendo, por influjo del artículo 28.2 CE y de su interpretación por el TC, concreción de un concepto jurídico indeterminado<sup>65</sup>. En consecuencia, el establecimiento de servicios mínimos, que al fin y al cabo no es sino la habitual medida garantizadora del mantenimiento de los servicios esenciales, es en el vigente sistema concreción administrativa de un concepto jurídico indeterminado, el de mantenimiento.

Si la fijación de servicios mínimos es aplicación administrativa de un concepto jurídico indeterminado, el de mantenimiento, también lo es la decisión que da sentido a la fijación de servicios mínimos, esto es, la declaración de esencialidad<sup>66</sup>. Sin embargo, existen tres diferencias fundamentales entre estos dos conceptos jurídicos indeterminados: primera, la esencialidad es un concepto de experiencia, en el que simplemente hay apreciación de hechos, mientras el mantenimiento es un concepto de valor, en el que además juegan apreciaciones valorativas<sup>67</sup>. Segunda, la zona de incertidumbre o halo es significativamente mayor en el concepto jurídico indeterminado

---

<sup>64</sup> A esta conclusión se llega en el capítulo segundo, apartado E, epígrafe 2. Recuérdese que el TC en su sentencia 53/86 establece lo siguiente: «{...} término éste {mantenimiento} que, sin necesidad de recurrir a otro canon hermenéutico que el que brinda la interpretación lexicológica, excluye aquellas garantías ordenadas al funcionamiento normal. Mantener un servicio implica la prestación de los trabajos necesarios para la cobertura mínima de los derechos, libertades o bienes que el propio servicio satisface, pero sin alcanzar el nivel de rendimiento habitual» (F. J. 3).

<sup>65</sup> Ésa es la tesis defendida por S. TORRENTE GARI, *El ejercicio del ...*, op. cit., pp. 270-275, si bien para esta autora la conversión de la potestad discrecional que originalmente contenía el artículo 10.2 DLRT en concreción de un concepto jurídico indeterminado no disminuye la libertad de la Administración sino que la acrecienta, pues la redacción original permitía a la autoridad gubernativa dictar o no servicios mínimos y tras la reinterpretación efectuada por el TC los servicios mínimos son una medida necesaria. No se comparte, aquí, esta opinión de la autora, es decir, el concepto jurídico indeterminado de mantenimiento de los servicios esenciales no implica como única solución válida para cualquier caso el establecimiento de servicios mínimos. También rechazan el carácter discrecional de la fijación de servicios mínimos, A. MARTÍN VALVERDE, F. RODRÍGUEZ-SAÑUDO y J. GARCÍA MURCIA, *Derecho del Trabajo*, op. cit., p. 380. Por contra, J. R. MERCADER UGUINA y C. TOLOSA TRIBIÑO, *Derecho Administrativo Laboral*, Tirant lo blanch, Valencia, 2000, p. 400, entienden que la fijación de servicios mínimos es una actividad discrecional.

Para la SAN, contencioso-administrativo, 31-3-1990, F. J. 2 (publicada en *RL*, 1990-I, pp. 948-950), se trata de la concreción de conceptos jurídicos indeterminados y no del ejercicio de potestades discrecionales. Por contra, la STS (3ª), 24-9-80, Ar. 3249, cdo. 2, habla de discrecionalidad, si bien esta afirmación, como la mayoría de las contenidas en las sentencias del Supremo del año 1980, ha quedado claramente superada por la posterior doctrina implícita o explícita del TC y del propio TS.

En el Derecho argentino, J. C. CASSAGNE, *la huelga en ...*, op. cit., p. 114, entiende que el concepto de servicios es un concepto jurídico indeterminado.

<sup>66</sup> Este tema ha sido profusamente estudiado en el capítulo segundo, apartado C, epígrafes 2. b. y 3. b.

<sup>67</sup> Sobre la distinción entre conceptos de experiencia y conceptos de valor, véase, E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho ...*, op. cit., p. 455.

de mantenimiento que en el de esencialidad<sup>68</sup>. Y tercera, la indeterminación del concepto de servicios esenciales ha sido notablemente reducida por la definición del TC, mientras la definición del concepto de mantenimiento ha dejado inalterada la indeterminación.

La consecuencia fundamental de las diferencias apuntadas es que en la concreción del concepto de esencialidad la autoridad gubernativa carece de margen de maniobra alguno: el servicio es o no esencial globalmente considerado y tal o cual prestación es o no esencial. En cambio, en la aplicación del concepto altamente indeterminado de mantenimiento hay un cierto margen de apreciación<sup>69</sup>. Ahora bien, no se trata como en las potestades discrecionales de que haya varias soluciones jurídicas igualmente válidas e inmunes al control judicial, sino que sigue habiendo una única solución justa si bien de perfiles dudosos, inexactos y en alguna medida amplios. En este caso no hay inmunidad judicial sino dificultad judicial de hallar la única solución justa, por lo que el control judicial, en su caso, se centrará en los límites o excesos que se hallan podido cometer. Cuando en esta materia los tribunales recurren al principio de proporcionalidad efectúan un uso fuerte del principio, que sirve para rechazar las decisiones que sobrepasan el margen de apreciación existente en la búsqueda de la única solución justa, mientras en el control judicial de las potestades discrecionales el principio de proporcionalidad cumple una función débil, de expulsión de las decisiones inequívocamente ajenas a las distintas soluciones justas que puedan adoptarse<sup>70</sup>. En todo caso, sobre esto se volverá a insistir cuando se trate monográficamente el principio de proporcionalidad.

Quizá la mejor manera de comprender las diferencias entre la inexistencia de margen de apreciación, propia del concepto de esencialidad, el mínimo margen de apreciación

---

<sup>68</sup> La distinción entre el núcleo y el halo de los conceptos jurídicos indeterminados puede verse en E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho ...*, op. cit., pp. 454-455. Tanto en esta cuestión como en la anterior resulta imprescindible la obra de F. SAINZ MORENO, *Conceptos jurídicos, interpretación ...*, op. cit., *passim*.

<sup>69</sup> Vid., F. SAINZ MORENO, *Conceptos jurídicos, interpretación ...*, op. cit., capítulo IX.

<sup>70</sup> De la aplicación del principio de proporcionalidad a las potestades discrecionales se ocupan, entre otros, J. BARNES, «El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar», en AA. VV., *El Principio de proporcionalidad*, número monográfico de la revista *Cuadernos de Derecho Público*, 1998, núm. 5, p. 22 y J. I. LÓPEZ GONZÁLEZ, «El principio de proporcionalidad en Derecho Administrativo», en AA. VV., *El Principio de proporcionalidad*, número monográfico de la revista *Cuadernos de Derecho Público*, 1998, núm. 5, p. 156.

El Comité de Ministros del Consejo de Europa ha recomendado el principio de proporcionalidad entre los criterios básicos que deben presidir el ejercicio de las potestades discrecionales. Vid.,

que cabe en la concreción del concepto jurídico indeterminado de mantenimiento y el margen de estimación subjetiva característico de las potestades discrecionales sea recurrir a un ejemplo más o menos sencillo. Así, no hay margen de maniobra alguno a la hora de considerar que en RTVE<sup>71</sup> sólo son prestaciones esenciales las de tipo informativo; cualesquiera otras no merecen tal calificación y deberán ser rechazadas judicialmente. En cuanto al mantenimiento de dichas prestaciones esenciales, en por ejemplo una huelga de un día de duración, si se tratara de una potestad discrecional el margen de estimación subjetiva podría abarcar desde no dictar servicios mínimos, dada la escasa duración de la huelga, hasta establecer unos servicios mínimos consistentes en el mantenimiento de todos los informativos a mitad de duración. Desde luego, el mantenimiento de todos los informativos a duración parecida a la ordinaria sí estaría fuera del margen de estimación subjetiva fiscalizable por los tribunales. Si, por el contrario, se trata, como aquí se mantiene, de la concreción de un concepto jurídico altamente indeterminado sólo cabe una solución justa: dictar servicios mínimos consistentes en el mantenimiento de un único informativo de duración inferior a la ordinaria; el mínimo margen de apreciación lo que permite es que el informativo tenga una duración de 10 minutos o de quince o de veinte, pero no una duración que se aproxime a la ordinaria.

## **5. LA FIJACIÓN DE SERVICIOS MÍNIMOS COMO PROCEDIMIENTO COMPLEJO: QUIÉN Y CÓMO SE FIJAN LOS SERVICIOS MÍNIMOS**

Cualquier actividad administrativa está sujeta al Derecho —arts. 9.1 y 103.1 CE— y ha de cumplir, en consecuencia, todo un conjunto de requisitos a través de los que se asegura técnicamente el citado sometimiento. La fijación de servicios mínimos es en el vigente sistema gubernativo-judicial una actividad administrativa<sup>72</sup>, ineludiblemente sometida al cumplimiento de ciertas condiciones<sup>73</sup>. El conjunto de requisitos o de

---

*Recomendaciones y Resoluciones del Comité de Ministros del Consejo de Europa en Materia Jurídica*, Publ. Ministerio de Justicia, 1992, pp. 271-274.

<sup>71</sup> Se recurre de nuevo al ejemplo de RTVE porque afortunadamente hay una sólida y detallada jurisprudencia del Supremo sobre el particular, Vid., especialmente, la STS (3ª), 15-9-95, Ar. 6654.

<sup>72</sup> En este sentido, por todos, I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, *El proyecto de ...*, op. cit., p. 22 y S. TORRENTE GARI, *El ejercicio del ...*, op. cit., p. 245.

<sup>73</sup> La necesidad de rodear de garantías la actuación de la autoridad gubernativa en materia de mantenimiento de los servicios esenciales fue tenida en cuenta por la STC 11/81, F. J. 18, aunque en realidad las dos garantías a las que se alude en la misma, respeto del contenido esencial y control

garantías, según la perspectiva que se adopte sea la de la Administración o la del administrado, depende de la naturaleza de la actuación administrativa: no es lo mismo una potestad contractual que una potestad reglamentaria que una potestad de actuación; como tampoco es lo mismo un acto de gravamen que un acto favorable; o un acto que incida sobre un derecho subjetivo que uno que lo haga sobre un derecho subjetivo y fundamental. De ahí la importancia de la calificación de la naturaleza jurídica del establecimiento de servicios mínimos que se ha efectuado en el anterior epígrafe.

Un triple orden de consideraciones resultan importantes a este respecto: primera, que se está ante el ejercicio de una potestad administrativa de actuación; segunda, que dicha potestad supone la concreción de un concepto jurídico indeterminado; tercera, que la actuación de gravamen limita el ejercicio de un derecho fundamental, el de huelga para ser precisos.

La más importante de las consideraciones es la tercera, pues el solo hecho de estar ante la limitación de un derecho fundamental somete el establecimiento de servicios mínimos a todo un conjunto de garantías o límites de valor constitucional, cuya exigibilidad puede comportar la intervención del TC y previamente de los tribunales ordinarios a través del correspondiente procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales —art. 53.2 CE—. Son precisamente esos límites, garantías o requisitos los que han despertado mayor atención jurisprudencial y doctrinal, como más tarde tendrá ocasión de comprobarse. También este trabajo incide especialmente en ellos<sup>74</sup>.

Los requisitos que derivan de las dos primeras consideraciones, de valor únicamente ordinario, también serán considerados en la medida de lo posible. La existencia de

---

judicial —ordinario y ante el TC—, no emanan de la doctrina sentada por la propia sentencia, que tiene en este aspecto carácter declarativo. A estas garantías, de carácter declarativo, el TC ha ido añadiendo las verdaderas garantías formales y materiales que han de rodear el establecimiento de servicios mínimos a partir de la STC 26/81, sin poder olvidar, en este sentido, la polémica que se había suscitado sobre este particular entre las sentencias del año 1980 de la Audiencia Nacional, fuertemente garantizadoras, y las del Supremo, nada garantizadoras.

<sup>74</sup> Se trata de los «límites de los límites» de los derechos fundamentales, que se tratan en el apartado D, epígrafe 2, de este mismo capítulo. Dos de los límites de los límites han sido ya tratados en este trabajo: la garantía de la reserva de ley orgánica, en el capítulo segundo, apartado B, y la interpretación restrictiva de los conceptos jurídicos indeterminados, en el capítulo segundo, apartado C.

requisitos de valor ordinario y de valor constitucional no implica, sin embargo, que haya dos núcleos de requisitos o garantías aislados entre sí. Algunos requisitos sólo tienen valor ordinario —la audiencia a los interesados o la publicación—, otros sólo tienen valor constitucional —reserva de ley orgánica o garantía del contenido esencial—, y otros se complementan e, incluso, se confunden. Se complementan, por ejemplo, los requisitos que conforman la entidad decisora: la imparcialidad orgánica y funcional de la entidad decisora tiene valor constitucional, mientras la atribución de competencia a un concreto órgano administrativo tiene sólo valor ordinario, siempre que el órgano sea imparcial y actúe imparcialmente.

Se confunden requisitos como la motivación y la proporcionalidad que tienen tanto valor constitucional como ordinario. Lógicamente, el valor constitucional de esos requisitos conduce a analizarlos desde esa perspectiva, en la que además existe una rica doctrina del TC, lo que no significa prescindir del todo de las normas y principios del Derecho Administrativo.

El juego de todos los requisitos o garantías proyectados sobre la imposición de servicios mínimos hace que ésta constituya un procedimiento complejo, como expresivamente ha dicho algún autor<sup>75</sup>. La ordenación que de las garantías se hace en este trabajo sigue el siguiente esquema: en primer lugar, se estudia quién fija los servicios mínimos, o sea, la titularidad. En segundo lugar, cómo se fijan formal y materialmente los servicios mínimos, lo que implica tratar el procedimiento a seguir, la exteriorización de la decisión o motivación, la notificación y publicación y la adecuación material de las decisiones adoptadas por el órgano competente.

Como fácilmente puede imaginarse, la atención doctrinal y jurisprudencial que este conjunto de garantías despierta en el vigente sistema gubernativo-judicial no es imaginable en un sistema basado en la autonomía colectiva y posterior control de un tercero altamente imparcial. Esto no quiere decir que un sistema de este último tipo no deba respetar garantía alguna sino que la atención se centra en otras cuestiones, como

---

<sup>75</sup> A. BAYLOS GRAU, *Derecho de huelga y ...*, op. cit., p. 185, habla a este respecto de la imposición de servicios mínimos como un procedimiento complejo. Del mismo autor, véase, «Los servicios esenciales ...», op. cit., pp. 75 ss.

por ejemplo la naturaleza de la actuación de la autonomía colectiva, la relación entre la autonomía colectiva y el tercero imparcial, la naturaleza de la actuación del tercero imparcial, el papel que cada uno de los sujetos cumple en el sistema de sanciones que se haya establecido, etc<sup>76</sup>. Al fin y al cabo la atención que en la experiencia española despiertan garantías como la motivación y la proporcionalidad sólo se explica por la enorme litigiosidad que caracteriza al actual sistema heterónimo. Litigiosidad impensable en un sistema basado en la autonomía colectiva y en el control último de una verdadera instancia imparcial, y ello no tanto porque no pueda acudir a los tribunales, que no puede ser el caso a tenor del artículo 24.1 CE, como porque la litigiosidad excesiva sería síntoma inequívoco de que el sistema no es eficaz: o no está bien diseñado o los operadores jurídicos no cumplen con el papel asignado.

Pero antes de entrar en el análisis del régimen jurídico del establecimiento de servicios mínimos, al que se dedica íntegro el siguiente capítulo, conviene detenerse en la figura del complemento técnico y funcional de los servicios mínimos. Conviene, igualmente, situar el mantenimiento de los servicios esenciales y el establecimiento de servicios mínimos dentro de la teoría de los límites del derecho fundamental de huelga.

---

<sup>76</sup> Para corroborar lo que se dice nada mejor que acudir a la doctrina italiana, cuya atención no se ha centrado en el papel de garantías como la motivación y la proporcionalidad, sino en el peso de cada una de las fuentes autónomas y heterónomas previstas por la Ley 146/90, así como en la relación de las distintas fuentes entre sí. A este propósito, cfr., entre otras muchas obras, P. CURZIO, *Autonomia collettiva e ...*, op. cit., y P. PASCUCI, *Tecniche regolative dello ...*, op. cit.

A idéntica conclusión se llega repasando las obras que comentaron los diferentes textos de la frustrada reforma española de los años 1992-93. Obras recogidas en la nota 8 del apartado B del segundo capítulo.

## **C. COMPLEMENTO TÉCNICO Y FUNCIONAL DE LOS SERVICIOS MÍNIMOS**

### **1. AUTONOMÍA CONCEPTUAL**

Una peculiaridad del Ordenamiento español sobre la huelga en los servicios esenciales es la autonomía conceptual del complemento técnico y funcional de los servicios mínimos. En Derecho comparado el complemento técnico y funcional no es sino la última fase de los servicios mínimos, su aplicación pormenorizada, sin ostentar, por tanto, autonomía conceptual. En el Derecho español, en cambio, se está ante una figura que, sin dejar de ser la última fase de aplicación de los servicios mínimos, sí está dotada de autonomía.

La disparidad anterior hunde sus raíces en la manera cómo cada Ordenamiento jurídico haya regulado la cuestión relativa a la entidad decisora de los servicios mínimos, con el trasfondo de la intrínseca complejidad técnica de la aplicación última de los servicios mínimos. En efecto, en aquellos Ordenamientos en los que los servicios mínimos son dictados por las partes en conflicto no hay necesidad de crear una figura autónoma, pues la designación de los concretos trabajadores formará indisociablemente parte de la propia fijación de servicios mínimos<sup>1</sup>. Por otra parte, en aquellos Ordenamientos en los que los servicios mínimos los fija la autoridad administrativa y es posible la delegación en cascada es la autoridad administrativa más cercana a la gestión del servicio la que también indisociablemente fija los servicios mínimos y nombra los concretos trabajadores<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> En el caso de Italia, la determinación convencional de las prestaciones indispensables comprende tanto la fijación de los servicios mínimos como el establecimiento de las reglas a seguir en la designación de los concretos trabajadores encargados de prestar los servicios mínimos. Vid., por todos, E. GRAGNOLI, «Le regole per ...», op. cit., pp. 37-39.

En Alemania, se fijan conjuntamente los servicios mínimos y los trabajadores encargados de prestarlos mediante acuerdo de las partes en conflicto. En caso de desacuerdo, se defienden por doctrina y jurisprudencia posiciones diversas, si bien en ningún caso actuaría unilateralmente la autoridad gubernativa. Cfr., R. BIRK y E. HERNICHEL, «El derecho de ...», op. cit., pp. 79-81 y A. JUNKER, «Huelga y servicios ...», op. cit., pp. 203-205.

<sup>2</sup> Es el caso del Ordenamiento francés. Sobre el mismo, véase, por todos, P. TERNEYRE, «Vademecum du ...», op. cit., p. 809; del mismo autor, *La grève dans ...*, op. cit., pp. 104-105; y J. PÉLISSIER, «Grève et substituts ...», op. cit., pp. 143-144.

En el vigente Ordenamiento español<sup>3</sup> los servicios mínimos son fijados por la autoridad gubernativa, sin que sea posible la delegación en cascada, y mucho menos la delegación en las autoridades encargadas de la gestión del servicio, de tal modo que la entidad que fija los servicios mínimos no puede a su vez determinar los concretos trabajadores, por razones técnicas evidentes. En definitiva, es la singular configuración de la entidad decisora de los servicios mínimos la que condiciona la existencia en el Derecho español de una categoría autónoma, dotada de perfiles propios, a la que se denomina complemento técnico y funcional de los servicios mínimos.

Autonomía que se concreta en el hecho de que la entidad que se ocupa del complemento técnico y funcional y la que se ocupa de la fijación de los servicios mínimos no sean la misma y, lo que es más importante, que la fiscalización judicial del complemento técnico corresponda al orden social, mientras el control judicial de los servicios mínimos sea competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa.

En todo caso, la doctrina no parece respaldar la autonomía conceptual de la que se viene hablando, ya que continúa ocupándose de este tema marginalmente, al hilo del estudio de la autoridad gubernativa como entidad decisora de los servicios mínimos<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> El PLOH se ocupaba de esta cuestión, aunque no utilizaba el término complemento técnico y funcional. Lo hacía en el art. 13.4.b), cuando establecía como contenido necesario de los acuerdos estables: «El procedimiento para la designación, en cada caso de huelga, de los trabajadores que tengan que atender estos servicios», y también en el artículo 15, en relación con una huelga ya convocada: «1. En el ámbito de la empresa o, en su caso, del sector, los convocantes presentarán, ocho días antes de la fecha prevista para el inicio de la huelga, una propuesta de aplicación de los servicios mínimos establecidos en aquéllos, con determinación de los trabajadores que deban cumplirlos. 2. Inmediatamente, se procederá a la negociación para la fijación de dichos extremos entre los convocantes y la empresa o la administración pública prestadora del servicio. 3. Si no se llega a un acuerdo en el plazo de tres días, las partes se someterán a los procedimientos de solución establecidos en el Acuerdo o Norma, incluido en su caso el arbitraje obligatorio. Estos procedimientos de solución deberán ultimarse como máximo dos días antes del inicio de la huelga». También puede considerarse que se aludía al complemento técnico cuando el artículo 13.2 llamaba a las empresas prestadoras del servicio a participar en la elaboración de los acuerdos estables, aportando sus conocimientos técnicos. En este último sentido, A. BAYLOS GRAU, «Procedimientos de fijación ...», op. cit., p. 96.

También se ocupa el Acuerdo Vasco de esta cuestión, confiándola a la negociación entre el comité de huelga —o las representaciones sindicales de los sindicatos firmantes del acuerdo— y el empresario o administración prestadora del servicio. En caso de ausencia de acuerdo las partes podrán acudir a un arbitraje voluntario; de no hacerlo, decidirá el empresario o administración prestadora.

<sup>4</sup> Es el caso de F. VALDÉS DAL-RE, «Servicios esenciales y ...», op. cit., pp. 144-146; A. BAYLOS GRAU, *Derecho de huelga y ...*, op. cit., pp. 182-185; J. CRUZ VILLALÓN, «La intervención de ...», op. cit., pp. 414-416; y J. GÁRATE CASTRO, «Derecho de huelga ...», op. cit., pp. 25-26.



Aquí, por contra, se defiende la autonomía, y ello sin perjuicio de la necesaria subordinación de este concepto al de servicios mínimos.

## **2. CONCEPTO DE COMPLEMENTO TÉCNICO Y FUNCIONAL DE LOS SERVICIOS MÍNIMOS**

Resulta fácil imaginar que el complemento técnico y funcional sea una creación jurisprudencial, como efectivamente lo es. Más sorprendente es el momento en el que se creó; concretamente en la primera sentencia que afrontó el tema de la huelga en los servicios esenciales, la SAN de 6 de junio de 1980, y en los siguientes términos: «{...} la Sala no puede desconocer un imperativo de la realidad y es que la implantación en una situación tan compleja como es la circulación y transporte ferroviario de determinadas normas de mantenimiento requiere un complemento técnico que acaso sea forzoso confiar al propio órgano de gestión, pero que, en todo caso, debe ajustarse al nivel señalado por el Gobierno, y que, por idénticas razones a las que acaban de exponerse, deben ser controladas directamente por él, puesto que la técnica debe acoplarse al nivel de mantenimiento del servicio, y no al revés» (cdo. 4).

Pero la consolidación de la figura se produce con la STC 53/86, cuando establece: «{cuya} finalidad es atribuir al órgano de gestión de la empresa los medios necesarios para poder complementar técnica y funcionalmente las propias normas de mantenimiento adoptadas por un órgano, cual el Ministerio de Transportes, Turismo y Comunicaciones, al que no cabe negar la condición de “autoridad gubernativa”. Desde luego, nada impediría que la puesta en práctica de los servicios mínimos, una vez concretados por la instancia pública competente, fuera confiada a la autonomía colectiva y, por tanto, actualizada por los cauces bien de la negociación, bien de la disciplina sindical. Pero no puede excluirse la legítima posibilidad de deferir a la dirección del servicio esa puesta en práctica, correspondiendo a la autoridad gubernativa decidir en favor de uno y otro sistema en atención, entre otros factores, a la complejidad técnica de la labor de desarrollar las medidas acordadas y a la oferta de colaboración en la preservación de los

servicios mínimos efectuada por los convocantes de la huelga y las organizaciones sindicales» (F. J. 5)<sup>5</sup>.

El concepto de complemento técnico y funcional debe construirse necesariamente a partir del de servicios mínimos, pues está subordinado a él. Los servicios mínimos han sido definidos como la parte de actividad que se juzga no susceptible de interrupción para no dañar irremediabilmente los derechos fundamentales, libertades públicas y bienes protegidos constitucionalmente en colisión con el derecho de huelga. Pues bien, de manera aproximativa puede decirse que el complemento técnico y funcional de los servicios mínimos consiste en la coordinación de los factores productivos necesarios para que una parte de la actividad siga funcionando, con especial atención a la determinación de los concretos trabajadores que hayan de prestar los servicios mínimos.

La anterior definición deja sin resolver la interrogante central en esta materia, a saber, si la concreción de los puestos de trabajo afectados, del tipo de puestos de trabajo y de su cantidad, forma o no parte del complemento técnico. La respuesta no puede ser absoluta porque la fijación de servicios mínimos no sigue un esquema universal, sino que se concreta a través de soluciones técnicas diversas. En este sentido, en algunas ocasiones la misma disposición gubernativa de fijación de servicios mínimos contendrá la relación de puestos de trabajo afectados<sup>6</sup>, por lo que el complemento, que será más funcional que técnico, se limitará a designar los trabajadores afectados. En otras

---

<sup>5</sup> Ya la STS (3ª), 26-1-85, Ar. 268, cdo. 2, había entendido que la designación por parte de la empresa de los concretos trabajadores encargados de prestar los servicios mínimos no implica la fijación de los servicios mínimos, sino algo distinto, su puesta en práctica.

<sup>6</sup> Es el caso, entre otras muchas disposiciones, de las siguientes: Resolución del Ministro de Industria, de 9 de mayo de 1991, de desarrollo del RD 1170/1988, en cuyo anexo se contenían detalladamente los puestos de trabajo afectados, habiendo sido éstos previamente pactados con el comité de huelga. De esta Resolución da cuenta la STS (3ª) 12-5-95, Ar. 3978, F. J. 1. También de la Resolución del Consejo Insular de Mallorca, de 12 de diciembre de 1988, estableciendo servicios mínimos en un hospital psiquiátrico, luego de aceptar la propuesta de la Dirección del hospital, de la que nos da cuenta la STS (3ª), 11-10-89, Ar. 7255. F. J. 2. Igualmente, de la Orden del Ministerio de Transportes, de 24 de abril de 1987, estableciendo servicios mínimos para el personal de la empresa de limpieza de los aviones estacionados en el Aeropuerto Madrid-Barajas, de la que da cuenta la STS (3ª), 20-1-89, Ar. 216, antecedente 2. Lo mismo puede decirse del Decreto 239/88, de 12 de diciembre, de la Junta de Castilla y León, que establece servicios mínimos para el personal de la Administración autonómica.

En algunas ocasiones la propia disposición de fijación de servicios mínimos recoge nominativamente los trabajadores encargados de prestar los servicios. Esto sucede normalmente cuando la autoridad gubernativa se limita a convalidar la propuesta que unilateral o bilateralmente le hayan formulado las partes en conflicto.

ocasiones, en cambio, la disposición de la autoridad gubernativa no aludirá a los puestos de trabajo, pero sí incluirá, o debiera incluir para ser jurídicamente correcta, determinados parámetros que permitan deducir la intensidad o extensión de los servicios mínimos, dejando al complemento, que será tanto técnico como funcional, la determinación de los puestos de trabajo y de los trabajadores<sup>7</sup>.

En definitiva, lo importante es subrayar que el complemento técnico y funcional no incluye la determinación de la intensidad o extensión de los servicios mínimos, sino la concreción de dicha intensidad a través de un conjunto de actividades de coordinación, la más importante de las cuales es el nombramiento de los trabajadores y, en su caso y previamente, de los puestos de trabajo<sup>8</sup>.

La cuestión que mayor atención ha suscitado es la relativa a la entidad encargada del complemento técnico. La SAN de 6 de junio de 1980 aludía a la dirección de la

---

<sup>7</sup> Es el caso, por ejemplo, del Decreto 98/83, de 24 de marzo, de la Generalidad de Cataluña (Transporte de viajeros por carretera). También de la Orden del Ministerio de Industria, de 9 de diciembre de 1988 (Empresas dedicadas al refino de petróleo). La STSJ de Cataluña, sala de lo social, de 18 de mayo de 1995, As. 1985, antecedente VII, da cuenta de un complemento técnico decidido unilateralmente por la empresa y que incluía la determinación de los puestos de trabajo, si bien no se dice si la disposición de la autoridad gubernativa contenía o no los parámetros concretos en base a los cuales determinar los puestos de trabajo. En todo caso, son numerosísimas las disposiciones que dejan en manos de la dirección de la empresa la determinación de los puestos de trabajo afectados, tal y como se verá en notas posteriores.

<sup>8</sup> Esta solución parecen apuntar tanto la SAN de 6 de junio de 1980 como la STC 53/86. En efecto, por lo que a esta última se refiere hay que tener en cuenta que la especificación de los servicios mínimos, con indicación de los concretos puestos de trabajo, había sido llevada a cabo por la propia disposición de la autoridad gubernativa, limitándose la dirección de la empresa a designar los concretos trabajadores. En cuanto a la primera, recordar que insistía en lo siguiente: «{...}en todo caso, {el complemento técnico} debe ajustarse al nivel señalado por el Gobierno, y que, por idénticas razones a las que acaban de exponerse, deben ser controladas directamente por él, puesto que la técnica debe acoplarse al nivel de mantenimiento del servicio, y no al revés».

Fijar la intensidad del servicio mínimo es lo que según la STC 8/92, F. J. 4, hizo la empresa FENOSA al amparo del art. 2, in fine, del RD 518/1987, impugnado y declarado nulo por ésta y otras razones.

Doctrinalmente, la solución es confirmada por J. CRUZ VILLALÓN, «La intervención de ...», op. cit., pp. 414-415, para quien lo importante es que el complemento técnico no conlleve la determinación de la intensidad del servicio mínimo.

Sin embargo, gran parte de los autores se enzarzan en una difícil y quizá estéril discusión acerca de si el complemento técnico comprende o no la determinación de los puestos de trabajo. En este sentido, J. GÁRATE CASTRO, «Derecho de huelga ...», op. cit., p. 25, entiende que de la STC 53/86 se deduciría, a *sensu contrario*, que el complemento técnico o funcional no puede extenderse a la determinación de los puestos de trabajo. Lo mismo entienden G. B. OLMEDA FREIRE, «Los Decretos sobre ...», op. cit., p. 40; I. ALBIOL MONTESINOS y T. SALA FRANCO, «El mantenimiento de ...», op. cit., p. 1307; y A. MERINO SEGOVIA, «Servicios mínimos en ...», op. cit., p. 161. En cambio, parece admitir la fijación de los puestos de trabajo, al menos en los casos de extrema complejidad técnica, M. ALONSO OLEA, «Huelga y mantenimiento ...», op. cit., p. 207.

empresa<sup>9</sup>, mientras la STC 53/86 añadía a la anterior posibilidad otras dos: negociación colectiva y disciplina sindical. De estas tres opciones la negociación colectiva no plantea rechazo alguno y la disciplina sindical prácticamente no puede ser tomada en consideración, pues el complemento técnico incluye tareas de coordinación que precisan necesariamente del empresario. Es la intervención unilateral de la dirección de la empresa la que ha generado mayores dudas.

La doctrina<sup>10</sup> ha denunciado que la intervención unilateral del empresario es especialmente peligrosa, pues a través de la misma pudieran burlarse las garantías con las que el TC ha rodeado la intervención de la autoridad gubernativa, singularmente las restricciones a la delegación de la intervención. Se comparte plenamente esta preocupación, corroborada por la realidad<sup>11</sup>, por lo que hubiera sido deseable que el TC remitiese exclusivamente a la negociación colectiva. En todo caso, y mientras el alto tribunal no cambie su doctrina, el remedio al peligro denunciado pasa por interpretar restrictivamente el contenido del complemento técnico y funcional, de tal suerte que a través del mismo no quepa posibilidad alguna de fijar la intensidad de los servicios

---

<sup>9</sup> La alusión exclusiva al órgano de gestión, omitiendo la autorregulación pura y negociada, fue duramente criticada por A. BAYLOS GRAU, «Sobre el derecho ...», op. cit., p. 261.

<sup>10</sup> Cfr. F. VALDÉS DAL-RÉ, «Servicios esenciales y ...», op. cit., pp. 145-146; A. BAYLOS GRAU, *Derecho de huelga y ...*, op. cit., pp. 184-185, quien propone (pp. 205-206) seguir la doctrina elaborada por la STC 11/81 en relación con el art. 6.7 DLRT y fomentar las fórmulas de negociación del complemento técnico y funcional; y J. CRUZ VILLALÓN, «La intervención de ...», op. cit., pp. 415-416, para quien la complejidad de determinar la frontera entre la fijación de servicios mínimos y su complemento técnico, con la consiguiente posibilidad de abusos, hace necesaria una interpretación restrictiva del complemento técnico y el fomento de las fórmulas de negociación colectiva de este último, al igual que sucede con los servicios de seguridad y mantenimiento ex art. 6.7 DLRT.

<sup>11</sup> Son muchas las disposiciones de la autoridad gubernativa que remiten a la dirección de la empresa la fijación no sólo del personal sino de los propios servicios mínimos, al menos, de su intensidad. Es el caso, entre otras muchas, de las siguientes: RD 2717/1979, de 23 de noviembre (Instituto Nacional de Meteorología); RD 794/1985, de 29 de mayo (Enagas), previa audiencia del comité de huelga, que no acuerdo; RD 176/1991, de 15 de febrero, cuyo artículo 2 dejaba en la dirección de la empresa la fijación de la intensidad de los servicios mínimos, lo que fue rechazado por la STS (3ª), 15-9-95, Ar. 6654, F. J. 6; RD 1501/1991, de 18 de octubre (Retevisión); RD 2393/1996, de 22 de noviembre (RTVE); etc. Del comentario de esta última disposición se encarga A. MERINO SEGOVIA, «Servicios mínimos en ...», op. cit., pp. 160-163, quien aporta datos más que suficientes como para llegar inequívocamente a la conclusión de que la remisión a la empresa incluye la imposición efectiva de servicios mínimos.

Criticablemente la STS (3ª), 12-6-91, Ar. 4953, F. J. 2, convalida una disposición de la autoridad gubernativa que remitía el complemento técnico a la decisión unilateral de la empresa, si bien los términos de la disposición eran tan ambiguos que en realidad a través del supuesto complemento técnico se podría determinar la intensidad de los servicios mínimos. Afortunadamente la STC 8/92, F. J. 4, es tajante a la hora de rechazar que la empresa fije unilateralmente la intensidad de los servicios mínimos aprovechando el complemento técnico.

mínimos. Esta última interpretación es la que se defiende en Italia donde la intervención unilateral del empresario —*comandata*— también es posible<sup>12</sup>.

Otro punto problemático, estrechamente conectado con el anterior, es el relativo al carácter discrecional o reglado de la potestad de la autoridad gubernativa en orden a la designación de la entidad encargada del complemento técnico y funcional. Recuérdese que la STC 53/86 dice así: «{...} nada impediría que la puesta en práctica de los servicios mínimos, una vez concretados por la instancia pública competente, fuera confiada a la autonomía colectiva y, por tanto, actualizada por los cauces bien de la negociación, bien de la disciplina sindical. Pero no puede excluirse la legítima posibilidad de deferir a la dirección del servicio esa puesta en práctica, correspondiendo a la autoridad gubernativa decidir en favor de uno y otro sistema en atención, entre otros factores, a la complejidad técnica de la labor de desarrollar las medidas acordadas y a la oferta de colaboración en la preservación de los servicios mínimos efectuada por los convocantes de la huelga y las organizaciones sindicales» (F. J. 5). A la luz del anterior párrafo, y teniendo en cuenta que no están fijados todos los elementos que regulan la potestad, parece claro que se está ante una de carácter discrecional y que, en consecuencia, el poder público tiene un espacio de libre apreciación, lo que, en todo caso, no impide su fiscalización: control de los elementos reglados, rechazo de la arbitrariedad, etc.

Qué sucede si la autoridad gubernativa no ha designado entidad alguna. En este caso, lo ideal sería que intervinieran de común acuerdo las partes en conflicto<sup>13</sup>. Si no fueran capaces de consensuar el complemento técnico siempre cabría la posibilidad de

---

<sup>12</sup> La ejecución de los servicios mínimos en Italia puede corresponder tanto a la autonomía colectiva como a la iniciativa unilateral del empresario. En todo caso, éste debe limitarse a aplicar los criterios que necesariamente deben establecerse en la correspondiente negociación colectiva de los servicios mínimos —art. 2.2 Ley 146/90 modificada por la Ley 83/2000—, o bien en la norma provisional aprobada por la Comisión de garantías, sin que en ningún caso sea unilateralmente el empresario quien decida la intensidad de los servicios mínimos. Cfr., E. SINASCALCHI, «Sciopero nei servizi pubblici essenziali e prestazioni indispensabili a tutela dell'utente. Il difficile equilibrio nella giurisprudenza», en *Il Diritto del Lavoro*, 1993 I, pp. 218 ss. y E. GRAGNOLI, «Le regole per ...», op. cit., pp. 37-39.

También en el supuesto de que los servicios mínimos sean fijados a través de la *precettazione* de la correspondiente autoridad administrativa —art. 8 Ley 146/90 modificada por la Ley 83/2000— el empresario se limita a aplicarlos sin incidir en la intensidad de los mismos. Así, P. PASCUCCHI, *Tecniche regolative dello ...*, op. cit., p. 72 y G. ORLANDINI, «Il procedimento di ...», op. cit., p. 182.

<sup>13</sup> Por contra, M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, «La huelga en ...», op. cit., p. 138, sostiene que la designación de los concretos trabajadores pertenece en principio a la empresa, aunque no fundamenta esta opinión.

acudir a la autoridad gubernativa para que decidiera sobre el particular<sup>14</sup>. Lo mismo cabría decir en el supuesto de que no habiéndose pronunciado inicialmente la autoridad gubernativa alguna de las partes pretendiera intervenir unilateralmente.

### **3. COMPLEMENTO TÉCNICO Y FUNCIONAL Y PODERES DEL EMPRESARIO**

Cuestión de enorme complejidad es la relativa a la naturaleza de la orden empresarial mediante la que se conmina a determinados trabajadores a continuar trabajando, al no poder ejercer su derecho fundamental de huelga, y ello tanto si la orden empresarial es unilateral como si se trata de la ejecución de un previo acuerdo con los representantes de los trabajadores. Hay que determinar si se está ante el ejercicio ordinario del poder de dirección empresarial, con fundamento en el contrato de trabajo, o si, por el contrario, se trata de un poder-deber con fundamento en la disposición correspondiente de la autoridad gubernativa.

La respuesta pasa por diferenciar dos momentos: uno primero, de tracto único, en el que se ordena a determinados trabajadores que continúen prestando su trabajo y otro posterior, de tracto sucesivo, que se refiere a la ejecución de los trabajos asignados. En el primer momento se está ante un poder-deber con fundamento en la disposición de la autoridad gubernativa, es decir, el empresario estaría actuando como mero agente o mandatario de la autoridad gubernativa, que no como delegado<sup>15</sup>. El segundo momento,

---

<sup>14</sup> La intervención dirimente de la autoridad gubernativa en materia de complemento técnico y funcional de los servicios mínimos solventa los problemas de falta de acuerdo, que, sin embargo, encuentra difícil solución en el caso de los servicios mínimos de seguridad y mantenimiento en la empresa. De la distinción entre la doctrina del TC sobre estos dos asuntos y del fundamento de la misma se ha ocupado convincentemente J. CRUZ VILLALÓN, «La intervención de ...», op. cit., p. 415.

<sup>15</sup> Aunque no se plantea la diferenciación de dos momentos, se pronuncia a favor del carácter derivado de la orden empresarial, G. B. OLMEDA FREIRE, «Los Decretos sobre ...», op. cit., pp. 54-56, quien concretamente entiende que el empresario no actuaría como delegado de la Administración, sino como mero agente o mandatario. No hace falta recordar que no supone obstáculo alguno, a la hora de hablar de delegación, de agencia o de mandato, el hecho de que la Administración confíe en un sujeto privado. Sobre esta cuestión, por todos, E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho ..*, op. cit., pp. 40-41.

También sostiene el carácter derivado de la orden empresarial, A. BAYLOS GRAU, «Sobre los despidos por huelga», en J. Aparicio Tovar y A. Baylos Grau, *El régimen del despido tras la reforma laboral*, Ibidem, Madrid, 1995, pp. 250 ss., si bien para este autor el carácter derivado se aplicaría a los dos momentos, extendiéndose, en consecuencia, al eventual ejercicio del poder disciplinario.

En cambio, E. GONZÁLEZ BIEDMA, *Derecho de huelga ...*, op. cit., pp. 121-124, refiriéndose a los servicios de seguridad y mantenimiento, entiende que el fundamento de la designación de los concretos trabajadores se encuentra en el contrato de trabajo, por lo que se está ante el ejercicio ordinario

por contra, supone el ejercicio ordinario del poder de dirección, integrado como de costumbre por el poder de dirección *stricto sensu*, por el de control y por el disciplinario.

En realidad, no puede decirse que el empresario ejerza como de costumbre sus poderes directivos una vez designados los trabajadores encargados de cubrir los servicios mínimos. En primer lugar, porque cuando hay una huelga de por medio los poderes directivos están en ciertas medidas anestesiados<sup>16</sup>. En segundo lugar, porque puede defenderse que del mantenimiento de los servicios esenciales se deriva implícitamente un deber de colaboración activa de distintos sujetos —trabajadores, sindicatos, comité de huelga, etc.—, entre los que se encuentran los empresarios, que de este modo verían sus poderes directivos condicionados por el citado deber de colaboración.

Cuando se dice que el empresario ejerce como de costumbre los poderes derivados del contrato de trabajo lo que en puridad se dice es que, al margen de los débiles condicionamientos apenas apuntados, dichos poderes no son objeto de regulación específica. A diferencia de lo que sucede en Italia<sup>17</sup>, en España el empresario decide libremente si controlar o no especialmente a los trabajadores designados para cubrir los servicios mínimos y, lo que es más importante, si ejerce o no el poder disciplinario en caso de incumplimiento de los servicios mínimos.

El vigente sistema deja inaceptablemente en manos de los empresarios la eficacia misma del sistema. Son los empresarios los que deciden sin cortapisas si ha habido o no incumplimientos y, en caso afirmativo, si sancionarlos o no y con arreglo a qué sanción. Y se dice inaceptablemente porque si de un lado el TC exige que los servicios mínimos provengan de un tercero imparcial, al estar en juego los intereses de los terceros usuarios, de otra se deja en manos de los empresarios la eficacia del sistema y con ello la verdadera protección de los intereses de los usuarios. *De lege ferenda* debe procederse a una regulación específica del poder disciplinario en esta materia, en base a la cual los

---

del poder de dirección empresarial. Para F. FERRANDO GARCÍA, *Los efectos de ...*, op. cit., p. 93, se trata de «facultades de policía» que conserva excepcionalmente el empresario en caso de huelga.

<sup>16</sup> Vid., STC 123/92, FF. JJ. 4 y 5.

<sup>17</sup> Éste es uno de los aspectos más interesantes y polémicos de los que integran el sistema diseñado por la Ley 146/90. Sobre el mismo, véase, por todos, P. PASCUCI, *Tecniche regolative dello ...*, op. cit., pp. 73 ss., especialmente pp. 92 ss. y 229 ss. Vid., igualmente, los autores mencionados en la nota 24 del capítulo cuarto, apartado D.

empresarios acomoden su actuación a las directrices marcadas por el mismo poder público imparcial que actué como cierre del sistema, como de hecho sucede en Italia<sup>18</sup>.

Se podrá criticar que con esta propuesta el sistema se publica todavía más, lo cual es cierto, pero no puede seguir manteniéndose una situación como la actual, en la que los empresarios custodian la eficacia de un sistema en el que asumen menos obligaciones de las necesarias y en el que están en juego intereses que no son los suyos, pues no tienen por qué coincidir los intereses de los empresarios y los de los usuarios<sup>19</sup>.

Queda un último aspecto problemático del complemento técnico y funcional, que tiene que ver con los criterios para la designación de los concretos trabajadores encargados de prestar los servicios mínimos. Pero la envergadura del asunto aconseja su tratamiento en un epígrafe específico.

#### **4. CRITERIOS PARA LA DESIGNACIÓN DE LOS TRABAJADORES ENCARGADOS DE PRESTAR LOS SERVICIOS MÍNIMOS**

Ésta es una materia que por excesivamente casuística se presta mal a la sistematización, si bien algunas ideas claves sí que pueden y deben darse, sobre todo cuando el mismísimo TC —sentencia 123/90, de 2 de julio— se ha ocupado de la misma. Sin duda, la más importante de todas las ideas es que sea cual sea el criterio que se utilice éste habrá de ser objetivo<sup>20</sup>; ajeno por completo a cualquier panorama discriminatorio o antisindical. Esta exigencia ineludible fue claramente manifestada por la STC 123/90, en los siguientes términos, interpretados *a contrario sensu*: «Ha sido una designación indiscriminada, al margen de la afiliación sindical de los trabajadores afectados, sin arbitrariedad, de acuerdo a criterios objetivos y en relación con las necesidades del

---

<sup>18</sup> Se remite a lo que a este propósito se dice en el capítulo cuarto, apartado D, nota 24.

<sup>19</sup> Los intereses del empresario y los intereses de los usuarios no tienen por qué coincidir; incluso es más que probable que no coincidan. En este sentido nada mejor que acudir a la influyente experiencia italiana, en la que los empresarios no defienden el interés de los usuarios sino el suyo propio. El interés de los usuarios lo defienden las asociaciones de usuarios y la Comisión de garantías *ex* Ley 146/90. En este sentido, por todos, M. RUSCIANO, «Utenti senza garanti», en *Lavoro e Diritto*, 1996, núm. 1, pp. 64 ss.

<sup>20</sup> En este sentido, pero en relación con los servicios de seguridad y mantenimiento en la empresa, E. GONZÁLEZ BIEDMA, *Derecho de huelga ...*, op. cit., pp. 116-117, sin que necesariamente haya de nombrarse a los trabajadores que habitualmente presten los servicios en cuestión.



servicio, por lo que no ha lesionado los derechos de libertad sindical y de huelga invocados por los recurrentes» (F. J. 2).

Ahora bien, qué criterios objetivos pueden utilizarse es una cuestión que desborda las pretensiones de este epígrafe, apuntado, ejemplificativamente, que uno de esos criterios pudiera ser «{...} elegir a aquellos a los que, por su turno, les correspondía trabajar en las horas y en los trayectos para los que estaba señalada la cobertura de los distintos servicios mínimos» (STC 123/90, F. J. 2)<sup>21</sup>. Por otra parte, pudiera suceder que la disposición de la autoridad gubernativa aportara el criterio o criterios a utilizar, en cuyo caso la entidad encargada del complemento técnico se limitaría a aplicar el citado criterio, que, en todo caso, también habría de respetar las exigencias expuestas en el párrafo anterior.

Íntimamente relacionado con el rechazo de criterios arbitrarios, discriminatorios o antisindicales, se encuentra la exclusión de los servicios mínimos de aquellos trabajadores que están institucionalmente llamados a asumir un papel protagonista en el movimiento huelguístico, como es el caso de los integrantes del comité de huelga<sup>22</sup>. A esta conclusión puede llegarse después de interpretar *a contrario sensu* el siguiente párrafo de la STC 123/90: «Al margen de que el órgano judicial no ha considerado probado que los recurrentes, que no formaban parte del comité de huelga, tuvieran encomendado papel relevante en la dirección de la huelga, {...} Ha de rechazarse, en consecuencia, que la inclusión de los recurrentes dentro de los trabajadores obligados a realizar servicios mínimos hubiera tratado de afectar, o incluso hubiera afectado al desarrollo de la huelga, de un modo tal que fuera razonable la exigencia de la exclusión de los mismos en la realización de los servicios. Nada hay que permita entender que el incumplimiento de los

---

<sup>21</sup> La Disposición transitoria única del frustrado PLOH establecía el criterio de los trabajadores que prestaran habitualmente los servicios. En todo caso, esta disposición tendría una vigencia limitada, por lo que serían las partes negociadoras de los acuerdos estables y, sobre todo, las encargadas de aplicarlos las que establecerían el criterio que estimaran idóneo.

Desde luego no es un criterio objetivo admisible, sino todo lo contrario, el mantenido por el Decreto de la Alcaldía de Valencia, fiscalizado por la STS (3ª), 10-5-86, Ar. 2363, F. J. 7, que designaba a todos los funcionarios comprendidos entre dos determinados niveles administrativos, independientemente de las funciones objetivas que desarrollasen.

<sup>22</sup> El Decreto 162/1983, de 28 de abril, del Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña (recogida de basuras y limpieza pública en los municipios de Tarragona, Reus y Valls), excluye expresamente de la prestación de servicios mínimos a los miembros del comité de huelga (art. 1).

servicios por los recurrentes hubiera sido imprescindible para la posibilidad de realización de la huelga {...}» (F. J. 3).

Un criterio que sí puede utilizarse, aunque introduzca una enorme complejidad, es el de la cobertura total o parcial con trabajadores que hayan decidido no secundar la huelga. Este criterio, que ya había sido utilizado por la jurisprudencia ordinaria<sup>23</sup>, ha sido avalado por la STC 123/90, en los siguientes términos: «No cabe negar que en determinadas circunstancias, en huelgas parciales o minoritarias de alguna duración el respeto del derecho de huelga puede llevar a dar preferencia para la realización de los servicios esenciales a los trabajadores que decidan libremente no sumarse a la huelga convocada. Sin embargo, esto no supone que pueda exigirse siempre y en todo caso a la empresa que excluya en principio de esos servicios a los trabajadores que deseen secundar la huelga. En la huelga que está en la base del presente caso, de muy breve duración, y en relación a una empresa de grandes dimensiones, resulta evidente que no existía ningún medio que permitiese a la dirección de la empresa conocer de antemano quiénes se iban a sumar o no a la huelga, para poder asignar preferentemente los servicios mínimos a los no huelguistas» (F. J. 3).

Por otra parte, es un criterio utilizado en Derecho comparado<sup>24</sup>, acogido por el famoso Acuerdo Vasco<sup>25</sup>, por algunas disposiciones de la autoridad gubernativa<sup>26</sup> y que cuenta con el respaldo doctrinal<sup>27</sup>.

---

Igualmente, el Decreto 147/96, del Gobierno Vasco (servicios de limpieza de un hospital), si bien en la medida de lo posible.

<sup>23</sup> Es el caso de la STCT, 9-7-85, Ar. 5089, Cdo. 7.

En cambio, la STS (3ª), 14-5-86, Ar. 2372, F. J. 2, rechaza expresamente la exigibilidad de este criterio, basándose exclusivamente en el carácter individual del derecho de huelga.

<sup>24</sup> Es un criterio utilizado con frecuencia en Francia, y que cuenta con el respaldo de la jurisprudencia. Vid., por todos, P. TERNEYRE, «Vade-mecum du ...», op. cit., p. 809, nota 32.

<sup>25</sup> Acuerdo que establece lo siguiente: «Para atender los servicios mínimos y siempre que ello sea factible, se designará con preferencia a los trabajadores que no secunden la huelga» (IV. 3).

<sup>26</sup> Es el caso de la disposición catalana de la que da cuenta la STSJ Cataluña, sala de lo social, de 7 de octubre de 1993, As. 4517, Antecedente 2, según la cual los servicios mínimos los prestarán preferentemente, si los hay, el personal que haya decidido no secundar la huelga. Igualmente, de la Orden de la Presidencia de la Generalitat de Catalunya, de 25 de mayo de 1990, a la que se refiere la STS (3ª), 15-1-96, Ar. 396, F. J. 1. Ahora bien, para esta última sentencia el criterio de la asignación preferente de los no huelguistas se limita exclusivamente al personal convocado para la huelga —facultativos no fijos— y no, en cambio, para otro personal que realice las mismas prestaciones pero que no haya sido convocado para la huelga —facultativos fijos—. También de la Resolución de la Secretaría General de Educación y Formación Profesional, de 21 de abril de 1997 (centros docentes públicos no

La cobertura preferente de los servicios mínimos con personal no huelguista no plantea problema alguno cuando dicho personal ocupe ordinariamente los puestos de trabajo afectados. En otro caso, es decir, cuando sea necesario proceder a una modificación de las tareas normalmente desempeñadas, la cuestión se complica. Para solventar esta complicación podría acudir a la movilidad funcional ordinaria, al *ius variandi* y a las modificaciones pactadas, pero no a las modificaciones sustanciales del artículo 41 ET, por la provisionalidad que toda huelga supone<sup>28</sup>.

Una cosa es admitir la procedencia de este criterio, que no ofrece dudas, y otra bien distinta saber si es vinculante o potestativo. De la STC 123/90, F. J. 3, pudiera deducirse el carácter vinculante del criterio. Por otra parte, el principio de proporcionalidad resulta aplicable no sólo a los servicios mínimos sino también a su complemento técnico y funcional, por lo que se conculcaría dicho principio, y consecuentemente el derecho fundamental de huelga, si pudiéndose emplear total o parcialmente personal no huelguista se designaran trabajadores que pretendieran secundar la huelga. Ahora bien, una cosa es que el criterio sea vinculante y otra bien distinta que se pueda llevar razonablemente a la práctica. En este sentido, la misma STC 123/90 dice claramente que para que este criterio sea exigible se habrán de dar determinadas circunstancias, que permitan saber qué trabajadores no van a secundar la huelga<sup>29</sup>.

---

universitarios) y del Decreto del Gobierno Vasco 147/96, de 11 de junio (servicio de limpieza de un hospital).

<sup>27</sup> Vid., por todos, A. SANTANA GÓMEZ, *El régimen jurídico ...*, op. cit., pp. 187-189; E. GONZÁLEZ BIEDMA, *Derecho de huelga ...*, op. cit., pp. 80-87 y 117-119; 158 ss.; y F. FERRANDO GARCÍA, *Los efectos de ...*, op. cit., pp. 93 ss.

<sup>28</sup> A. SANTANA GÓMEZ, *El régimen jurídico ...*, op. cit., pp. 187-189 y 195 ss., se muestra partidario de la utilización de la movilidad funcional ordinaria, del *ius variandi* y de las modificaciones pactadas. En el mismo sentido, F. FERRANDO GARCÍA, *Los efectos de ...*, op. cit., pp. 94-95. Por su parte, E. GONZÁLEZ BIEDMA, *Derecho de huelga ...*, op. cit., pp. 80-87, en materia de servicios de seguridad y mantenimiento en la empresa, se muestra a favor de la utilización de la movilidad funcional ordinaria y de la modificación pactada, pero no del *ius variandi*.

Mayores posibilidades todavía advierte J. M. GOERLICH PESET, «Ejercicio del derecho ...», op. cit., pp. 162-163, aunque es consciente de las dificultades operativas.

<sup>29</sup> Una circunstancia que hay que excluir es la afiliación sindical. En efecto, entiende la STC 123/90 que «Dado el ejercicio individualizado del derecho de huelga, la afiliación a un sindicato no es criterio útil para hacer una previsión cierta de qué trabajadores van a participar en la huelga convocada, que puede ser secundada también por trabajadores afiliados a otros sindicatos o por no afiliados, y que, al margen de los problemas de disciplina sindical interna, podría no ser secundada por trabajadores afiliados al sindicato convocante» (F. J. 3).

Entre las circunstancias que pueden contribuir a implantar con éxito el criterio de la asignación preferente de los servicios mínimos a los trabajadores no huelguistas pueden citarse, por ejemplo, la rectificación de los servicios mínimos una vez iniciada la huelga<sup>30</sup> y la sucesiva designación de trabajadores no huelguistas si los anteriores hubieran mostrado interés por sumarse a la huelga<sup>31</sup>.

No se oculta que en los supuestos en los que el complemento técnico y funcional haya sido dejado en manos del empresario el respeto de este criterio, por mucho que haya sido calificado de vinculante, dependerá de su buena voluntad, sólo fiscalizable con éxito en los casos más extremos de absoluta falta de consideración<sup>32</sup>. Esta circunstancia, junto a todas las que en su momento se han apuntado, juega a favor de la asignación compartida del complemento técnico y funcional. No cabe duda de que será mucho más fácil respetar el criterio de la asignación preferente de los servicios mínimos a personal no huelguista si el complemento técnico se encarga conjuntamente a las partes en conflicto.

Para concluir, un criterio que no puede ser argüido por los trabajadores es el de la exclusión de los afiliados a sindicatos, ni tan siquiera el de los afiliados al sindicato que hubiera convocado la huelga, si esa fuera el caso. El rechazo frontal de este criterio, por lo demás bastante obvio habida cuenta de la titularidad individual del derecho de huelga, también integra el contenido de la STC 123/90, cuando entiende: «{...} la pertenencia a un sindicato, incluso al sindicato convocante, no es razón que pueda eximir a un trabajador de la designación y de la realización de unas tareas correspondientes a un servicio cuyo mantenimiento se considera esencial» (F. J. 3).

---

<sup>30</sup> En este sentido, F. FERRANDO GARCÍA, *Los efectos de ...*, op. cit., p. 96.

<sup>31</sup> Así, F. FERRANDO GARCÍA, *Los efectos de ...*, op. cit., p. 97.

<sup>32</sup> Es el caso de la STCT, 9-7-85, Ar. 5089, en el que ninguno de los pilotos aéreos que habían decidido no sumarse a la huelga fue asignado a los servicios mínimos, de tal manera que éstos fueron cubiertos exclusivamente con pilotos que sí pretendían secundar la huelga.

#### **D. EL MANTENIMIENTO DE LOS SERVICIOS ESENCIALES Y EL ESTABLECIMIENTO DE SERVICIOS MÍNIMOS EN LA TEORÍA DE LOS LÍMITES DEL DERECHO FUNDAMENTAL DE HUELGA**

Cuando el derecho de huelga se ejerce en el ámbito de los servicios esenciales los límites jurídicos del citado derecho alcanzan su máxima expresión. En efecto, al cuadro general de límites del derecho de huelga, que operan independientemente del ámbito en que éste se ejerza, se añade la limitación específica que deriva del mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad. Interesa resaltar que la huelga ejercida en los servicios esenciales no es una institución autónoma, dotada de perfiles propios, con un cuadro singular de límites, sino que por el contrario es objeto de los mismos límites que cualquier otra huelga y, además, de límites específicos. Cuestión distinta es que en el futuro la huelga en los servicios esenciales pueda llegar a alcanzar autonomía, sustantividad propia, y rodearse de un particular cuadro de límites<sup>1</sup>.

La específica limitación que deriva del mantenimiento de los servicios esenciales ha adquirido importancia suficiente no hace demasiado tiempo, por lo que se ha encontrado con una teoría general de los límites del derecho de huelga ya elaborada, debiendo insertarse en la misma. A esta inserción se dedica precisamente este apartado. Adviértase que no se pretende estudiar la teoría de los límites en su conjunto, tarea de imposible realización en esta sede, sino la inserción del mantenimiento de los servicios esenciales en dicha teoría. Por lo demás, desde hace ya algunos lustros el mantenimiento de los servicios esenciales no es un límite más del derecho de huelga, es el más importante de los límites que encorsetan este derecho fundamental.

Por otra parte, el acceso de la huelga a la condición de derecho fundamental condiciona radicalmente la teoría general de los límites del derecho de huelga, que debe

---

<sup>1</sup> Sugiere esta posibilidad M. V. BALLESTRERO, en U. Romagnoli y M. V. Ballestrero, *Norme sull'esercizio ...*, op. cit., pp. 68-69. Con mayor profundidad, P. PASCUCCI, *Tecniche regolative dello ...*, op. cit., pp. 105 ss.

Aunque no sea exactamente la misma cosa, A. BAYLOS GRAU, «Procedimientos de fijación de ...», op. cit., p. 93, da cuenta de cómo algunos sujetos colectivos de creciente importancia comienzan a considerar la huelga en los servicios esenciales con incumplimiento organizado de los servicios mínimos como una forma distinta de hacer huelga, es decir, como una nueva modalidad huelguística extraordinariamente efectiva.

acomodarse a la todavía incipiente teoría de los límites de los derechos fundamentales. Por tanto, la inserción del mantenimiento de los servicios esenciales en la teoría de los límites del derecho de huelga y en la teoría de los límites de los derechos fundamentales viene a ser la misma cosa, sólo que contemplada desde distinta perspectiva. Estudiar el mantenimiento de los servicios esenciales desde las ópticas laboral y constitucional, contrastarlo con distintas categorías, no puede sino enriquecer la figura, dotarla de mayor seguridad<sup>2</sup>.

Hablar de los límites de los derechos fundamentales, y por lo tanto también del derecho de huelga, presupone admitir el carácter relativo o limitado de los mismos. Admisión que hoy día no plantea serias discrepancias doctrinales<sup>3</sup> y que el propio TC ha asumido sin ambages. El TC tuvo temprana ocasión de pronunciarse sobre el particular con ocasión precisamente del derecho de huelga, estableciendo rotundamente: «Ningún derecho constitucional, sin embargo, es un derecho ilimitado. Como todos, el de huelga ha de tener los suyos, que derivan {...}» (STC 11/81, F. J. 9).

Con la salvedad de algunos derechos que discutiblemente se reputan absolutos<sup>4</sup>, se ha admitido la estrecha conexión existente entre el reconocimiento positivo de los

---

<sup>2</sup> Para M. MEDINA GUERRERO, *La vinculación negativa ...*, op. cit., p. XII, ahondar en la teoría de los límites de los derechos fundamentales es apostar «por la seguridad que proporcionan unas categorías que, más allá del concreto derecho fundamental involucrado en cada caso, sean susceptibles de utilización en una generalidad de supuestos. Sólo así puede garantizarse que la resolución de los casos de derechos fundamentales sea la culminación de una argumentación jurídicamente controlable, no la expresión de una intuición; el resultado de un razonamiento predecible, no el triunfo de consideraciones *ad casum*, por naturaleza entregadas siempre al albur del subjetivo criterio del interprete».

<sup>3</sup> Sólo desde posiciones iusnaturalistas extremas, hoy minoritarias, se ha podido defender el carácter absoluto de los derechos. Vid., refiriéndose a estas posiciones y criticándolas, L. PRIETO SANCHÍS, *Estudios sobre derechos ...*, op. cit., pp. 84 ss. y L. AGUIAR DE LUQUE, «Los límites de ...», op. cit., p. 11.

<sup>4</sup> Muchos autores han señalado el carácter absoluto de algunos derechos fundamentales. Así, entre otros, A. TORRES DEL MORAL, *Principios de Derecho Constitucional Español*, FDUCM, Madrid, 1992, pp. 363-364, propugna el carácter absoluto de los derechos a la integridad física y psíquica, a no declarar sobre la propia ideología, religión o creencias y a la condición de hombres libres de todo ser humano que pise suelo español; R. SÁNCHEZ FÉRRIZ, *Estudio sobre las libertades*, Tirant lo blanch, Valencia, 1995, p. 261, se refiere al derecho a la vida, a la integridad física y psíquica y a la intimidad; OJEDA AVILÉS, A.: *Derecho Sindical*, op. cit., p. 580, habla del derecho a la vida y a la incolumidad de las personas; y M. ORTELLS RAMOS, «Exclusividad jurisdiccional para la restricción de derechos fundamentales y ámbitos vedados a la injerencia jurisdiccional», en AA.VV., *Medidas restrictivas de derechos fundamentales*, CGPJ, XII, Madrid, 1996, p. 17, de los derechos del artículo 15 CE.

Una reflexión más amplia en A. GEWIRTH, «There are Absolute Rights», en *The Philosophical Quarterly*, 1982, núm. 32, pp. 348 ss.

derechos fundamentales y su carácter limitado<sup>5</sup>, trasladándose los problemas jurídicos al terreno de la definición de los límites, de su alcance, significado y fundamento, de su clasificación, de su relación con los derechos a los que limitan, etc.

La trascendencia jurídica de los límites de los derechos fundamentales a nadie escapa, constituyendo uno de los más importantes ámbitos de la teoría jurídica de los derechos fundamentales. Sin embargo, no ha sido todavía objeto de la suficiente elaboración doctrinal y jurisprudencial, lo que seguramente entorpezca y dificulte la tarea que a partir de ahora se aborda<sup>6</sup>.

---

No confundir el significado que aquí se ha dado al término absoluto con el defendido por J. L. MONEREO PÉREZ, «La huelga como ...», op.cit., pp. 44-46, para quien los derechos absolutos son los que tienen una eficacia subjetiva *erga omnes*.

<sup>5</sup> Esta conexión fue, por lo que al derecho de huelga se refiere, elocuentemente expuesta en el debate constitucional por el entonces Senador socialista Vida Soria, en los siguientes términos: «La constitucionalización del derecho de huelga es una enorme concesión que la clase obrera hace a la burguesía, una vez que admite y propugna su integración en el ordenamiento jurídico {...} Aceptar, por parte de la clase obrera, e incluso propugnar que el derecho se constitucionalice es una manifestación clara de la madurez del movimiento obrero, ya que integra su arma principal, el derecho de huelga, dentro del ordenamiento jurídico, a sabiendas de que de esa manera el ejercicio de su derecho a la huelga va a ser limitado por el conjunto del ordenamiento jurídico». Intervención en el seno de la comisión constitucional del Senado recogida en *Constitución española. Trabajos parlamentarios*, op. cit., p. 3372.

La íntima conexión entre el reconocimiento de la huelga como derecho y la fijación de límites jurídicos fue tempranamente puesta de manifiesto por P. CALAMANDREI, «Significato costituzionale del ...», op. cit., p. 243, en los siguientes términos: «{...} el derecho es, por su propia naturaleza, predisposición de límites; y, por consiguiente, desde el momento en que la huelga ha aceptado llegar a ser un derecho, se ha adaptado necesariamente a dejarse predisponer condiciones y restricciones de ejercicio».

En sede judicial, destacan las argumentaciones un tanto espesas de la STS (3ª) 11-7-80, Ar. 2950, cdo. 4 y las más lúcidas de la STC 11/81, FF.JJ. 7 y 9.

<sup>6</sup> En este sentido, G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Curso de Derechos ...*, op. cit., p. 587, entiende lo siguiente: «Este tema no tiene todavía, pese a su importancia, un desarrollo doctrinal suficiente. En algunos supuestos se han tratado aspectos desde el punto de vista de los límites cuando claramente no se trataba, propiamente de asuntos situados en ese ámbito, y en otros supuestos se han dejado de tratar, pretendiendo una aproximación completa, aspectos sustanciales del mismo. Por exceso y por defecto, los límites de los derechos no están correctamente presentes en la cultura jurídica, con excepciones».

De los límites de los derechos fundamentales se ocupan, entre otros, G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Derechos fundamentales. Teoría general*, Guadiana, Madrid, 1973, pp. 137-156; R. L. SORIANO DÍAZ, «Las limitaciones al ...», op. cit., pp. 197-219; I. DE OTTO, «La regulación del ...», op. cit., pp. 95-172; L. PRIETO SANCHÍS, *Estudios sobre derechos ...*, op. cit., pp. 153-166; G. ROLLA, «Il sistema costituzionale dei diritti fondamentali. L'esperienza spagnola» en *Rivista Trimestrale di Diritto pubblico*, 1990, núm. 1, pp. 163-174; L. LÓPEZ GUERRA y otros: *Derecho Constitucional*, vol. I, Tirant lo blanch, Valencia, 1991, pp. 118-122; R. ALEXY, *Teoría de los ...*, op. cit., pp. 267-329; P. HÄBERLE, *Le libertà fondamentali ...*, op. cit., pp. 39-114; F. FERNÁNDEZ SEGADO, «La teoría jurídica ...», op. cit., pp. 235-247; L. AGUIAR DE LUQUE, «Los límites de ...», op. cit., pp. 9-34; J. JIMÉNEZ CAMPO, «El legislador de ...», op. cit., pp. 473-510; R. DE ASÍS ROIG, «Sobre los límites de los derechos», en *Derechos y Libertades*, 1994, núm. 3, pp. 111-130; R. SÁNCHEZ FÉRRIZ, *Estudio sobre las ...*, op. cit., pp. 261 a 278; G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Curso de Derechos ...*, op. cit., pp. 587-616; M. MEDINA GUERRERO, *La vinculación negativa ...*, op.

# 1. EL MANTENIMIENTO DE LOS SERVICIOS ESENCIALES Y EL ESTABLECIMIENTO DE SERVICIOS MÍNIMOS EN LA TEORÍA DE LOS LÍMITES DEL DERECHO FUNDAMENTAL DE HUELGA

## 1. a. El mantenimiento de los servicios esenciales como límite externo del derecho de huelga

Tradicionalmente los límites del derecho de huelga se han clasificado en internos y externos<sup>7</sup>. Los límites internos, esto es, los «límites derivados de la noción misma de huelga y de los principios informadores, conforme a su propia naturaleza, {...}»<sup>8</sup>, hegemónicos en su momento, han sido objeto de una fundada crítica que ha desenmascarado su verdadera naturaleza ideológico-política conservadora, oculta bajo la apodíctica construcción técnico-jurídica<sup>9</sup>. Por contra, los límites externos son los que

---

cit.; y J. A. MUÑOZ ARNAU, *Los límites de los derechos fundamentales en el Derecho Constitucional Español*, Aranzadi, Pamplona, 1998.

<sup>7</sup> La distinción procede de la doctrina italiana. Véase, por todos, G. GIUGNI, *Diritto Sindacale*, op. cit., pp. 242 ss. Acogen esta distinción en España, entre otros, F. DURÁN LÓPEZ, *Derecho de huelga ...*, op. cit., pp. 39 ss; F. VALDÉS DAL-RÉ, «Límites al derecho ...», op. cit., pp. 615 ss (Este artículo originariamente había sido publicado en *Cuadernos de Derecho del Trabajo*, núm. 3, pp. 13-51); M. C. PALOMEQUE LÓPEZ, *Derecho Sindical Español*, op. cit., pp. 320-321; y A. OJEDA AVILÉS, *Derecho Sindical*, op. cit., p. 480. Esta distinción, como otras muchas teorías procedentes de Italia, ha cruzado el Océano Atlántico y ha sido profusamente utilizada en América Latina. Cfr., a este respecto, R. MANTERO ÁLVAREZ, *Límites al derecho de huelga*, Ediciones Amalio M. Fernández, Montevideo, 1992.

<sup>8</sup> F. DURÁN LÓPEZ, *Derecho de huelga ...*, op. cit., p. 42.

<sup>9</sup> Vid., entre otros, F. DURÁN LÓPEZ, *Derecho de huelga ...*, op. cit., pp. 35 ss.; F. VALDÉS DAL-RÉ, «Límites al derecho ...», op. cit., pp. 615 ss.; y J. MATÍA PRIM, *El abuso del ...*, op. cit., pp. 130 ss. La crítica formulada por estos autores es en buena medida deudora de la previa crítica de parte de la doctrina italiana —Ghezzi, Montuschi, Branca, Tarello ...—, culminada con la sentencia de la Cassazione, sezione lavoro, n° 711 de 1980, y que los citados autores recogen en su extensa bibliografía.

En todo caso, conviene tener presente que parte de la doctrina sigue manteniendo un concepto tradicional y restrictivo del derecho de huelga, que la circunscribe únicamente a la cesación temporal de la prestación de trabajo, decidida y ejercida colectivamente, para la defensa de los intereses económico-profesionales de los trabajadores —interpretando el término trabajadores con diferente alcance—, al que la pervivencia del DLRT y su interpretación por el TC siguen dando oxígeno. Así, entre otros, J. J. Díez SÁNCHEZ, *El derecho de ...*, op. cit., pp. 50 ss; A. MONTOYA MELGAR, *Derecho del Trabajo*, op. cit., pp. 719 ss.; y M. ALONSO OLEA y M. E. CASAS BAAMONDE, *Derecho del Trabajo*, op. cit., pp. 1012 ss. No es éste, sin embargo, el concepto constitucional de huelga que aquí se utiliza como materia prima sobre la que estudiar sus límites, sino el que doctrinalmente se conoce como concepto amplio, a saber, «la huelga es la medida de autotutela básica de los trabajadores que consiste en la perturbación del proceso productivo del empresario para el que se presta el trabajo, a través de diversos comportamientos posibles y en particular de la abstención o cesación del trabajo, decidida de forma concertada y ejercida colectivamente por los trabajadores para la defensa de sus intereses generales dentro de un ámbito determinado». La definición está tomada de M. C. PALOMEQUE LÓPEZ y M. ÁLVAREZ DE LA ROSA, *Derecho del Trabajo*, op. cit., pp. 543-544, si bien había sido anteriormente utilizada por L. E. DE LA VILLA y M. C. PALOMEQUE, *Introducción a la ...*, op. cit., p. 336. Esta definición amplia fue la asumida por el artículo 2.1 del frustrado PLOH —«El derecho de huelga



derivan de la protección de bienes jurídicos perjudicados por el ejercicio del derecho de huelga, que se estiman merecedores de tutela. Según esta distinción no hay la menor duda de que el mantenimiento de los servicios esenciales debe situarse en el campo de los límites externos<sup>10</sup>. La protección de los intereses de relieve constitucional de los usuarios perjudicados por el ejercicio del derecho de huelga, que es lo que está detrás del mantenimiento de los servicios esenciales, no se consigue mediante la expulsión del concepto constitucional de huelga de las efectuadas en el ámbito de los servicios esenciales, sino a través de la minoración de los efectos de la huelga sobre los usuarios.

En la teoría de los límites de los derechos fundamentales resulta más habitual distinguir entre delimitación conceptual de los derechos y limitación de los derechos<sup>11</sup>.

---

ampara, en los términos de la Constitución y de la presente Ley, la cesación total o parcial del trabajo, así como la alteración del normal desarrollo del mismo, llevadas a cabo por los trabajadores, de forma colectiva y concertada, para la defensa de sus intereses»—. Otros conceptos amplios de huelga pueden consultarse en J. L. MONEREO PÉREZ, «La huelga como ...», op. cit., pp. 102 ss., quien además aporta las bases metodológicas que están detrás de cada propuesta conceptual.

Este tema ha cobrado de nuevo cierta importancia en Italia de la mano de dos recientes obras: F. BORGOGELLI, *Sciopero e modelli giuridici*, Giappichelli, Torino, 1998 y R. ROMEI, «Di che cosa parliamo quando parliamo di sciopero», en *Lavovo e Diritto*, 1999, núm. 2, pp. 235 ss.

<sup>10</sup> El carácter de límite externo no es puesto en entredicho ni por la doctrina ni por la jurisprudencia. Así, por todos, M. C. PALOMEQUE LÓPEZ, *Derecho Sindical Español*, op. cit., p. 321; J. VIDA SORIA y Á. GALLEGO MORALES, «Derechos sindicales y ...», op. cit., p. 352; y S. TORRENTE GARI, *El ejercicio del ...*, op. cit., p. 29. En cuanto a la jurisprudencia, resulta claro que, aunque no se diga expresamente, toda la labor del TC en esta materia está partiendo del carácter de límite externo del mantenimiento de los servicios esenciales.

<sup>11</sup> La distinción entre límites y delimitación conceptual ha sido efectuada, entre otros, por G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Curso de Derechos ...*, op. cit., pp. 589-590 y M. MEDINA GUERRERO, *La vinculación negativa ...*, op. cit., pp. 9 ss.. Esa distinción se corresponde a grandes rasgos con la tradicional clasificación de los límites de los derechos fundamentales en internos o intrínsecos y externos o extrínsecos; clasificación propuesta en España por G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Derechos fundamentales. Teoría ...*, op. cit., pp. 137-156, para quien los límites intrínsecos derivan de la naturaleza o función del propio derecho y los extrínsecos de la sociedad y de los demás sujetos de derecho que en ella coexisten. Posteriormente ha sido asumida, entre otros, por F. FERNÁNDEZ SEGADO, «La teoría jurídica...», op. cit. y L. LÓPEZ GUERRA y otros, *Derecho Constitucional*, op. cit. La delimitación conceptual se corresponde con los límites internos y los límites en sentido propio con los externos.

A pesar de lo que pudiera pensarse no existe coincidencia entre los internos del derecho de huelga y la delimitación conceptual del derecho de huelga. En efecto, la delimitación conceptual no sólo no supone una resucitación teórica de los tradicionales límites internos del derecho de huelga, sino que viene a añadirse a los argumentos utilizados para combatirlos. Para la teoría constitucional en la que se inserta la distinción entre delimitación conceptual y limitación existen dos elementos a considerar: el derecho fundamental, definido en términos amplios, aunque basados en el propio texto constitucional y las limitaciones del derecho que operan desde el exterior. Esta teoría impide la aceptación de un concepto apriorístico y restrictivo de huelga, inspirado en unos principios que no encuentran cabida ni en el precepto constitucional regulador del derecho de huelga, ni en ningún otro de la Constitución. El tradicional concepto restrictivo de huelga no parte de la poliédrica realidad social en que la huelga de trabajadores consiste, sino que la sustituye artificialmente a su conveniencia, por lo que no puede tomarse como referencia para definir el contenido constitucionalmente protegido por el artículo 28.2 CE.

No hay la menor duda de que el mantenimiento de los servicios esenciales no es un problema de delimitación conceptual del derecho de huelga, sino de limitación de dicho derecho; limitación que claramente opera desde el exterior del contenido del derecho constitucionalmente protegido<sup>12</sup>.

Por una u otra vía metodológica se llega a la conclusión de que el mantenimiento de los servicios esenciales es un verdadero límite del derecho fundamental de huelga, un límite externo si se prefiere esta terminología. Ni qué decir tiene que la inclusión en una u otra categoría —delimitación conceptual o limitación— no es neutra<sup>13</sup>. Antes al contrario, hay toda una serie de cuestiones que se ven profundamente afectadas según la categoría que se utilice<sup>14</sup>. Así, mientras la consideración como límite interno o como

---

Cosa distinta es el diverso alcance que la doctrina otorga a la delimitación conceptual. Existen al respecto dos posiciones: la primera, omnicompreensiva, que absorbe a los propios límites, basada en la germánica teoría interna de los límites de los derechos fundamentales, defendida en España por I. DE OTTO, «La regulación del ...», op. cit., pp. 95 ss., quien la resumió gráficamente en los conocidos términos: «la sanción de un eventual incendio neroniano no es limitación del arte, sino sanción de un incendio». La segunda, se limita a desentrañar en términos amplios el supuesto de hecho de la norma reguladora del derecho, sobre el que operan los límites externos. Es el caso de los dos primeros autores citados en esta nota a pie. Esta última postura, que sigue la germánica teoría externa de los límites de los derechos fundamentales (R. ALEXY, *Teoría de los ...*, op. cit., pp. 292 ss.), es la que más adeptos tiene y la que ha seguido el TC, con algún que otro titubeo. Así, a propósito del derecho de huelga ha manifestado en varias ocasiones el TC que determinadas conductas violentas —coactivas o intimidatorias— que se producen con ocasión de una huelga no forman parte del derecho constitucionalmente protegido, sin necesidad, por tanto, de acudir al terreno de los límites externos. Literalmente: «No estamos en el ámbito de los límites al ejercicio del derecho, sino en el previo de la delimitación de su contenido» (STC 137/97, F. J. 2, *in fine*). En igual sentido, STC 332/94, F. J. 6 y AATC 570/87, F. J. 2; 71/92, F. J. 3; 158/94, F. J. 3, etc

<sup>12</sup> De entre los constitucionalistas, sólo J. JIMÉNEZ CAMPO, «El legislador de ...», op. cit., pp. 482-483, entiende que el mantenimiento de los servicios esenciales forma parte de la definición, mediata según él, del contenido del derecho de huelga, sin que sus argumentos tengan peso suficiente como para contrarrestar la tendencia unánime a su consideración como límite.

<sup>13</sup> La por otras razones importante SAN 6-6-80 (texto íntegro en L. E. DE LA VILLA, *Materiales para el ...*, op. cit., pp. 99-106) no parecía conceder importancia alguna a esta cuestión, ya que sostenía: «{...} en él {art. 28.2} se establece una esencial limitación, o, si se quiere, una definición de su contenido {...}» (cdo. 3), como si la opción por una u otra solución fuera neutra.

<sup>14</sup> Para M. MEDINA GUERRERO, *La vinculación negativa ...*, op. cit., pp. 10 ss., la delimitación conceptual conlleva una compleja actividad interpretativa de la lacónica norma constitucional —realizada por el legislador, por el ejecutivo o por los tribunales, incluido el TC— y no una elección entre diversas opciones de política legislativa, que sí opera, en cambio, en relación con la regulación o aplicación de los límites de los derechos fundamentales. Esta opinión permite traer a colación la crítica que J. MATÍA PRIM, *El abuso del ...*, op. cit., pp. 157 ss., muy influenciado por Böckenförde, realiza a la tesis de De Otto favorable a una omnicompreensiva delimitación conceptual de los derechos fundamentales, ya que con la misma se esconde bajo la apodíctica interpretación técnico-jurídica lo que es fundamentalmente una acción política, desarrollada con escrupuloso respeto de determinadas garantías jurídicas, pero política al fin al cabo. En este contexto, M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, «En torno a ...», op. cit., p. 38, se muestra favorable al carácter político y variable de la actuación del legislador en materia de servicios esenciales.

elemento integrante de la delimitación conceptual del derecho apunta a una prohibición de las huelgas en el ámbito de los servicios esenciales, la inclusión en los límites externos conlleva no una prohibición del derecho sino una restricción en las posibilidades de ejercicio.

### **1. b. Tipos de límites según el modo de afectar el derecho: el mantenimiento de los servicios esenciales como requisito procedimental del ejercicio del derecho de huelga**

Ya se sabe que el mantenimiento de los servicios esenciales es un límite del derecho fundamental de huelga, un verdadero límite. A partir de ahora se utiliza exclusivamente la acepción propia de límite, que sólo incluye los externos<sup>15</sup>. Lo que todavía no se sabe es qué tipo de límite es, porque hay varios tipos de límites.

*Lato sensu*, límites significa «toda acción jurídica que entrañe o haga posible una restricción de las facultades que, en cuanto derechos subjetivos, constituyen el contenido de los citados derechos»<sup>16</sup>. Dentro de esta acepción amplia cabe distinguir, según el modo e intensidad de afectación del derecho, entre límites *stricto sensu*, requisitos o límites procedimentales y suspensión.

Los límites *stricto sensu* suponen la restricción efectiva del contenido estático del derecho, es decir, de su ámbito subjetivo, del objetivo o modal o del teleológico, ora en el momento normativo o abstracto, ora en el aplicativo o ejercicio concreto del derecho. El establecimiento de un procedimiento de ejercicio no aminora, no restringe ninguno de esos ámbitos estáticos, sino que simplemente somete el ejercicio del derecho a unas determinadas

---

Por otra parte, las garantías que doctrinalmente se conocen como «límites de los límites de los derechos fundamentales» —justificación constitucional y motivación, contenido esencial, proporcionalidad, etc.—, que se verán en el último epígrafe de este mismo apartado, sólo operan en la limitación de los derechos y no en la delimitación conceptual.

<sup>15</sup> La acepción impropia es la que se refiere a la delimitación conceptual con términos como límites internos, intrínsecos, directos o necesarios. Vid. STC 5/81, F. J. 7 y M. MEDINA GUERRERO, *La vinculación negativa ...*, op. cit., pp. 10 ss. Según A. MARTÍN VALVERDE, «La doctrina general ...», op. cit., pp. 88-89, la STC 11/81 utiliza el término límites en un doble sentido: el primero se corresponde con lo que aquí se denomina delimitación conceptual y el segundo con los límites en sentido propio

<sup>16</sup> L. AGUIAR DE LUQUE, «Los límites de ...», op. cit., pp. 10-11. Este autor toma la distinción, con algún matiz, de J. MIRANDA, *Manual de Derecho Constitucional*, t. IV, Coimbra, 1993, pp. 296 ss. En parecidos términos, aunque no idénticos, se pronuncia J. JIMÉNEZ CAMPO, «El legislador de ...»,

condiciones o requisitos necesarios para la exteriorización de las distintas facultades que integran el contenido del derecho. La afectación se produce, por tanto, respecto del ámbito funcional del derecho, que es un ámbito dinámico. Finalmente, la suspensión, a diferencia del límite estricto, se caracteriza por la excepcionalidad de las circunstancias que la desencadenan y por su transitoriedad, actuando la restricción como un eclipse del derecho.

Vaya por delante que el mantenimiento de los servicios esenciales no puede ubicarse dentro de la suspensión del derecho de huelga, que se concreta en una prohibición temporal del derecho, aunque nada impediría una restricción menor, si así es decidido<sup>17</sup>, y que sólo puede ser acordada en los estados de excepción y de sitio, pero no en el de alarma<sup>18</sup>, a tenor de los artículos 55.1 y 116 CE y de su desarrollo mediante la Ley orgánica 4/81, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio<sup>19</sup>. Y no puede ubicarse porque nada tiene que ver la finalidad del mantenimiento de los servicios esenciales, que es proteger a determinados usuarios perjudicados por el ejercicio del derecho de huelga, con las causas que justifican la declaración de los estados de excepción y de sitio<sup>20</sup>. En todo caso, la relación entre los estados excepcionales y el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad en caso de huelga no se agota con lo dicho, por lo que se volverá sobre la misma a propósito de determinadas medidas garantizadoras del mantenimiento, como la militarización.

Por cierto, la suspensión del derecho fundamental de huelga no puede criticarse desde la perspectiva de la interpretación jurídico-constitucional, al estar expresamente

---

op. cit., p. 478, quien identifica límites con cualquier manera mediante la cual el legislador ordene válidamente su régimen jurídico, es decir, su contenido y condiciones de ejercicio.

<sup>17</sup> Parecen apuntar esta posibilidad, G. BARREIRO GONZÁLEZ, «La huelga, el cierre ...», op. cit., p. 64 y J. GARCÍA BLASCO, *El derecho de ...*, op. cit., p. 25.

<sup>18</sup> Para J. SERRANO CARVAJAL, «La huelga», en AA.VV., *Jurisprudencia constitucional y relaciones laborales*, CEC, Madrid, 1983, pp. 138-139, también en caso de estado de alarma debiera poder decretarse la suspensión del derecho de huelga, utilizando como fundamento jurídico la aplicación analógica de lo preceptuado para los otros estados excepcionales. No se comparte aquí esta opinión.

<sup>19</sup> Cfr., I. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, «Los estados de ...», op. cit., pp. 99-124; F. FERNÁNDEZ SEGADO, «La Ley Orgánica de los estados de alarma, excepción y sitio», en *Revista de Derecho Político*, 1981, núm. 11, pp. 83-116; y P. CRUZ VILLALÓN, *Estados excepcionales y ...*, op. cit.

Téngase en cuenta que el derecho de huelga no puede ser suspendido individualmente, según el artículo 55.2 CE.

<sup>20</sup> No obstante, algún autor ha relacionado estrechamente la huelga en los servicios esenciales con las situaciones críticas que posibilitan la suspensión del derecho de huelga, tratándolas conjuntamente. Es el caso de O. KAHN-FREUND, «Il diritto di sciopero ...», op. cit., pp. 464 ss.

recogida en la Constitución, si bien en el terreno de la política del Derecho Constitucional puede afirmarse que el Constituyente español ha realizado una elección poco frecuente en Derecho comparado y, lo que es más importante, desconocedora de la importancia que el derecho de huelga puede jugar en la superación de alguna de las situaciones que dan lugar a la declaración de los estados excepcionales<sup>21</sup>.

Mayor complejidad encierra la ubicación del mantenimiento de los servicios esenciales dentro de los requisitos procedimentales del ejercicio del derecho de huelga. Antes de plantear dicha ubicación parece pertinente conocer, siquiera sea sucintamente, en qué consiste ese procedimiento de ejercicio y cómo opera la limitación que el mismo provoca en el derecho de huelga.

El ejercicio del derecho de huelga, como el de otros derechos fundamentales, está sometido a un procedimiento necesario para la exteriorización de las facultades que integran su contenido, especialmente de las colectivas que presentan mayor complejidad<sup>22</sup>.

El procedimiento legalmente establecido por el DLRT, fundamentalmente en sus artículos 3, 4, 5, 6.7, 10.2 y 17.2 —convocatoria o declaración de huelga; comunicación formalizada y con un cierto plazo de preaviso; publicidad de la huelga en los servicios públicos; constitución de un órgano *ad hoc*: el comité de huelga; garantía de los servicios de seguridad y mantenimiento; mantenimiento de los servicios esenciales e imposibilidad de convocar la huelga cuando los trabajadores utilicen el procedimiento administrativo de conflicto colectivo de trabajo— fue convalidado, con no pocos retoques<sup>23</sup>, por la STC

---

<sup>21</sup> Una visión crítica de la repercusión de los estados excepcionales en el derecho de huelga en A. MARTÍN VALVERDE, «El derecho de ...», op. cit., p. 249 y J. GARCÍA BLASCO, *El derecho de ...*, op. cit., pp. 19-27.

<sup>22</sup> Vid. las precisiones que se establecen sobre el término procedimiento en A. MARTÍN VALVERDE, «La doctrina general ...», op. cit., p. 89, nota 9.

<sup>23</sup> En la STC 11/81 el alto tribunal español diseña unas garantías o cautelas específicas de los requisitos procedimentales del ejercicio del derecho de huelga, en los siguientes términos: «{...} es preciso que el procedimiento y los formalismos no sean arbitrarios, tengan por objeto, como más arriba se dijo, proteger otros bienes o intereses constitucionalmente protegidos y que no sean tan rígidos o difíciles de cumplir que en la práctica hagan imposible el ejercicio del derecho» (F. J. 15). El TC, por cierto, se limita a acoger la doctrina del CLS de la OIT sobre el particular. Vid., G. DIÉGUEZ CUERVO, «El derecho de ...», op. cit., pp. 38-39 y OIT, *La libertad sindical ...*, op. cit., párrafos 498 a 514, pp. 115-117.

Como consecuencia de la aplicación de las garantías diseñadas por el TC se declaran inconstitucionales algunas formalidades previstas en el DLRT: declaración individualizada en cada centro de trabajo; referéndum previo; asistencia del 75 % de los representantes de los trabajadores;

11/81, FF. JJ. 15, 16 y 23<sup>24</sup>. Especialmente importante es la conexión que el DLRT ha efectuado entre los trámites procedimentales y la licitud de la huelga, ya que a tenor del artículo 11.d): «la huelga es ilegal {...} cuando se produce contraviniendo lo dispuesto en el presente Real Decreto-Ley, o lo expresamente pactado en Convenio Colectivo para la solución de conflictos».

A diferencia de lo que sucede en Derecho comparado, la negociación colectiva en España juega en materia procedimental un papel secundario, habiéndose centrado, casi exclusivamente<sup>25</sup>, en el establecimiento de procedimientos de solución extrajudicial de conflictos de obligado recurso antes de la declaración de huelga. Procedimientos instaurados en convenios colectivos y más recientemente en acuerdos interconfederales sobre materias concretas: uno de ámbito estatal —ASEC— y multitud de ámbito autonómico<sup>26</sup>.

Los requisitos procedimentales están siendo también aplicados a los funcionarios públicos<sup>27</sup>, y ello a pesar de que el DLRT no les resulte de aplicación —art. 1, en

---

propuesta de huelga por parte del 25 % de la plantilla y fijación empresarial unilateral de los servicios de seguridad y mantenimiento (STC 11/81, FF. JJ. 15 y 16 y apartado 2º a) del fallo). Un breve comentario de estas cuestiones, en V. MARTÍNEZ ABASCAL, F. PÉREZ AMORÓS y E. ROJO TORRECILLA, «Los límites del derecho de huelga de la Constitución española», en *Revista Técnico Laboral*, pp. 48-49 y A. MARTÍN VALVERDE, «La doctrina general ...», op. cit., pp. 107 ss.

<sup>24</sup> Cfr., J. MATÍA PRIM y otros, *Huelga, cierre patronal ...*, op. cit., pp. 93 ss.; M. C. PALOMEQUE LÓPEZ y M. ÁLVAREZ DE LA ROSA, *Derecho del Trabajo*, op. cit., pp. 566 ss.; A. OJEDA AVILÉS, *Derecho Sindical*, op. cit., pp. 511 ss.; e I. ALBIOL MONTESINOS y T. SALA FRANCO, *Derecho Sindical*, Tirant lo blanch, Valencia, 1996, pp. 476 ss.

El frustrado PLOH se ocupaba de esta cuestión fundamentalmente en el artículo 6. Vid., S. GONZÁLEZ ORTEGA, «Las formalidades del ejercicio del derecho de huelga», en AA.VV., *Ley de huelga*, ISE, Madrid, 1993, pp. 33 ss.

<sup>25</sup> Excepcionalmente, el convenio colectivo de la empresa “Autopista concesionaria astur-leonesa, S.A.” —suscrito el 26 de enero de 1998 y publicado en el BOE 27-5-98— introduce en su artículo 40, entre otras cuestiones que aquí no interesan, un plazo de preaviso de 15 días en consideración del carácter público del servicio prestado por la empresa —no se alude a su posible carácter esencial—.

<sup>26</sup> Sobre estos acuerdos, véase, J. HERNÁNDEZ VIGUERAS, *La solución de ...*, op. cit.; E. GONZÁLEZ BIEDMA, «Los procedimientos de solución extrajudicial de conflictos colectivos de trabajo en las Comunidades Autónomas», en *REDT*, 1994, núm. 65, pp. 403-466; S. TORRENTE GARI, *El ejercicio del ...*, op. cit., pp. 415 ss.; F. PEDRAJAS PÉREZ (dir.), *Solución de conflictos laborales: negociación directa y solución extrajudicial*, Univ. de Almería, Almería, 1996; T. SALA FRANCO y C. L. ALFONSO MELLADO, *Los procedimientos extrajudiciales de solución de los conflictos laborales establecidos en la negociación colectiva*, Tirant lo blanch, Valencia, 1996; A. ODRIOZOLA LANDERAS, «El acuerdo sobre ...», op. cit., pp. 663-676; J. GARCÍA ROCA, «Estado social y marcos autonómicos para la solución extrajudicial de conflictos laborales», en *Revista de Estudios Políticos*, 1996, núm. 94, pp. 7-46; *Suplemento especial sobre ...*, op. cit.; C. PIQUERAS PIQUERAS, *El acuerdo sobre ...*, op. cit.; y F. VALDÉS DAL-RE, «El ASEC: apuntes ...», op. cit., pp. 1-10.

<sup>27</sup> El problema actual de los funcionarios públicos no es la privación de su derecho a la huelga, sino la incertidumbre, en estado larvario, en torno al carácter fundamental u ordinario del mismo, con las importantes consecuencias que de una u otra opción se pudieran derivar. La incertidumbre deriva del término «trabajadores» empleado en el artículo 28.2 CE y, sobre todo, de la falta de pronunciamiento del TC, pese a haber tenido varias ocasiones para ello: SSTC 11/81; 90/84; 99/87 y ATC 332/90. En todo

relación con el 1.3.a) ET—. Por analogía o como marco de referencia el DLRT está siendo aplicado al ejercicio del derecho de huelga por parte de los funcionarios públicos, sin más que introducir alguna mínima peculiaridad<sup>28</sup>. Lo mismo puede decirse del personal civil dependiente de establecimientos militares<sup>29</sup>.

---

caso, no puede pasarse por alto la mayor entidad, cuantitativa y cualitativa, de la posición doctrinal favorable a la inclusión de los funcionarios en el ámbito subjetivo protegido por el artículo 28.2, que aquí se comparte plenamente. La lista de autores que han abordado esta polémica y de los argumentos utilizados es innumerable, remitiendo su sistematización a J. J. DÍEZ SÁNCHEZ, *El derecho de ...*, op. cit., pp. 57-68; S. TORRENTE GARI, *El ejercicio del ...*, op. cit., pp. 100 ss.; y R. GONZÁLEZ DE LA ALEJA, *La titularidad del ...*, op. cit., pp. 185 ss.

Entre otros, se muestran favorables al reconocimiento constitucional de la huelga de funcionarios, A. MARTÍN VALVERDE, «El derecho de ...», op. cit., pp. 229-231; F. DURÁN LÓPEZ, «El ejercicio del derecho de huelga en la función pública», en *Temas Laborales*, 1986, núm. 9, pp. 9 ss.; L. ORTEGA, *Los derechos sindicales ...*, op. cit., pp. 172 ss.; F. VALDÉS DAL-RÉ, en J. Matía Prim y otros, *Huelga, cierre patronal ...*, op. cit., pp. 68 ss.; J. J. DÍEZ SÁNCHEZ, *El derecho de...*, op. cit., pp. 67 ss.; J. L. MONEREO PÉREZ, «Límites subjetivos del derecho de huelga: algunas reflexiones críticas», en *RL*, 1993 II, pp. 91 ss.; S. TORRENTE GARI, *El ejercicio del ...*, op. cit., pp. 111 ss.; M. C. PALOMEQUE LÓPEZ y M. ÁLVAREZ DE LA ROSA, *Derecho del Trabajo*, op. cit., pp. 560 ss.; A. OJEDA AVILÉS, *Derecho Sindical*, op. cit., pp. 464 ss.; A. BAYLOS GRAU, *Derecho de huelga y ...*, op. cit., p. 71; y R. GONZÁLEZ DE LA ALEJA, *la titularidad del ...*, op. cit., pp. 217 ss.

En contra, M. ALONSO OLEA y M. E. CASAS BAAMONDE, *Derecho del Trabajo*, op. cit., pp. 1024 ss.; A. MONTOYA MELGAR, *Derecho del Trabajo*, op. cit., p. 721; A. EMBID IRUJO, «La problemática actual ...» op. cit., p. 602; y S. DEL REY GUANTER, «Libertad sindical y funcionarios públicos», en AA.VV., *Comentarios a la Ley de libertad sindical*, Tecnos, Madrid, 1986, pp. 98 ss.

Una tercera vía, que anuda el derecho de huelga de los funcionarios públicos a la libertad sindical del art. 28.1 CE, en A. MARTÍN VALVERDE, «Los límites del derecho de huelga en la Administración pública», en *REDC*, 1986, núm. 8, pp. 37-38.

En cuanto a la jurisprudencia del TS (contencioso-administrativo), hay que señalar que mientras la sentencia de 12-1-84, Ar. 250, señalaba el carácter legal de la huelga de funcionarios públicos, la sentencia posterior de 10-5-86, Ar. 2362, la incluía en el artículo 28.2 CE. Vid., también, la STS (3ª), 26-9-96, Ar. 7606.

Finalmente, las referencias normativas existentes —a nivel estatal y autonómico— en esta materia no sirven para aclarar el carácter legal o constitucional del derecho. El frustrado PLOH —art. 2.2— consideraba trabajadores a los efectos de la Ley también a los funcionarios públicos y al personal estatutario, lo que no impedía a M. ALONSO OLEA, «Sobre el caducado Proyecto de Ley de Huelga», en *REDT*, 1993, núm. 59, pp. 341-343, seguir manteniendo que los funcionarios no son titulares del derecho fundamental de huelga, sino de un derecho ordinario.

<sup>28</sup> En este sentido, J. J. DÍEZ SÁNCHEZ, *El derecho de ...*, op. cit., pp. 85 ss., quien además recoge el debate doctrinal al respecto y la jurisprudencia del TS. Una sentencia posterior que continúa aplicando analógicamente el DLRT a los funcionarios es la STS (3ª) 7-11-97, Ar. 9498, F. J. 3. El citado autor alude a dos peculiaridades: en primer lugar, una única comunicación a la Administración competente; en segundo lugar, incompetencia para la declaración de huelga de los representantes unitarios, a tenor de la Ley 9/87.

<sup>29</sup> El personal civil dependiente de establecimientos militares ostenta la titularidad del derecho de huelga (STC 11/81, F. J. 25), sin que la disposición adicional 3ª de la LOLS, prohibiendo la actividad sindical en los establecimientos militares, altere la anterior conclusión. Sobre la problemática de este colectivo excluido del DLRT por la disposición adicional 1ª, véase, M. E. CASAS BAAMONDE, «El derecho de ...», op. cit., pp. 431 ss. y M. D. GARCÍA VALVERDE, *Personal civil no ...*, op. cit. Propone la aplicación a este grupo de trabajadores del DLRT, debidamente interpretado por el TC y por los tribunales ordinarios, A. BAYLOS GRAU, *Derecho de huelga y ...*, op. cit., p. 87.

La limitación que los requisitos procedimentales operan en el derecho de huelga no supone reducción alguna de sus ámbitos subjetivo, objetivo o modal y teleológico, sino más bien de su ámbito funcional<sup>30</sup>. Se trata de una manera de limitar el derecho de huelga cualitativamente distinta de la que deriva de los límites *stricto sensu*<sup>31</sup>.

Llegados a este punto puede afirmarse que el mantenimiento de los servicios esenciales es un requisito procedimental del ejercicio del derecho de huelga, una condición de ejercicio, límite funcional o límite procedimental, que de todas éstas y otras formas se le puede llamar.

La protección adecuada de los intereses esenciales de los usuarios perjudicados por el ejercicio del derecho de huelga, que el mantenimiento de los servicios esenciales supone, genera por sí misma en los sujetos colectivos de representación de los trabajadores huelguistas una obligación de colaboración activa en la citada protección<sup>32</sup>.

---

<sup>30</sup> La terminología utilizada por la doctrina para referirse a esta limitación del derecho de huelga no es coincidente. Así, algunos emplean el término límites procedimentales: MARTÍNEZ ABASCAL, PÉREZ AMORÓS y ROJO TORRECILLA., «Los límites del ...», op. cit., pp. 48-49 y L. M. CAMPS RUIZ, «La huelga como ...», op. cit., pp. 19 ss. Otros hablan, en cambio, de límites funcionales: J. MATÍA PRIM y otros, *Huelga, cierre patronal ...*, op. cit., pp. 93 ss. e I. ALBIOL MONTESINOS y T. SALA FRANCO, *Derecho Sindical*, op. cit., pp. 476 ss.

<sup>31</sup> Un excelente ejemplo de la existencia de distintas formas y grados de afectación del derecho de huelga lo aporta la reciente STC 37/98, que resuelve el recurso de amparo presentado por el Sindicato LAB contra las sentencias que habían confirmado la actuación de la Ertzaintza, consistente en la filmación continuada de un piquete que desarrollaba su actividad huelguística con absoluta normalidad. Entiende la sentencia: «Es verdad que la actuación policial no impidió ni imposibilitó por completo la actividad del piquete. Así lo afirman los órganos judiciales y así lo reconoce expresamente el Sindicato demandante. Pero lo que hay que dilucidar es, en primer lugar, si la filmación restringió o limitó, aunque fuese levemente, el ejercicio de los derechos fundamentales alegados, singularmente, del derecho de huelga {...}» (F. J. 5). Esta intervención policial cabe considerarla como un requisito procedimental o condición de ejercicio del derecho de huelga; en el caso de la sentencia aludida el carácter claramente desproporcionado de la intervención determina la vulneración del contenido constitucionalmente protegido por el citado derecho.

Por cierto, la STC 37/98, FF. JJ. 7 y 8, no aplica las garantías que la STC 11/81, F. J. 15 había diseñado específicamente para los requisitos procedimentales, sino las garantías propias de los límites *stricto sensu*, singularmente el principio de justificación constitucional y el principio de proporcionalidad. Vid., a este respecto, el comentario de J. RIVERO LAMAS, «Principio de proporcionalidad y derechos fundamentales( Sobre la inconstitucionalidad de la filmación de los piquetes en una huelga», en *REDT*, 1999, núm. 98, pp. 925-938.

<sup>32</sup> También en Italia se alude a la obligación de colaboración activa que se deduce del artículo 2.3 de la ley 146/90 y exigible a los sujetos colectivos de representación de los trabajadores que proclamen la huelga o se adhieran a la misma. De este mismo precepto se deriva la obligación de negociación, distinta de la anterior de colaboración. Por todos, véase, T. TREU, «Le prestazioni indispensabili», op. cit., p. 52.

En España existe una obligación parecida, aunque no idéntica, a cargo del comité de huelga en relación con los servicios de seguridad y mantenimiento en la empresa —art. 6.7 DLRT—. Sobre la compleja interpretación del contenido de esta obligación de garantía, véase, por todos, E. GONZÁLEZ



Colaboración activa en relación, por ejemplo, con la necesidad de recurrir o no a alguna medida garantizadora, y, en caso afirmativo, con el mejor cumplimiento de la medida adoptada<sup>33</sup>. Esa colaboración activa condiciona el ejercicio del derecho de huelga por parte de los convocantes de la huelga y del comité de huelga; condiciona, en realidad, el ejercicio de las facultades colectivas —convocatoria, elección de la modalidad, desarrollo, etc.—.

Adviértase que se está considerando la incidencia que por sí mismo tiene en el derecho de huelga el concepto de mantenimiento de los servicios esenciales. Posteriormente se verá la incidencia que en dicho derecho tienen determinadas medidas garantizadoras del mantenimiento, como el preaviso ampliado o los servicios mínimos.

La consideración *per se* del mantenimiento de los servicios esenciales como requisito procedimental del ejercicio del derecho de huelga despliega importantes consecuencias jurídicas. Así, por ejemplo, justifica la ilicitud de las huelgas —art. 11.d) DLRT— con incumplimiento masivo de los servicios mínimos provocado por la presión de los sujetos colectivos de representación de los trabajadores; justifica, igualmente, la responsabilidad extracontractual de esos mismos sujetos colectivos. La ilicitud de la huelga y la responsabilidad civil no derivarían directamente del incumplimiento de los servicios mínimos sino de la transgresión de la obligación de colaboración, o sea, de la inobservancia de un requisito procedimental o límite funcional. En su momento se volverá a insistir sobre este tema y se comprenderá más fácilmente<sup>34</sup>.

Ni qué decir tiene que el mantenimiento de los servicios esenciales como requisito procedimental o límite funcional deriva directamente de la propia previsión constitucional del artículo 28.2, teniendo el artículo 10.2 DLRT mero carácter declarativo, lo que elimina de un plumazo cualesquiera problemas de admisibilidad constitucional.

---

BIEDMA, *Derecho de huelga ...*, op. cit., pp. 124 ss., para quien dicha obligación tiene un contenido activo y otro pasivo, aunque en ningún caso pueda hablarse de una verdadera obligación de resultado, y de su incumplimiento no se deriva necesariamente la ilicitud de la huelga.

<sup>33</sup> No se comparte, en este sentido, el criterio de la STSJ Canarias/Las Palmas, sala de lo social, de 14 de julio de 1998, As. 3529, para la que la obligación del comité de huelga en relación con los servicios mínimos del 10.2 DLRT no va más allá de facilitar información a los trabajadores designados para curbrirlos.

<sup>34</sup> Vid., *infra*, capítulo cuarto, apartado D, epígrafe 2.a.1.

Finalmente, algunas de las técnicas jurídicas con las que se pretende tradicionalmente asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales, como el preaviso ampliado o la publicidad dirigida a los usuarios, también deben considerarse requisitos procedimentales o límites funcionales, en atención al modo de afectar el ejercicio del derecho de huelga<sup>35</sup>.

### **1. c. El mantenimiento de los servicios esenciales como límite *stricto sensu* subjetivo: los servicios mínimos como habitual técnica garantizadora del mantenimiento**

Aunque para garantizar el mantenimiento de los servicios esenciales teóricamente no sea necesario acudir siempre a la técnica de los servicios mínimos, en la práctica se recurre invariablemente a la misma. Y la técnica de los servicios mínimos supone una limitación *stricto sensu* del derecho de huelga. La previsión constitucional de mantenimiento de los servicios esenciales viene siendo interpretada invariablemente de la misma manera, como una limitación *stricto sensu* del derecho de huelga, cuando del precepto constitucional no se desprende necesariamente y en todo caso una limitación de este tipo<sup>36</sup>.

Es la técnica de los servicios mínimos, como garantía habitual del mantenimiento de los servicios esenciales, la que limita el ejercicio del derecho de huelga. Limitación que, a diferencia de lo que sucede con los requisitos procedimentales, supone una verdadera reducción del contenido del derecho y no una mera obstaculización de su ejercicio. Teniendo en cuenta que los servicios mínimos disminuyen el número potencial de huelguistas, impiden que los trabajadores designados para cubrirlos ejerzan válidamente la facultad individual de adherirse a la huelga convocada, puede decirse que el ámbito del derecho de huelga limitado es el subjetivo. Los servicios mínimos son un límite subjetivo

---

<sup>35</sup> Así lo entiende, por lo que al Derecho italiano se refiere, F. SANTONI, *Lo sciopero*, op. cit., p. 136, que habla de límites procedimentales.

<sup>36</sup> Ya las primeras interpretaciones del artículo 28.2 CE sostenían que no tenía por qué traducirse invariablemente en una limitación del derecho de huelga. Así, A. MARTÍN VALVERDE, «Regulación de la ...», op. cit., pp. 202-203; L. E. DE LA VILLA, «Algunas reflexiones para ...» op. cit., p. 103; y J. M. RAMÍREZ MARTÍNEZ, «Huelga y cierre patronal ...», op. cit., pp. 444 ss.

del derecho de huelga, al igual que los servicios de seguridad y mantenimiento *ex* artículo 6.7 DLRT, las cláusulas de paz sindical absoluta del artículo 8.1 DLRT, el arbitraje obligatorio *ex* artículo 10.1 DLRT, y, en otro sentido, las exclusiones de la titularidad del derecho para ciertos cuerpos de funcionarios: ejército, fuerzas y cuerpos de seguridad y carreras judicial y fiscal<sup>37</sup>.

La técnica de los servicios mínimos limita subjetivamente el derecho de huelga, reduce el número de trabajadores que pueden ejercer la facultad individual de adherirse a una huelga, dejando al margen los ámbitos objetivo y teleológico del derecho de huelga: a través de los servicios mínimos no se limita la posibilidad de acudir a una determinada modalidad de huelga, como tampoco los objetivos a perseguir. Se trata de ámbitos ajenos a la técnica de los servicios mínimos<sup>38</sup>.

---

<sup>37</sup> Los límites subjetivos reciben este nombre porque afectan al ámbito subjetivo del derecho de huelga, bien en base a criterios subjetivos, como sucede con ciertos colectivos de funcionarios públicos —ejército, fuerzas de seguridad y carreras judicial y fiscal—, bien amparados en criterios objetivos o funcionales, como los servicios de seguridad y mantenimiento *ex* art. 6.7 DLRT, las cláusulas de paz sindical absoluta del art. 8.1 DLRT y el arbitraje obligatorio *ex* art. 10.1 DLRT, además lógicamente de los servicios mínimos.

<sup>38</sup> Los límites objetivos o modales afectan al ámbito objetivo del derecho de huelga o, lo que es lo mismo, a la manera cómo la huelga puede ejercerse, pudiendo mencionar todas aquellas modalidades que no impliquen cesación del trabajo y las que conlleven ocupación de locales, según establece el art. 7.1 DLRT, con las importantes matizaciones introducidas por la STC 11/81, FF. JJ. 10 y 17, así como aquellas que puedan ser consideradas abusivas.

Los límites teleológicos afectan al ámbito del mismo nombre del derecho de huelga, es decir, a los intereses que pueden perseguirse mediante este instrumento de autotutela colectiva, siendo concretamente las huelgas políticas puras —art. 11.a) DLRT, interpretado restrictivamente por la jurisprudencia ordinaria y por la STC 36/93, F. J. 3, en el sentido de admitir las huelgas político-económicas— y las huelgas novatorias —art. 11.c) DLRT, con las importantes precisiones efectuadas por la SSTC 11/81, F. J. 14 y 38/90, F. J. 3—; no, en cambio, las huelgas de solidaridad, cuya prohibición tras la STC 11/81, F.J. 21, ha quedado reducida a supuestos de laboratorio.

Se es plenamente consciente de que la terminología utilizada para referirse a los tres tipos de límites *stricto sensu* del derecho de huelga —límites subjetivos, objetivos y teleológicos— no es nada pacífica, y que la doctrina laboralista suele ocuparse de los mismos de forma en general asistemática. En efecto, la doctrina laboralista suele adjetivar los límites del derecho de huelga atendiendo al ámbito del derecho afectado, si bien la terminología utilizada no es pacífica. Buena prueba de las discrepancias terminológicas puede encontrarse en L. M. CAMPS RUIZ, «La huelga como ...», *op. cit.* y MARTÍNEZ ABASCAL, PÉREZ AMORÓS y ROJO TORRECILLA, «Los límites del ...», *op. cit.*, así como en los numerosos manuales al uso.

Todos esos límites pueden consultarse en las obras anteriormente citadas y también en las siguientes: J. L. MONEREO PÉREZ, «Límites subjetivos del ...», *op. cit.*; E. GONZÁLEZ BIEDMA, *Derecho de huelga ...*, *op. cit.*; M. RAMOS QUINTANA, *El deber de paz laboral (Su regulación en la Ley y en el convenio colectivos)*, Civitas, Madrid, 1993; F. DURÁN LÓPEZ, «El régimen legal ...», *op. cit.*, pp. 49-72; J. MATÍA PRIM, *El abuso del ...*, *op. cit.*; I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, *La huelga con ...*, *op. cit.*; M. E. CASAS BAAMONDE, «Las huelgas atípicas en el ordenamiento español(o huelgas marginales del tipo de derecho constitucional y legal, de huelga), en *REDT*. 1985, núm. 24, pp. 509 ss.; J. L. MONEREO PÉREZ, «La constitucionalidad de ...», *op. cit.*, pp. 221-240; A.

Adviértase que cuando el mantenimiento de los servicios esenciales se traduce en la imposición de servicios mínimos, que es lo habitual, el derecho fundamental de huelga resulta doblemente limitado: por un lado, la limitación que el mantenimiento de los servicios por sí mismo supone, que como se sabe constituye un requisito procedimental; por otro lado, la limitación *stricto sensu* subjetiva que deriva de la imposición de servicios mínimos. La limitación procedimental despliega sus efectos fundamentalmente en la dimensión colectiva del derecho de huelga y la limitación subjetiva en el plano individual<sup>39</sup>.

La recién apuntada convivencia de distintos tipos de límites, que no es exclusiva del Derecho español<sup>40</sup>, seguramente sea la causa de la confusión doctrinal a la hora de encuadrar el mantenimiento de los servicios esenciales en la teoría de los límites del derecho fundamental de huelga<sup>41</sup>.

---

L. MARTÍN SERRANO, «La huelga de solidaridad», op. cit., pp. 221-255; y A. CEINOS SUÁREZ, *La jurisprudencia del ...*, op. cit.

El frustrado PLOH contenía importantes novedades en esta materia, sin que sea éste el lugar idóneo para traerlas a colación.

<sup>39</sup> Este misma dualidad limitadora se produce en el caso de los servicios de seguridad y mantenimiento *ex art. 6.7 DLRT*, según E. GONZÁLEZ BIEDMA, *Derecho de huelga ...*, op. cit., pp. 15-16.

<sup>40</sup> La Ley italiana 146/90 establece tanto límites procedimentales como límites sustantivos al derecho de huelga. Téngase en cuenta que dicha Ley establece distintos tipos de obligaciones, a cargo de los trabajadores individuales, de los sujetos colectivos de representación de los trabajadores y también de las empresas o administraciones prestatarias de los servicios. Vid., G. GIUGNI, *Diritto Sindicale*, op. cit., p. 260 y F. SANTONI, *Lo sciopero*, op. cit., pp. 134 ss.

También E. ALES, *Lo sciopero nei ...*, op. cit., pp. 157-158, desde el punto de vista del Derecho comparado, distingue en materia de huelga en los servicios esenciales entre límites procedimentales y límites materiales, siendo los primeros funcionales a los segundos.

<sup>41</sup> J. MATÍA PRIM y otros, *Huelga, cierre patronal ...*, op. cit., pp. 136 ss., encuadran el mantenimiento de los servicios esenciales dentro del ámbito funcional del derecho de huelga, siguiendo la distribución del escrito complementario de la recurrente contra el DLRT —STC 11/81— que lo incluye dentro de la regulación del ejercicio del derecho, concretamente dentro del desarrollo, lo cual es absolutamente coherente si se tiene en cuenta que no se prejuzga ningún concreto tipo de medida garantizadora. Dentro de los límites funcionales, entendidos como condiciones de desarrollo del derecho, lo encuadra también L. M. CAMPS RUIZ, «La huelga como...», op. cit., pp. 21 ss. Por su parte, M. ALONSO OLEA y M. E. CASAS BAAMONDE, *Derecho del Trabajo*, op. cit., pp. 1037 ss., dentro del desarrollo de la huelga y M. C. PALOMEQUE LÓPEZ y M. ÁLVAREZ DE LA ROSA, *Derecho del Trabajo*, op. cit., p. 569, dentro del ejercicio del derecho de huelga.

En cambio, la Abogacía del Estado, en el recurso contra el DLRT, siguiendo el escrito inicial de la recurrente, incluye el mantenimiento de los servicios esenciales dentro del capítulo dedicado a los sujetos, como si de un límite subjetivo se tratara. Tempranamente, y desde el punto de vista del Derecho comparado, incluyeron el mantenimiento de los servicios esenciales entre los límites subjetivos, AA.VV., *Derecho de huelga*, op. cit., pp. 38 ss., utilizando el término límites personales.

Prescinden de cualquier integración sistemática, A. OJEDA AVILÉS, *Derecho Sindical*, op. cit., pp. 480 ss.; I. ALBIOL MONTESINOS y T. SALA FRANCO, *Derecho Sindical*, op. cit., pp. 496 ss.; y J. GARCÍA BLASCO, *El derecho de ...*, op. cit., pp. 87 ss

## 1. d. El mantenimiento de los servicios esenciales como límite inmanente expreso

Hasta ahora se ha visto cómo el mantenimiento de los servicios esenciales limita el derecho de huelga, a saber, como un requisito procedimental, en todo caso, y como un límite *stricto sensu* subjetivo, cuando se recurre a la técnica de los servicios mínimos, cosa que sucede con más frecuencia de la deseable. Lo que a continuación procede es enfocar esta específica limitación del derecho fundamental de huelga desde la perspectiva de su fundamento constitucional<sup>42</sup>.

Desde esa perspectiva, que no suele ser objeto de atención por parte de los laboristas, se encuadra unánimemente el mantenimiento de los servicios esenciales en la categoría de los límites expresos de los derechos fundamentales, en este caso del derecho de huelga, por la sencilla razón de que se encuentra expresamente recogido en el artículo 28.2 CE<sup>43</sup>.

Los límites expresos de los derechos fundamentales, como su propio nombre indica, se encuentran expresamente establecidos en la norma constitucional que reconoce el derecho fundamental al que limitan<sup>44</sup>. En realidad, dentro de lo que habitualmente se

---

Lo que, en todo caso, resulta rechazable es la inclusión más ideológica que jurídica que G. DIÉGUEZ CUERVO, «Ampliaciones del derecho de huelga en el Proyecto», en *El derecho de huelga. Seminario Hispano-Alemán en honor de los Profesores Manuel Alonso Olea y Franz Gamillscheg*, edición preparada por A. Montoya Melgar, RFDUCM, 1993, núm. monográfico 17, p. 62, efectúa de la huelga en los servicios esenciales dentro de las huelgas subversivas, como tipo de huelga política que debiera prohibirse.

<sup>42</sup> Sobre las distintas perspectivas desde las que pueden estudiarse los límites de los derechos fundamentales, véase, G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Curso de Derechos ...*, op. cit., p. 590 y R. DE ASÍS ROIG, «Sobre los límites ...», op. cit.

<sup>43</sup> Entre otros muchos, M. C. PALOMEQUE LÓPEZ, «Sobre la competencia para acordar las medidas de mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad en caso de huelga», en *DL*, 1982, núm. 4, p. 24; A. BAYLOS GRAU, *Derecho de huelga y ...*, op. cit., p. 25; S. TORRENTE GARI, *El ejercicio del ...*, op. cit., pp. 25-26; J. GÁRATE CASTRO, «Derecho de huelga ...», op. cit., p. 5; M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, «La huelga en ...», op. cit., p. 127;

También el TC entiende que se está ante un límite expreso. Así, SSTC 51/86, F. J. 2 y 53/86, FF. JJ. 2 y 3.

<sup>44</sup> La doctrina ha aludido a estos límites utilizando distintos términos y, a veces, diverso alcance. Cfr., R. L. SORIANO DÍAZ, «Las limitaciones al ...», op. cit., pp. 205 ss; I. DE OTTO, «La regulación del ...», op. cit., pp. 107 ss.; G. ROLLA, «Il sistema costituzionale ...», op. cit., pp. 165 ss.; L. LÓPEZ GUERRA y otros, *Derecho Constitucional*, op. cit., pp. 128 ss.; F. FERNÁNDEZ SEGADO, «La teoría jurídica ...», op. cit., pp. 237 ss.; L. AGUIAR DE LUQUE, «Los límites de ...», op. cit., pp. 16 ss.; J. JIMÉNEZ CAMPO, «El legislador de ...», op. cit., pp. 483 ss.; y G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Curso de Derechos ...*, op. cit., pp. 600 ss.

denominan límites expresos hay que distinguir distintas categorías. Así, algunos límites expresos son simplemente elementos ajenos al contenido protegido por determinados derechos fundamentales: el caso del flagrante delito del artículo 18.2 CE; la reunión pacífica y sin armas del 21.1 CE; la exclusión de las asociaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito del artículo 22.2 CE y las secretas y las de carácter militar del 22.5 CE; etc. Otros límites expresos son reservas de configuración legal de determinados derechos: los derechos de los extranjeros del artículo 13.1 CE; el acceso a funciones y cargos públicos del 23.2 CE; la autonomía universitaria del 27.10 CE; la objeción de conciencia del artículo 30.2 CE; etc. Otro grupo de límites expresos es el de las autorizaciones para suprimir un derecho o para establecer peculiaridades de ejercicio: la libertad sindical de las fuerzas e institutos armados sometidos a disciplina militar del artículo 28.1 CE; y la libertad de los funcionarios en general, también del artículo 28.1 CE. El último grupo de límites expresos es el de las reservas específicas de limitación legal de algunos derechos fundamentales.

Lo anterior viene a poner de manifiesto que los límites expresos no son otra cosa que un expresivo recurso pedagógico que en realidad engloba distintas categorías, lo que obliga a replantear la ubicación del mantenimiento de los servicios esenciales dentro de los límites expresos. Replanteamiento que conduce a la inclusión dentro de las reservas específicas de limitación legal<sup>45</sup>. También hay que incluir en esta última categoría la previsión del artículo 37.2 CE.

La primera cuestión que surge en torno a las reservas específicas de limitación legal, entre las que se encuentra el mantenimiento de los servicios esenciales, es si el legislador a la hora de hacer uso de la habilitación puede acudir sólo a la limitación derivada de la colisión con otros derechos fundamentales y bienes constitucionalmente protegidos o si

---

Para M. MEDINA GUERRERO, *La vinculación negativa ...*, op. cit., pp. 13 ss. y 75 ss., dentro de los límites expresos algunos son verdaderos límites y otros, en cambio, elementos de la definición del derecho, de su delimitación conceptual.

Menor importancia tiene la distinción que algunos autores —ROLLA, LÓPEZ GUERRA y otros y AGUIAR DE LUQUE— efectúan entre límites expresos generales —art. 10.1 CE— y límites expresos concretos de cada derecho.

<sup>45</sup> Incluyen el mantenimiento de los servicios esenciales dentro de las reservas de limitación, L. AGUIAR DE LUQUE, «Los límites del ...», op. cit., pp. 19, nota 13 y M. MEDINA GUERRERO, *La vinculación negativa ...*, op. cit., pp. 77 ss. En cambio, J. JIMÉNEZ CAMPO, «El legislador de ...», op.

también puede recurrir a otro tipo de bienes jurídicos no constitucionales pero igualmente merecedores de tutela. De forma convincente se ha contestado diciendo que los derechos fundamentales, y el derecho de huelga lo es, encuentran sus límites exclusivamente en la Constitución<sup>46</sup>. Afirmación válida tanto para los límites concretados al amparo de la reserva genérica del artículo 53.1 CE como a los dictados al amparo de las reservas específicas de limitación<sup>47</sup>.

Lo anterior equivale a situar las reservas específicas de limitación, entre ellas la del artículo 28.2 CE, en la categoría de los límites inmanentes<sup>48</sup>. Los límites inmanentes son los que todo derecho, fundamental o no, tiene como consecuencia de su colisión con derechos, bienes y valores constitucionales<sup>49</sup>. Lo normal es que los límites inmanentes de

---

cit. pp. 482-483, entiende que se trata de un elemento de la definición mediata del contenido del derecho de huelga.

<sup>46</sup> Admiten únicamente los límites inmanentes, esto es, los procedentes de la protección de bienes de reconocimiento constitucional, entre otros. F. VELASCO CABALLERO, en M. Bacigalupo Saggese y F. Velasco Caballero, «Límites inmanentes de ...», pp. 125 ss. y M. MEDINA GUERRERO, *La vinculación negativa ...*, op. cit., pp. 70 ss. En Alemania, por todos, P. HÄBERLE, *Le libertà fondamentali ...*, op. cit., pp. 79 ss.

En cuanto a los laboristas, y en relación con el derecho de huelga, sólo admite los límites procedentes de la Constitución, J. MATÍA PRIM, *El abuso del ...*, op. cit., pp. 177-179. Tempranamente, F. VALDÉS DAL-RÉ, «Límites al derecho ...», op. cit., pp. 612-614, entendía que el modelo dinámico o polivalente de derecho de huelga sólo admite límites externos, que bien pudieran ser todos inmanentes.

<sup>47</sup> Sostiene esta opinión M. MEDINA GUERRERO, *La vinculación negativa ...*, op. cit., pp. 70 ss., para quien las reservas específicas complementan a la reserva genérica, señalando expresamente unas concretas vías, de las muchas posibles, por las que el legislador debe necesariamente avanzar al regular los límites del derecho fundamental de que se trate. En cambio, para M. BACIGALUPO SAGGESE, en M. Bacigalupo Saggese y F. Velasco Caballero, «Límites inmanentes de ...» op. cit., p. 123, las reservas específicas de limitación no tienen por qué prescindir de bienes jurídicos no constitucionales pero merecedores de tutela.

<sup>48</sup> Los límites inmanentes de los derechos fundamentales surgieron a principios de la década de los cincuenta como una construcción del TC alemán, habiendo triunfado tanto en la doctrina española como en la jurisprudencia del TC. Sobre los límites inmanentes en el Derecho Alemán y sobre otras cuestiones importantes de la dogmática alemana de los límites de los derechos fundamentales, vid., M. BACIGALUPO SAGGESE, «La aplicación de la doctrina de los límites inmanentes a los derechos fundamentales sometidos a reserva de limitación legal», en *REDC*, 1993, núm. 38, pp. 297 ss.; P. HÄBERLE, *Le libertà fondamentali ...*, op. cit., pp. 79 ss.; y M. MEDINA GUERRERO, *La vinculación negativa ...*, op. cit., pp. 46 ss.

<sup>49</sup> La inmensa mayoría de autores admiten la categoría de los límites inmanentes, aunque utilicen términos diferentes y aunque el alcance no siempre sea el mismo. Cfr., R. L. SORIANO DÍAZ, «Las limitaciones al ...», op. cit., pp. 200 ss.; L. PRIETO SANCHÍS, *Estudios sobre derechos ...*, op. cit., pp. 153 ss.; G. ROLLA, «Il sistema costituzionale ...», op. cit., pp. 165 ss.; L. LÓPEZ GUERRA y otros, *Derecho Constitucional*, op. cit., pp. 118 ss.; F. FERNÁNDEZ SEGADO, «La teoría jurídica ...», op. cit., pp. 235 ss.; L. AGUIAR DE LUQUE, «Los límites de ...», op. cit., pp. 20 ss.; J. JIMÉNEZ CAMPO, «El legislador de ...», op. cit., pp. 481 ss.; G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Curso de Derechos ...*, op. cit., pp. 590 ss. El principal rechazo de la categoría de los límites inmanentes procede de I. DE OTTO, «La regulación del ...», op. cit. y R. SÁNCHEZ FÉRRIZ, *Estudio sobre las ...*, op. cit.

los derechos fundamentales sean implícitos y se expliciten a través de la reserva genérica de limitación del artículo 53.1 CE<sup>50</sup>. Excepcionalmente, algunos límites inmanentes pueden estar expresamente recogidos junto al derecho fundamental al que limitan: es el caso del mantenimiento de los servicios esenciales.

Prueba inequívoca de que el mantenimiento de los servicios esenciales es un límite inmanente del derecho fundamental de huelga es que la definición de servicios esenciales efectuada por el TC utiliza como parámetro las categorías de derechos fundamentales y de bienes constitucionales, y no otras. Y también que la definición de mantenimiento efectuada por el TC insiste en la necesidad de componer equilibradamente los intereses constitucionales en conflicto, los de los huelguistas y los de los usuarios, y la composición de intereses a través de la ponderación de bienes es la manera habitual de articulación de los límites inmanentes de los derechos fundamentales<sup>51</sup>.

---

Por lo que a la jurisprudencia se refiere, especialmente significativa es la STC 11/81, cuando establece: «{...} la Constitución establece por sí misma los límites de los derechos fundamentales en algunas ocasiones {en otras} {...} el límite del derecho deriva de la Constitución sólo de manera mediata o indirecta, en cuanto que ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no sólo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionalmente protegidos» (F. J. 7). A esta sentencia siguen otras muchas en el mismo sentido: 2/82, F. J. 5, 196/87, F. J. 6; 76/95, F. J. 3; 176/95, F. J. 2, etc. Sobre las distintas fórmulas que el TC ha utilizado para referirse a estos límites, véase, M. MEDINA GUERRERO, *La vinculación negativa ...*, op. cit., pp. 72-73.

<sup>50</sup> Critica duramente la limitación general de los derechos fundamentales a partir del artículo 53.1 CE o, lo que es lo mismo, los límites inmanentes, I. DE OTTO, «La regulación del ...», op. cit., pp. 107 ss., A través del estudio de algunos de los casos enjuiciados por el alto tribunal —por ejemplo, el del Liceo Sorolla (STC 120/83)— llega a la conclusión de que se está utilizando una técnica compleja y equívoca y que los litigios podían y debían haberse resuelto mediante una interpretación sistemática y unitaria de la Constitución, que delimitara correctamente el contorno de cada derecho fundamental, es decir, que, al margen de los límites expresos —los establecidos constitutivamente por el legislador al amparo de una reserva específica de limitación, según él—, no hay problemas de limitación, sino de delimitación conceptual, llevada a cabo en dos fases: delimitación de la concreta realidad social acotada por la norma constitucional y delimitación del tratamiento jurídico-constitucional otorgado.

La tesis de De Otto ha ejercido una notable influencia, si bien ha sido objeto de sagaces críticas que la han tildado de excesivamente formalista y de aportar una utilidad más aparente que real. Vid. L. PRIETO SANCHÍS, *Estudios sobre derechos ...*, op. cit. pp. 155 ss. y L. AGUIAR DE LUQUE, «Los límites de ...», op. cit. pp. 22 ss. Por otra parte, hay que tener en cuenta que la tesis combatida deja en manos de los jueces y tribunales la conformación de los derechos fundamentales, en detrimento del legislativo, encubriendo bajo el manto de la apodíctica construcción técnico-jurídica lo que es fundamentalmente una acción política, desarrollada con escrupuloso respeto de determinadas garantías jurídicas, pero política al fin y al cabo. Esta última crítica es la preocupación que subyace en la monografía póstuma de J. MATÍA PRIM, *El abuso del ...*, op. cit., pp. 157 ss., cuando critica la tesis de De Otto, valiéndose de las lúcidas ideas de Böckenförde.

<sup>51</sup> La inclusión de la definición de servicios esenciales efectuada por el TC en el campo de los límites inmanentes ya ha sido tratada en el capítulo segundo, apartado C, epígrafe 2.d. Lo mismo puede decirse de la ponderación de bienes como técnica de articulación de los límites inmanentes.



Inmediatamente surge la siguiente interrogante: si, en todo caso, se está hablando de un límite inmanente qué valor añadido tiene su carácter expreso. En primer lugar, qué el artículo 28.2 CE utilice unos concretos términos, y no otros en los que pudiera pensarse —v. gr. servicios públicos, intereses genéricos de los usuarios, protección de la economía nacional, etc.—, facilita la consideración de la previsión constitucional del 28.2 como límite inmanente en lugar de como, por ejemplo, reserva de configuración legal, en cuyo caso sería mayor la capacidad de restricción del derecho fundamental de huelga. Al fin y al cabo los límites inmanentes se circunscriben a los derechos y bienes constitucionales, mientras las reservas de configuración legal permiten la introducción de cualesquiera bienes jurídicos, constitucionales o no.

En segundo lugar, la mención expresa del 28.2 señala una concreta vía, de las muchas posibles, que el legislador que se proponga regular el derecho de huelga tiene ineludiblemente que explorar, ocupándose de la protección de los intereses de relieve constitucional de los terceros usuarios perjudicados por el ejercicio del derecho de huelga, en coherencia con la creciente importancia que el fenómeno social de la huelga en los servicios esenciales ha adquirido. Ahora bien, lo anterior no significa otorgar a dichos intereses una mayor protección de la que les hubiera correspondido a través de la categoría de los límites inmanentes implícitos, es decir, en ausencia de previsión constitucional expresa<sup>52</sup>.

Otra cuestión polémica que se presenta en relación con las reservas específicas de limitación legal, como la del artículo 28.2 CE, tiene que ver con el carácter constitutivo o declarativo de la intervención del legislador, ligado a la operatividad mediata o inmediata de la previsión constitucional<sup>53</sup>. La doctrina discrepa sobre el particular<sup>54</sup>, si bien aquí se

---

<sup>52</sup> En parecido sentido, S. TORRENTE GARI, *El ejercicio del ...*, op. cit., p. 33.

Desde el punto de vista del Derecho comparado es el caso, por ejemplo, de Francia e Italia, donde la ausencia de previsión constitucional expresa no ha significado una menor protección de los intereses de los usuarios de los servicios esenciales.

Para R. NANIA, *Sciopero e sistema ...*, op. cit., p. 84, detrás de la Ley italiana 146/90, que como se sabe regula la huelga en los servicios esenciales, se encuentran los inmanentes vínculos constitucionales del derecho de huelga. También aluden a la categoría de los límites inmanentes, por lo que al Derecho portugués se refiere, J. J. CANOTILHO y J. LEITE, «Ser ou não ...», op. cit., pp. 26 ss.

<sup>53</sup> Previamente habría que decir que no alberga duda alguna la operatividad inmediata del derecho de huelga. En este sentido, por todos, A. OJEDA AVILÉS, *Derecho Sindical*, op. cit., p. 303. Aunque no estaría de más recordar que esta premisa no estaba nada clara en los primeros años de vida de la CE. Así, la STS (6<sup>a</sup>) 15-1-81, Ar. 199, cdo. 1, entendió que el derecho de huelga tenía una eficacia

apuesta decididamente por el carácter declarativo de la actuación legislativa, reconociendo, en consecuencia, operatividad inmediata a la previsión constitucional. Apuesta que no es sino la lógica consecuencia de la inclusión de las reservas específicas de limitación legal en la categoría de los límites inmanentes: el reconocimiento de éstos por parte del legislador tiene siempre carácter declarativo, pues constitutivamente se encuentran en la propia Constitución, ya sea implícitamente, que es lo más frecuente, ya expresamente, como sucede con el mantenimiento de los servicios esenciales. Lo que se acaba de decir justifica la tesis que en otro apartado anterior se sostuvo en relación con la inconstitucionalidad de una enumeración legislativa de servicios esenciales que tuviera carácter cerrado. En efecto, si la legislación en este punto tiene carácter declarativo cualquier lista de servicios esenciales debe ser necesariamente abierta<sup>55</sup>.

A este propósito, el resto de límites *stricto sensu* del derecho de huelga — subjetivos, objetivos y teleológicos— son límites inmanentes implícitos, esto es, límites que encuentran su fundamento, implícito en este caso, en la protección de bienes de relieve constitucional. En todo caso, no se confunden con el mantenimiento de los servicios esenciales, pues mientras con éste se protegen los intereses de los usuarios perjudicados por el ejercicio del derecho de huelga, con los demás límites inmanentes se atiende a la protección de los intereses de otros sujetos afectados por el ejercicio del derecho de huelga: los trabajadores no huelguistas, los empresarios, la entera sociedad, etc.

---

meramente programática. Posteriormente, la STS (3ª), 26-4-85, Ar. 1598, cdo. 1, también ha defendido el carácter programático del 28.2 CE. Por otra parte, las SSTS (3ª) 11-7-80, Ar. 2950; 24-9-80, Ar. 3248, condicionaban la efectividad del art. 28.2 CE a la vigencia del DLRT. Esta última posición mereció la crítica de E. ROJO TORRECILLA, «Valoración del derecho ...», op. cit., pp. 224-225.

<sup>54</sup> Algunos autores, como G. ROLLA, «Il sistema costituzionale ...», op. cit., pp. 164-165; G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Curso de Derechos ...*, op. cit., pp. 600 ss.; y M. MEDINA GUERRERO, *La vinculación negativa ...*, op. cit., pp. 75 ss, abogan por la aplicabilidad inmediata y, consecuentemente, por el carácter declarativo de la eventual intervención legislativa. Especial importancia tiene la opinión del segundo de los autores, para quien sólo en los supuestos de límites expresos contenidos en normas constitucionales de segundo grado, es decir, que mandan mandar, permiten mandar, prohíben mandar, permiten permitir, permiten prohibir o prohíben prohibir, según los casos, como en el artículo 28.1 CE, la actuación legislativa tendrá carácter constitutivo.

A favor del carácter constitutivo, L. AGUIAR DE LUQUE, «Los límites de ...», op. cit. pp. 19 ss, nota 13, aunque también recoge supuestos de límites expresos con operatividad inmediata (nota 10), añadiendo un extracto de la STC 77/85, F. J. 9, que se pronuncia sobre la citada operatividad inmediata, y M. BACIGALUPO SAGGESE, en M. Bacigalupo Saggese y F. Velasco Caballero, «Límites inmanentes de ...» op. cit., p. 123. Para I. DE OTTO, «La regulación del ...», op. cit. p. 141, sólo tiene sentido hablar de límites cuando la actuación del legislador, específicamente habilitado, tenga carácter constitutivo.

<sup>55</sup> Se remite a lo dicho a este propósito en el capítulo segundo, apartado C, epígrafe 4.b.

Para cerrar el cuadro de límites del derecho fundamental de huelga desde la perspectiva de su fundamento, a los ya mencionados, que son todos límites normativos o abstractos, hay que añadir los límites que sólo operan en atención a las circunstancias del caso concreto, singularmente el abuso del derecho de huelga<sup>56</sup>.

---

<sup>56</sup> Lo que caracteriza a estos límites no es que afecten al ejercicio de los derechos fundamentales, ya que también los límites normativos afectan al citado ejercicio, sino que operan necesariamente en el caso concreto, es decir, ante el ejercicio del derecho fundamental por parte de un concreto titular, mientras que los límites normativos operan ante la generalidad de los titulares. Vid., G. PECES BARBA MARTÍNEZ, *Curso de Derechos ...*, op. cit., pp. 605 ss.

El más importante de estos límites es el abuso de derecho, como se sabe incluido en el Título preliminar del Código Civil —art. 7—. El carácter infraconstitucional de la norma jurídica que acoge el abuso de derecho ha suscitado fuertes polémicas sobre su virtualidad limitadora de los derechos fundamentales. Rechazan el abuso del derecho como técnica limitativa de los derechos fundamentales, I. DE OTTO, «La regulación del ...», op. cit., p. 113, por razón de su rango formal ordinario; L. AGUIAR DE LUQUE, «Los límites de ...», op. cit., pp. 31 ss., por motivos materiales; y A. ROVIRA VIÑAS, *El abuso de los derechos fundamentales*, Península, Madrid, 1983, pp. 184 ss. A favor de la aplicación del abuso del derecho, en cambio, J. JIMÉNEZ CAMPO, «El legislador de ...», op. cit., p. 496, quien entiende: «{...} el alegato de hallarse en el ejercicio de un derecho fundamental no podrá eximir de la acomodación de las conductas realizadas en el ámbito de una relación jurídico-privada a las reglas ordenadoras, con carácter general, de estas relaciones (buena fe e interdicción del abuso del derecho: artículo 7 del Código Civil), lo que viene a hacer evidente, me parece, que el orden de estas relaciones no resulta inmediata y totalmente transformado por los derechos fundamentales {...}»; G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Curso de Derechos ...*, op. cit., pp. 605 ss., quien salva el carácter infraconstitucional de las categorías analizadas a través de dos vías: primera, determinados preceptos del Título preliminar del Código Civil, entre ellos los del artículo 7, son materialmente constitucionales, al establecer reglas sobre la producción, interpretación y ejercicio de los derechos que se proyectan sobre la totalidad del Ordenamiento jurídico; segunda, también formalmente tienen carácter constitucional al haber sido recogidas como normas principales por la jurisprudencia del TC; y M. MEDINA GUERRERO, *La vinculación negativa ...*, op. cit., pp. 79 ss., entendiendo que en los supuestos de abuso de derecho no hay un problema de limitación, sino de delimitación, ligado al restringido contenido constitucional de los derechos fundamentales cuando se ejercen en el ámbito de relaciones jurídico-privadas.

En todo caso, no puede desconocerse que el TC ha aplicado en muchas de sus sentencias el abuso del derecho con virtualidad limitadora de derechos fundamentales: SSTC 120/83, 41/84, 88/85, ATC 171/83, etc.

Por lo que al derecho fundamental de huelga se refiere, la introducción de la técnica del abuso de derecho se debe a la interpretación que la STC 11/81 efectúa del artículo 7.2 DLRT. Por citar sólo un ejemplo, recientemente la citada técnica ha sido aplicada por la STS (4ª), unificación de doctrina, 17-12-99, Ar. 522, con ocasión de una huelga intermitente que se considera abusiva por el modo de ejecución. En esta materia resulta imprescindible la obra de J. MATÍA PRIM, *El abuso del ...*, op. cit., pp. 130 ss. y 150 ss., quien concluye afirmando la imposibilidad de aplicar la técnica del abuso al derecho fundamental de huelga, mediante la utilización de distintos argumentos, agrupados en dos categorías: crítica interna y crítica externa. En la crítica interna pone de manifiesto cómo casan mal la finalidad de la huelga, que comporta necesariamente un daño, y los principios de daño excesivo y de daño innecesario utilizados para tratar de distinguir entre los ejercicios normal y anormal del derecho de huelga. Con esta crítica se pretende denunciar la revitalización de los tradicionales límites internos del derecho de huelga que la técnica del abuso de derecho pretende de una manera subrepticia, ya que, en realidad, lo único que hace es cobijar bajo el manto del abuso de derecho unos supuestos principios informadores del derecho de huelga, que no son otra cosa que la moderna forma de proteger los intereses empresariales mediante la limitación del citado derecho. La crítica externa evidencia cómo un derecho fundamental no puede ser limitado, ni tan siquiera en el caso concreto, por un principio que carece de relevancia constitucional. Por contra, A. MARTÍN VALVERDE, «La doctrina general ...», op. cit., pp.

## 2. LOS «LÍMITES DE LOS LÍMITES» DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

La inclusión del mantenimiento de los servicios esenciales en la teoría de los límites de los derechos fundamentales, más allá por tanto de la sola consideración de los límites del derecho de huelga, muestra inequívocamente su utilidad cuando se abordan lo que la doctrina denomina límites de los límites de los derechos fundamentales<sup>57</sup>, esto es, los requisitos que ineludiblemente deben cumplir las limitaciones de los derechos fundamentales.

Qué la limitación del derecho fundamental de huelga que entraña el mantenimiento de los servicios esenciales quede necesariamente sometida al respeto de una serie de requisitos y que éstos tengan carácter general, sin perjuicio de que puedan existir también requisitos específicos, refuerza considerablemente el derecho de huelga. Téngase en cuenta a este propósito que el derecho fundamental de huelga es un derecho incómodo, por no decir otra cosa, para las corrientes ideológicas y políticas conservadoras y que la tentación que éstas pudieran tener, hallándose en el ejercicio del poder, de limitarlo, de reducirlo hasta convertirlo en inofensivo, se encontrará con una barrera difícil de salvar: los límites de los límites de los derechos fundamentales, que al estar pensados para el conjunto de los derechos fundamentales, con los clásicos derechos de libertad a la cabeza, son fuertemente garantistas, difíciles de salvar por los poderes públicos que pretendan limitar un derecho fundamental a su juicio incómodo, en este caso el derecho de huelga.

Si el mantenimiento de los servicios esenciales como limitación del derecho de huelga estuviera únicamente sometido a requisitos específicos, éstos seguramente resultarían fáciles de franquear para los poderes públicos, encontrándose el derecho de huelga en una situación de absoluta debilidad.

---

104 ss., admite sin vacilar la técnica del abuso de derecho, ligándola a la concepción funcional de la huelga que el autor mantiene.

<sup>57</sup> L. AGUIAR DE LUQUE, «Los límites de ...», op. cit., pp. 25 ss

El juego que en materia de mantenimiento de los servicios esenciales despliegan los requisitos genéricos, los límites de los límites de los derechos fundamentales, así como los específicos, es abordado con detenimiento a lo largo del siguiente capítulo. En todo caso, ambos tipos de requisitos ya han sido apuntados en un apartado anterior de este mismo capítulo, en el que se aborda el establecimiento de servicios mínimos como procedimiento complejo<sup>58</sup>. Lo que a continuación procede es simplemente presentar la teoría de los límites de los límites de los derechos fundamentales.

El TC se ha ocupado de reflejar la relación entre los derechos fundamentales y sus límites, en los siguientes términos:

«Se produce, en definitiva, un régimen de concurrencia normativa, no de exclusión, de tal modo que tanto las normas que regulan el derecho fundamental como las que establecen límites a su ejercicio vienen a ser igualmente vinculantes y actúan recíprocamente. Como resultado de esta interacción la fuerza expansiva de todo derecho fundamental restringe, por su parte, el alcance de las normas limitadoras que actúan sobre el mismo, de ahí la exigencia de que los límites de los derechos fundamentales hayan de ser interpretados con criterios restrictivos y en el sentido más favorable a la eficacia y a la esencia de tales derechos» (STC 159/86, F. J. 6)<sup>59</sup>.

Del texto anterior puede extraerse el principio general que domina esta materia, el principio *favor libertatis*<sup>60</sup>. Corolario del mismo es la interpretación restrictiva de las normas limitadoras de derechos fundamentales.

Los citados principios generales se concretan en principios y técnicas que son las que verdaderamente articulan la relación entre los derechos fundamentales y sus límites. Principios y técnicas creados por la propia Constitución, expresa o implícitamente, y, sobre todo, por la jurisprudencia del TC<sup>61</sup>. Sin ánimo exhaustivo, y a sabiendas de que

---

<sup>58</sup> Tratamiento de los requisitos genéricos y específicos en el siguiente capítulo que no puede entenderse sin tener en cuenta lo dicho en este mismo capítulo, apartado B, epígrafes 4 y 5, en los que se aborda la naturaleza jurídica del establecimiento de servicios mínimos y el establecimiento como procedimiento complejo. Adviértase que en dicho lugar no se habla de requisitos genéricos y específicos, sino de requisitos de valor constitucional y de valor ordinario, que vienen a ser la misma cosa.

<sup>59</sup> En igual sentido, entre otras muchas, la STC 254/88, F. J. 3.

<sup>60</sup> Mencionado ya en las primeras sentencias del TC. Así, por ejemplo, SSTC 25/81, F. J. 5 y 62/82, F. J. 3.

<sup>61</sup> Vale la pena constatar cómo frente a la inicial invocación en materia de mantenimiento de los servicios esenciales de una única garantía creada por la Constitución, el respeto del contenido esencial —paradigmática resulta la STC 11/81 y doctrinalmente: J. GARCÍA BLASCO, *El derecho de...*, op.

ésta es una cuestión todavía en proceso de elaboración doctrinal y jurisprudencial, pueden citarse los siguientes límites de los límites de los derechos fundamentales: la reserva de ley, la justificación constitucional y la motivación de la limitación, la proporcionalidad, el respeto del contenido esencial y, finalmente, la acentuación de la interpretación restrictiva de los límites articulados a través de conceptos jurídicos indeterminados<sup>62</sup>.

Dos de esas garantías, la reserva de ley y la interpretación especialmente restrictiva de los límites articulados a través de conceptos jurídicos indeterminados, ya han sido estudiadas en apartados anteriores, al hilo de su aplicación al mantenimiento de los servicios esenciales<sup>63</sup>. Por esa razón se prescinde de las mismas en este momento, centrando la atención en la presentación de los otros tres límites de los límites, y dejando para el capítulo siguiente la aplicación concreta de los mismos al mantenimiento de los servicios esenciales.

## **2. a. El principio de justificación constitucional y de motivación suficiente**

El principio de justificación constitucional implica que los límites de los derechos fundamentales encuentran su fundamento en la propia Constitución, aunque sea implícitamente<sup>64</sup>. Este principio actúa en la determinación abstracta o normativa de los límites de los derechos fundamentales. Evidentemente, el mantenimiento de los servicios esenciales, como límite inmanente que es, encuentra su fundamento en la propia

---

cit., pp. 13 ss.— progresivamente el TC ha ido incorporando otras garantías, creadas por el mismo, como la justificación, la motivación, la proporcionalidad, etc.

<sup>62</sup> Enumeración de F. FERNÁNDEZ SEGADO, «La teoría jurídica ...», op. cit., pp. 240 ss. También se ocupan de esta materia, L. AGUIAR DE LUQUE, «Los límites de ...», op. cit., pp. 25 ss.; G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Curso de Derechos ...*, op. cit., pp. 610 ss.; y M. MEDINA GUERRERO, *La vinculación negativa ...*, op. cit., pp. 115 ss. Desde la influyente perspectiva del Derecho Alemán, vid., M. BACIGALUPO SAGESSE, «La aplicación. de ..», op. cit., pp. 299 ss.

<sup>63</sup> La garantía de la reserva de ley ha sido estudiada a propósito de la naturaleza reglamentaria de determinadas disposiciones de la autoridad gubernativa, en el apartado segundo de este capítulo. En cuanto a la interpretación especialmente restrictiva de los conceptos jurídicos indeterminados ha sido tenida en cuenta en el apartado dedicado al concepto de servicios esenciales.

<sup>64</sup> Sobre este principio, vid., L. PRIETO SANCHÍS, *Estudios sobre derechos ...*, op. cit. pp. 146 ss.; F. FERNÁNDEZ SEGADO, «La teoría jurídica ...», op. cit., pp. 243 ss.; y L. AGUIAR DE LUQUE, «Los límites de ...», op. cit., pp. 27 ss.

Constitución, en este caso expresamente, por lo que ningún problema plantea desde el punto de vista de este principio o límite de los límites<sup>65</sup>.

Cuando de lo que se trata no es de la definición abstracta o normativa de los límites de un derecho fundamental sino de la restricción en el caso concreto del mismo —por el ejecutivo o por los tribunales—, el principio de justificación constitucional se transforma y se convierte en el de motivación suficiente de la medida restrictiva. En base a este último principio la limitación no sólo ha de encontrar su fundamento en la Constitución sino que ha de ser convenientemente explicitada, con mención de las circunstancias concurrentes en el caso concreto, y todo ello conectado teleológicamente con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Como en tantas otras ocasiones lo mejor es ceder la palabra al TC, quien sobre este particular ha dicho:

«A juicio de este Tribunal resulta claro que toda resolución que limite o restrinja el ejercicio de un derecho fundamental ha de estar motivada, de forma tal que la razón determinante de la decisión pueda ser conocida por el afectado. De otro modo, se infringe el derecho a la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de los derechos (art. 24.1 de la Constitución), ya que se afectaría el ejercicio del derecho a un proceso público por una resolución no fundada en Derecho, dificultando con ello gravemente las posibilidades de defensa en la vía ordinaria, en su caso, y en último extremo por la vía del recurso de amparo» (STC 62/82, F. J. 2. B)<sup>66</sup>.

Puede adelantarse que el principio de motivación suficiente tiene un papel protagonista en materia de mantenimiento de los servicios esenciales, como tendrá ocasión de comprobarse más adelante.

## **2. b. El principio de proporcionalidad**

---

<sup>65</sup> Por contra, el principio de justificación constitucional no parece suficientemente respetado en alguno de los vigentes límites del derecho de huelga. Puede ser el caso, por ejemplo, del arbitraje obligatorio del art. 10.1 DLRT, ya que los presupuestos de hecho que lo posibilitan no encuentran fundamento constitucional en ningún derecho fundamental o bien constitucionalmente protegido, como el propio TC tuvo ocasión de recordar en la STC 11/81 —«Para recortar tan gravemente el uso de un derecho constitucional, la mayor o menor duración del conflicto y la comparación de las respectivas posiciones de las partes no son parámetros útiles {...} La fórmula “perjuicio grave de la economía nacional” tampoco puede obstar al derecho en examen. Es un concepto indeterminado que no concreta cuáles son los intereses a los que el derecho debe quedar sacrificado {...}» (F. J. 19)—, a propósito de la potestad de la autoridad gubernativa de poner fin a la huelga decretando la reanudación de la actividad, que sí fue declarada inconstitucional. No se comprende muy bien por qué los mismos argumentos que sirvieron declarar inconstitucional la reanudación obligatoria no despliega la misma consecuencia en el caso del arbitraje obligatorio.

<sup>66</sup> En el mismo sentido, entre otras muchas, SSTC 7/98, FF. JJ. 5 y 6 y 37/98, F. J. 8.

El principio de proporcionalidad<sup>67</sup> es, en la práctica, el más importante de todos para determinar si un concreto límite vulnera o no el derecho fundamental al que limita<sup>68</sup>, lo cual es absolutamente lógico si se tiene en cuenta que esta garantía y la de la justificación constitucional son el reverso de la técnica de ponderación de bienes con arreglo a la cual se articulan los límites inmanentes de los derechos fundamentales. Se trata de un principio especialmente utilizado por la doctrina y jurisprudencia constitucional alemanas, que, a su vez, lo habían tomado del Derecho Administrativo, que lo venía utilizando como técnica de control de las potestades discrecionales. La madura elaboración germana, así como la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, han articulado este principio-clave a través de tres principios: adecuación, indispensabilidad y proporcionalidad *stricto sensu*<sup>69</sup>.

El TC español ha acudido recurrentemente al mismo hasta el punto de convertirlo en una de las más importantes herramientas de la hermeneútica constitucional. Especialmente intensivo ha sido su uso en relación con el principio de igualdad y el derecho de no discriminación del artículo 14 CE. Se ha fundamentado principalmente en la esencia del Estado de Derecho (SSTC 160/87, F. J. 6; 85/92, F. J. 4, etc.)<sup>70</sup>, y secundariamente en el valor justicia (SSTC 160/87, F. J. 6; 50/95, F. J. 7, etc.), en el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (SSTC 6/88, F. J. 3; 50/95, F. J. 7, etc.), e, incluso, en la dignidad de la persona (STC 160/87, F. J. 6, etc.).

---

<sup>67</sup> Entre otros, J. BARNÉS VÁZQUEZ, «Introducción al principio de proporcionalidad en el Derecho Comparado y Comunitario» en *RAP*, 1994, núm. 135, pp. 495 ss.; M. MEDINA GUERRERO, *La vinculación negativa ...*, op. cit., pp. 117 ss.; y AA. VV., *El principio de proporcionalidad*, número monográfico de la revista *Cuadernos de Derecho Público*, 1998, núm. 5.

<sup>68</sup> En este sentido, M. BACIGALUPO SAGESSE, «La aplicación de ...», op. cit., pp. 312 ss. Más cauteloso se muestra, en cambio, J. BARNÉS, «El principio de proporcionalidad ...», op. cit., pp. 42 ss.

<sup>69</sup> Para conocer con más detalle el funcionamiento de estos tres principios, cfr., M. MEDINA GUERRERO, *La vinculación negativa ...*, op. cit., pp. 120 ss. y J. BARNÉS VÁZQUEZ, «El principio de ...», op. cit., *passim*.

<sup>70</sup> La STC 85/92 establece: «{...} es importante destacar que al efectuar la ponderación debe tenerse muy presente la relevancia que en la misma tiene el criterio de la proporcionalidad como principio inherente al Estado de derecho, cuya condición de canon de constitucionalidad {...} tiene especial aplicación cuando se trata de proteger derechos fundamentales frente a limitaciones o constricciones, procedan éstas de normas o resoluciones singulares» (F. J. 4).

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea condiciona la limitación de los derechos reconocidos, entre los que se encuentra el de huelga, al respeto del principio de proporcionalidad, además de otras garantías —art. 50—.



Sólo a partir del año 1995 el TC realiza una aplicación rigurosa, técnico-jurídicamente hablando, del principio de proporcionalidad, a través de los correspondientes juicios de adecuación, indispensabilidad y proporcionalidad *stricto sensu*. Antes de la citada fecha se limitaba a efectuar el juicio o juicios que más convenían en el caso concreto, pero no los tres juicios de manera escalonada. Paradigmática resulta la STC 66/95, cuando establece:

«Para comprobar si la medida impeditiva del ejercicio del derecho de reunión supera el juicio de proporcionalidad exigible, es necesario constatar si cumple los siguientes tres requisitos o condiciones: si tal medida era susceptible de conseguir el objetivo propuesto —la garantía del orden público sin peligro para personas y bienes—; si, además, era necesaria en el sentido de que no existía otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia, y, finalmente, si la misma era proporcionada o equilibrada por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto» (F. J. 5).

Por otra parte, el principio de proporcionalidad no se aplica siempre de la misma manera: no es lo mismo la definición abstracta o normativa de los límites de los derechos fundamentales que la limitación singular, propia del caso concreto. Evidentemente, en el primer caso la aplicación del principio es mucho más flexible que en el segundo. A este respecto ha dicho el TC:

«La posición constitucional del legislador a la que antes aludíamos obliga a que la aplicación del principio de proporcionalidad para controlar constitucionalmente sus decisiones deba tener de forma y con intensidad cualitativamente distinta a las aplicadas a los órganos encargados de interpretar y aplicar las leyes {...} el legislador goza, dentro de los límites establecidos en la Constitución, de un amplio margen de libertad que deriva de su posición constitucional y, en última instancia, de su específica legitimidad democrática {...} De ahí que, en concreto, la relación de proporción que deba guardar un comportamiento penalmente típico con la sanción que se le asigna será el fruto de un complejo juicio de oportunidades del legislador que, aunque no puede prescindir de ciertos límites constitucionales, éstos no le imponen una solución precisa y unívoca » (STC 55/96, F. J. 6).

Ni qué decir tiene que el principio de proporcionalidad también es aplicable a las limitaciones del derecho de huelga, aunque el mismo haya estado ausente en los

razonamientos de la particularmente importante STC 11/81<sup>71</sup>. Puede ya adelantarse la enorme importancia que este principio está llamado a jugar en materia de mantenimiento de los servicios esenciales, concretamente en el control de la adecuación material de la técnica de los servicios mínimos.

## 2. c. El contenido esencial

La garantía del contenido esencial —art. 53.1 CE—, sobre la que muy pronto tuvo ocasión de pronunciarse el TC<sup>72</sup>, ha levantado una fuerte discusión acerca de su carácter absoluto o relativo<sup>73</sup>. No es intención de este trabajo penetrar en esa ardua polémica,

---

<sup>71</sup> Un ejemplo de posible vulneración del principio de proporcionalidad lo constituye la prohibición del derecho de huelga a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, según el artículo 6.8 LOFCS, concretamente a los distintos cuerpos policiales. Téngase en cuenta que, a diferencia de la Guardia Civil que es un instituto armado de carácter militar, la prohibición del derecho de huelga no puede ampararse en la prohibición del derecho de libertad sindical permitida por el artículo 28.1 CE. Así las cosas, el motivo II del preámbulo de la LOFCS establece lo siguiente: «Especial mención merece, a este respecto, la interdicción de la huelga o de las acciones substitutivas de la misma, que se lleva a cabo, dentro del marco delimitado por el artículo 28 de la Constitución, en aras de los intereses preeminentes que corresponde proteger a los Cuerpos de Seguridad, al objeto de asegurar la prestación continuada de sus servicios, que no admite interrupción». Pues bien, parece claro que la prohibición total resulta absolutamente desproporcionada, si se tiene en cuenta que existen medidas menos drásticas e igualmente protectoras de los intereses constitucionales defendidos por los distintos cuerpos policiales: singularmente, la consideración de la actividad desempeñada por dichos cuerpos como esencial, con la consiguiente obligación de asegurar su mantenimiento mediante las medidas habituales, como los servicios mínimos; sin prohibir, por tanto, *a priori* y para todos los casos el derecho de huelga de todos los miembros de los cuerpos policiales. En todo caso, la prohibición absoluta del derecho de huelga para este colectivo está muy extendida en Derecho comparado, tal y como pone de manifiesto E. ALES, *Lo sciopero nei ...*, op. cit., pp. 88 ss.

<sup>72</sup> La STC 11/81, F. J. 8, abordó la aproximación a la noción de contenido esencial a través de dos vías complementarias: «la naturaleza jurídica de cada derecho» y «los intereses jurídicamente protegidos». Un excelente comentario de dicha sentencia en L. PAREJO ALFONSO, «El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional. A propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981», en *REDC*, 1981, núm. 3, pp. 169 ss.

Posteriormente, el TC, en su sentencia 37/81, F. J. 2, ha reclamado para sí la competencia última en materia de determinación de lo que sea el contenido esencial.

<sup>73</sup> Doctrinalmente pueden distinguirse dos posiciones: la primera, muy seguida en Alemania, defensora del carácter relativo, equivalente a la necesidad de justificación y de proporcionalidad en cualquier limitación de los derechos fundamentales. I. DE OTTO (op. y loc. cit., pp. 129-131) acoge una variante de esta posición, consistente en la negación de la garantía que sería un mero recurso retórico, coherente con la negación que el autor efectúa de la limitabilidad general e inmanente de los derechos fundamentales a través del artículo 53.1 CE. La segunda posición, partidaria del carácter absoluto del contenido esencial, es decir, de «un núcleo duro absolutamente resistente a la acción limitativa del legislador», en palabras del tan citado DE OTTO (op. y loc. cit., pp. 131-135), quien se muestra muy crítico con esta tesis, defendida mayoritariamente por la doctrina —PAREJO, PRIETO SANCHÍS, FERNÁNDEZ SEGADO, AGUIAR DE LUQUE, JIMÉNEZ CAMPO, MEDINA GUERRERO—.

Por su parte el TC no ha ayudado mucho a la superación de la polémica, ya que si bien ha defendido mayoritariamente el carácter absoluto del contenido esencial —SSTC 11/81, 196/87, 137/90 ...—, no han faltado ocasiones en las que, al menos desde un punto de vista material, ha optado por el

analizando simplemente el uso que de la garantía ha efectuado el TC en su sentencia 11/81, de 8 de abril<sup>74</sup>. Pues bien, la claridad con la que la sentencia afronta la aproximación al concepto de contenido esencial —F. J. 8—, que permite seguir considerándola un *leading case* en la materia, contrasta con la oscuridad de la determinación del contenido esencial del derecho de huelga y de su utilización práctica<sup>75</sup>.

De todas formas, la confusión en la aplicación práctica de la garantía<sup>76</sup> no puede hacer olvidar que la misma ha sido empleada, y puede seguir siéndolo, con carácter absoluto, o sea, como un núcleo duro e infranqueable del derecho<sup>77</sup>. Sólo esa utilización concede autonomía y sustantividad a este límite de los límites. Así las cosas, ¿cuál es el contenido esencial del derecho de huelga? La respuesta no es sencilla, como lo prueba la afirmación del TC según la cual «el contenido esencial del derecho de huelga consiste en una cesación del trabajo, en cualquiera de las manifestaciones o modalidades que pueda revestir» (F. J. 10), para a continuación contradecirse al entender que «la afirmación de que el contenido esencial del derecho de huelga consiste en la cesación del trabajo en cualquiera de sus manifestaciones, no excluye por sí sola que el legislador al regular las condiciones de ejercicio del derecho de huelga, pueda entender que algunas particulares modalidades de cesación del trabajo puedan resultar abusivas {...}» (F. J. 10).

---

carácter relativo —STC 62/82, 161/87 ...— e, incluso, aquellas otras en las que el contenido esencial se ha utilizado sólo retóricamente —SSTC 4/88, 142/93 ...—

Sobre la polémica y otros aspectos importantes relacionados con el contenido esencial, vid., L. AGUIAR DE LUQUE, «Los límites de ...», op. cit., p. 26 y M. MEDINA GUERRERO, *La vinculación negativa ...*, op. cit., pp. 145 ss.

<sup>74</sup> Véase, con la misma pretensión, M. L. BALAGUER CALLEJÓN, «El contenido esencial del derecho de huelga», en *Revista de Derecho Político*, 1991, núm. 34, pp. 123-141 y J. L. MONEREO PÉREZ, «La huelga como...», op. cit., pp. 33 ss.

<sup>75</sup> En efecto, la STC 11/81 se caracteriza por la falta de uniformidad, ya que el contenido esencial ha sido empleado con carácter absoluto, es decir, como un reducto del derecho infranqueable —el caso de los artículos 7.1 y 7.2 DLRT, en el F. J. 10, y del artículo 11.b), en el F. J. 21—, pero también, aunque no muy claramente, con carácter relativo, equivalente a la propia justificación constitucional del límite —en abstracto, en los FF. JJ. 7 y 9, *in fine*; en concreto, en el F. J. 18, a propósito de los servicios esenciales y, más dudosamente, en el F. J. 17, con ocasión de la ocupación de locales—, e, incluso, retóricamente —en los FF. JJ. 15 y 16, al enjuiciar el procedimiento de ejercicio—.

<sup>76</sup> La confusión que preside la STC 11/81 se ha trasladado a otras sentencias posteriores sobre el derecho de huelga, como por ejemplo las SSTC 123/92, F. J. 4 y 332/94, F. J. 3, *in fine*. Para M. MEDINA GUERRERO, *La vinculación negativa ...*, op. cit., pp. 161-162, nota 76, el cénit de la confusa e inapropiada utilización del contenido esencial se alcanza con el derecho de libertad sindical, singularmente con la famosa distinción entre el contenido esencial y el adicional.

<sup>77</sup> La doctrina laboralista se decanta mayoritariamente por el carácter absoluto. Así, entre otros muchos, J. MATÍA PRIM, *El abuso del ...*, op. cit., pp. 179 ss. y J. L. MONEREO PÉREZ, «La huelga como...», op. cit., pp. 33 ss. En cambio, M. E. CASAS BAAMONDE, «Derecho de huelga ...», op. cit., p. 70, entiende que el contenido esencial equivale al contenido constitucional sin más, optando por el carácter retórico de la garantía en cuestión.

Constatada la dificultad, se propone el siguiente contenido esencial, conformado a través de la interpretación de varios fundamentos jurídicos de la STC 11/81 y de otras sentencias posteriores del TC: cesación del trabajo encaminada a la defensa de los intereses de los trabajadores, en aquellas modalidades bastantes por sí solas para reconocer que el derecho existe como tal y eficaces para obtener las finalidades del mismo; que pueda ser ejercitada y difundida directamente por los propios trabajadores, así como por sus representantes; y que coloca la prestación de servicios en fase de suspensión y limita la libertad del empresario».

Queda por abordar una última cuestión en relación con la garantía del contenido esencial, su carácter objetivo o subjetivo, es decir, si con la misma se pretende proteger sólo la norma que consagra el derecho fundamental —tesis objetiva— o, por el contrario, la protección debe extenderse, asimismo, a los derechos subjetivos de los particulares —tesis subjetiva—<sup>78</sup>. Pues bien, aunque la doctrina y la jurisprudencia del TC mayoritarias aboguen por la tesis subjetiva<sup>79</sup>, no puede pasarse por alto cómo el propio TC está asumiendo, quizá no muy conscientemente, la tesis objetiva en relación con el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad y con los servicios de seguridad y mantenimiento, al estimar constitucionales las privaciones del derecho de huelga que sufren los trabajadores encargados de prestar los servicios mínimos<sup>80</sup>. Quizá lo que suceda es que en materia de mantenimiento de los servicios esenciales el contenido esencial tenga carácter relativo, o bien sea un mero recurso retórico, lo que evitaría plantearse si la tesis que se está siguiendo es la subjetiva o la objetiva; simplemente el contenido esencial carecería de sustantividad propia.

---

<sup>78</sup> Para profundizar este tema, véase, M. MEDINA GUERRERO, *La vinculación negativa ...*, op. cit., pp. 157 ss.

<sup>79</sup> En este sentido, M. JIMÉNEZ DE PARGA, «El “contenido esencial” de los derechos y libertades», en *Actualidad Jurídica*, 1981, p. 32; M. MEDINA GUERRERO, *La vinculación negativa ...*, op. cit., pp. 157 ss.; y J. GARCÍA BLASCO, *El derecho de ...*, op. cit., p. 18. Por la tesis objetiva, aunque no muy claramente, se decantan L. PAREJO ALFONSO, «El contenido esencial ...», op. cit., p. 184; F. PÉREZ DE LOS COBOS, «El régimen jurídico ...» op. cit., pp. 220-221 y S. TORRENTE GARI, *El ejercicio del ...*, op. cit., p. 36.

<sup>80</sup> Critica el funcionamiento del límite de los servicios de seguridad y mantenimiento, entre otras cosas, por suponer una privación en términos individuales del derecho de huelga y una limitación en términos colectivos, E. GONZÁLEZ BIEDMA, *Derecho de huelga ...*, op. cit., pp. 51 ss.

## **CAPÍTULO IV**

### **EL ESTABLECIMIENTO DE SERVICIOS MÍNIMOS (II)**

## **A. TITULARIDAD DEL ESTABLECIMIENTO DE SERVICIOS MÍNIMOS: LA AUTORIDAD GUBERNATIVA**

Una de las garantías o requisitos aplicables a la imposición de servicios mínimos es la titularidad de la competencia para dictarlos. No es indiferente quién fije los servicios mínimos<sup>1</sup>. El rótulo de este apartado, que se refiere directamente a la autoridad gubernativa, resuelve sólo parte de las dudas que pudieran existir y es que la cuestión es mucho más compleja de lo que en principio pudiera parecer.

Aunque en este apartado sólo se hable de la competencia para fijar los servicios mínimos no ha de olvidarse que en el vigente sistema la autoridad gubernativa es igualmente competente para determinar la esencialidad de los servicios<sup>2</sup>. Es decir, la autoridad gubernativa determina la esencialidad de los servicios afectados por conflictos huelguísticos, decide la medida garantizadora más conveniente y, en el caso habitual de que ésta sea un servicio mínimo, fija la intensidad del mismo.

### **1. LA TITULARIDAD DESDE EL PUNTO DE VISTA CONSTITUCIONAL**

El artículo 28.2 CE alude expresamente al legislador como entidad competente en materia de medidas garantizadoras del mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad. Ahora bien, puesto que tanto el mantenimiento como las concretas medidas garantizadoras —en su caso, los servicios mínimos— no pueden establecerse apriorísticamente<sup>3</sup>, resulta evidente que el legislador, por definición abstracto, no puede ser la entidad que actúe hasta sus últimas consecuencias en esta materia<sup>4</sup>, limitando su intervención al señalamiento del o de los operadores jurídicos habilitados. Lo que sí puede hacer el legislador es determinar los servicios esenciales, con arreglo a distintas fórmulas, así como sentar las bases de la actuación del operador u operadores habilitados.

---

<sup>1</sup> En este sentido, J. CRUZ VILLALÓN, «La intervención de ...», op. cit., p. 410.

<sup>2</sup> Vid., STC 33/81, F. J. 4.

<sup>3</sup> Estas cuestiones ya han sido tratadas, concretamente en el capítulo segundo, apartado E, en relación con el mantenimiento, y en el capítulo tercero, apartados A y B, en relación con las medidas garantizadoras en general y con los servicios mínimos en particular.

<sup>4</sup> En este sentido, por lo que al Derecho italiano se refiere, U. ROMAGNOLI, «Solidarismo giuridico e conflitto post-industriale», en *Lavoro e Diritto*, 1991, p. 186 y P. CURZIO, *Autonomia collettiva e ...*, op. cit., pp. 56-57.

Dicho lo anterior de lo que se trata a continuación es de conocer los posibles condicionamientos del legislador orgánico. Inicialmente nada dice el artículo 28.2 CE sobre el particular. Ha sido el TC el encargado de señalar los requisitos que desde el punto de vista constitucional ha de reunir la instancia competente en esta materia, si bien no puede olvidarse que esa tarea no la realiza en abstracto sino sobre la base de la adecuación de la normativa vigente, el artículo 10.2 DLRT, a dichos requisitos, lo que sin duda aconseja matizar las opiniones del alto tribunal.

El primer y fundamental requisito a juicio del TC es la imparcialidad de la instancia competente. Concretamente ha dicho: «{...} la decisión sobre la adopción de las garantías de funcionamiento de los servicios no puede ponerse en manos de ninguna de las partes implicadas, sino que debe ser sometida a un tercero imparcial» (STC 11/81, F. J. 18)<sup>5</sup>.

El segundo requisito según el TC es la responsabilidad no sólo jurídica sino también política que debe ejercer la instancia competente. Literalmente: «{...} la responsabilidad por la obstaculización de los derechos cívicos, además de ser una responsabilidad jurídica, es también, y es fundamentalmente, una responsabilidad política, que debe ser residenciada por cauces políticos y debe producir los necesarios efectos políticos. Privar a un conjunto de ciudadanos en un caso concreto de un derecho constitucional, como es el reconocido en el art. 28 de la Constitución, es algo que sólo puede ser llevado a cabo por quien tiene responsabilidades y potestad de gobierno» (STC 26/81, F. J. 11).

Hay que significar que esta última doctrina se produce no en la STC 11/81 sino en la 26/81, una vez que ya se había declarado que en la normativa vigente la instancia decisora es la autoridad gubernativa, por lo que no queda muy claro si el TC está hablando de una exigencia derivada de la Constitución, o bien está describiendo la

---

<sup>5</sup> J. CRUZ VILLALÓN, «La intervención de ...», op. cit., pp. 416 ss., llega a la conclusión de que es necesaria la intervención de un tercero imparcial, tomando como nota fundamental la protección de los intereses esenciales en conflicto que está en la base de la previsión del artículo 28.2 CE. Para G. B. OLMEDA FREIRE, «Los Decretos sobre ...», op. cit., p. 40, el TC conforma a la autoridad gubernativa fundamentalmente como un tercero imparcial. En el mismo sentido, J. I. GARCÍA NINET e I. AMPARO BALLESTER, «El sujeto legitimado para la designación de los servicios mínimos en las huelgas declaradas en servicios considerados esenciales: El título competencial aducido y la deseable imparcialidad de la autoridad gubernativa (comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 233/1997, de 18 de diciembre 1997, BOE de 21 de enero de 1998)», en *Aranzadi Social*, 1998, p. 1176.

naturaleza de la actuación de la autoridad gubernativa. Parece que ambas cuestiones están implicadas en la doctrina del TC. No cabe duda de que cuando se alude a la responsabilidad política se está fundamentalmente describiendo la naturaleza de la actuación de la autoridad gubernativa *ex* artículo 10.2 DLRT, lo que no significa que el carácter político no tenga valor alguno en la configuración de las exigencias constitucionales de la titularidad de la que se viene hablando<sup>6</sup>. Esta virtualidad consiste en el suficiente *status* político que ha de reunir la entidad que pretenda intervenir en esta materia, que no se olvide supone nada más y nada menos que una intervención en el terreno de los derechos fundamentales, así como en el refuerzo de la imparcialidad<sup>7</sup>. Por supuesto, la entidad tiene que tener carácter público<sup>8</sup>.

Cuestión de enorme importancia, siempre desde la perspectiva constitucional, es el alcance de la actuación de la entidad competente, independientemente de cuál sea ésta. De la Constitución no se deriva principio alguno acerca de la intensidad de la actuación, de tal manera que ésta podría abarcar desde un protagonismo absoluto, como de hecho sucede en el sistema vigente, hasta un papel de simple control y suplencia de la actuación de otros sujetos, en cuyo caso se estaría ante un fenómeno de pluralidad de operadores jurídicos habilitados<sup>9</sup>.

Esta última apreciación es especialmente importante, porque significa reconocer que desde el punto de vista constitucional basta con que haya una actividad de tutela y suplencia por parte de una instancia pública con suficiente *status* político y con inequívoca imparcialidad respecto de los intereses en conflicto. De esta forma, el

---

En cuanto a la jurisprudencia ordinaria, vid., por todas, la STS (4ª), unificación de doctrina, 12-3-97, Ar. 2892, F. J. 2. e).

<sup>6</sup> Para A. BAYLOS GRAU, *Derecho de huelga y ...*, op. cit., pp. 179-180, las notas configuradoras de la instancia decisora en esta materia son, siguiendo la jurisprudencia constitucional, la imparcialidad y el carácter político. También entiende que las características fundamentales de la autoridad competente son la imparcialidad y la responsabilidad política, S. TORRENTE GARI, *El ejercicio del ...*, op. cit., pp. 241-242 y 257-261.

<sup>7</sup> A parecidas conclusiones llegan F. VALDÉS DAL-RÉ, «Servicios esenciales y ...», op. cit., p. 141 y J. CRUZ VILLALÓN, «La intervención de ...», op. cit., pp. 416 ss.

<sup>8</sup> Así lo entienden A. BAYLOS GRAU, *Derecho de huelga y ...*, op. cit., p. 179 y J. CRUZ VILLALÓN, «La intervención de ...», op. cit., p. 416.

<sup>9</sup> En este orden de ideas cobra sentido, *a contrario sensu*, la siguiente opinión del TC: «Mas sentar como única regla el arbitrio de los huelguistas es tesis insostenible, pues evidentemente no cubre los casos de oferta insuficiente o de ineficacia de la oferta de garantías, ni tampoco aquellos otros casos en que se caiga en la tentación de aumentar la presión huelguística {...}» (STC 11/81, F. J. 18). Para F. DURÁN LÓPEZ, *Autorregulación de servicios ...*, op. cit., pp. 79 ss., de la anterior doctrina se deduce claramente el rechazo de la autorregulación pura, al tiempo que se acoge o se posibilita la autorregulación mixta.



verdadero protagonismo pudiera perfectamente recaer en otras instancias, singularmente en la autonomía colectiva, si así lo decidiera el legislador orgánico. Lo que constitucionalmente no puede hacer el legislador es confiar exclusivamente en la autonomía colectiva, como tampoco en la autodisciplina sindical. La presencia de un poder público imparcial es inexcusable en esta materia, al estar también en juego los intereses de los usuarios<sup>10</sup>.

## **2. LA TITULARIDAD EN LA LEGALIDAD ORDINARIA: LA AUTORIDAD GUBERNATIVA**

En ausencia de la ley orgánica de desarrollo del artículo 28.2 CE la principal consecuencia de la STC 11/81 en materia de mantenimiento de los servicios esenciales es precisamente haber identificado a la entidad competente en esta materia, la autoridad gubernativa, mediante la convalidación del artículo 10.2 DLRT, en los siguientes términos: «{...} atribuir a la autoridad gubernativa la potestad para establecer las medidas necesarias para asegurar el funcionamiento de los servicios mínimos {sic} no es inconstitucional, en la medida en que ello entra de lleno dentro de las previsiones del art. 28.2 de la Constitución {...}» (F. J. 18). Ya se ha dicho que no era necesario que el TC salvara la constitucionalidad del citado precepto para que considerara competente a la autoridad gubernativa, pues dicha competencia encuentra su fundamento jurídico-material en el mismo artículo 28.2 CE<sup>11</sup>.

La titularidad del establecimiento de servicios mínimos en el vigente régimen jurídico corresponde a la autoridad gubernativa, lo que es perfectamente acorde con las exigencias que se derivan de la Constitución. De hecho, el TC construye dichas

---

<sup>10</sup> Vid., *supra*, capítulo segundo, apartado B, epígrafe 1.c.

<sup>11</sup> F. VALDÉS DAL-RÉ, «Servicios esenciales y ...», op. cit., p. 140, habla a este respecto de un cuerpo de principios y reglas que se deducen del propio texto constitucional y que están dotados de generalidad aplicativa. En el mismo sentido, J. J. Díez Sánchez, *El derecho de ...*, op. cit., pp. 117-118.

A partir de determinados principios constitucionales —Estado Social, promoción y protección de los derechos fundamentales, tutela judicial, etc.— puede atribuirse al Ejecutivo —Gobierno y Administración—, en ausencia de intervención legislativa, potestad para identificar en el caso concreto los límites inmanentes de los derechos fundamentales. Precisamente esta doctrina permite afirmar que la autoridad gubernativa sería igualmente competente en ausencia del artículo 10.2 DLRT. Este interesante tema de la limitación inmanente de los derechos fundamentales, en abstracto y en concreto, ha sido brillantemente abordado por M. BACIGALUPO SAGESSE y F. VELASCO CABALLERO, «Límites inmanentes de ...», op. cit., pp. 115-131, con posturas discrepantes, siendo la de Velasco Caballero la que aquí se asume y la que cuenta con el aval de la STS (3ª), 15-7-93, Ar. 6199.

exigencias o requisitos a propósito de la acomodación de la autoridad gubernativa a los mismos. Esta afirmación constituye lo que podría denominarse el núcleo de seguridad y consenso en esta materia, siendo el resto de cuestiones implicadas objeto de polémicas de distinta intensidad.

La primera de las polémicas es obra del propio TC, cuando literalmente afirma: «{...} atribuir a la autoridad gubernativa la potestad {...} no es inconstitucional {...} y además es la manera más lógica de cumplir con el precepto constitucional» (sentencia 11/81, F. J. 18). Pues bien, por una parte no es tarea del TC entrar a valorar la mayor o menor oportunidad de una de las distintas opciones de política legislativa constitucionalmente admisibles, a menos que sólo una de ellas sea constitucional, que no es el caso<sup>12</sup>. Por otra parte, cuando se efectúe la crítica del vigente régimen jurídico y se propongan distintas alternativas se estará en mejores condiciones para valorar cuál debiera ser la entidad competente en términos lógicos.

Otra cuestión polémica, en la que afortunadamente el TC ha intervenido de manera tajante, es la relativa al valor constitucional de la condición de la entidad competente en materia de fijación de servicios mínimos. La jurisprudencia constitucional, y de su mano la ordinaria, se han encargado de precisar que la condición de autoridad gubernativa no es un mero asunto formal o de legalidad ordinaria, sino que tiene alcance constitucional<sup>13</sup>, pese a lo cual abundan los litigantes que insisten machaconamente en apelar a la falta de relevancia constitucional de la materia<sup>14</sup>.

Mayor enjundia que las anteriores cuestiones tienen las que vienen a continuación, por lo que se les dedica subepígrafes específicos.

---

<sup>12</sup> En el mismo sentido, M. R. ALARCÓN CARACUEL, «Un posible modelo ...», op. cit., p. 14 y M. E. CASAS BAAMONDE, «Los procedimientos de ...», op. cit., p. 227.

Curiosamente corrobora esta opinión el propio TC en la misma sentencia 11/81, F. J. 7.

<sup>13</sup> Tajantemente la STC 27/89 establece: « {...} el incumplimiento de esta exigencia {intervención de autoridad gubernativa} no puede calificarse como simple irregularidad formal o como mero defecto de carácter administrativo, sino como lesión del derecho fundamental que así se ve restringido, pues sólo de aquella forma puede asegurarse que las limitaciones sean impuestas en atención a los intereses de la comunidad, de una manera imparcial y de acuerdo con las características y necesidades del servicio afectado por la huelga» (F. J. 2). En cuanto a la jurisprudencia ordinaria, entre otras muchas, SSTs (3<sup>a</sup>) 10-10-95, Ar. 7144, F. J. 4 y 17-4-96, Ar. 3715, F. J. 3.

<sup>14</sup> Así, por poner sólo un ejemplo, tanto el Fiscal como el Abogado del Estado en el recurso de amparo resuelto por la STC 27/89.

## 2. a. Identificación de la autoridad gubernativa en un contexto de descentralización política y administrativa

El asunto quizá más difícil de solventar es el que se refiere a la concreción del término autoridad gubernativa, ya que no aparece identificado en norma alguna de nuestro Derecho Público<sup>15</sup>. Por otra parte, la definición que el TC efectúa de este término no acaba de aclarar la cuestión, puesto que cuando entiende que «{...} el sujeto de la atribución {la autoridad gubernativa} no es genéricamente la Administración pública, sino aquellos órganos del Estado que ejercen, directamente o por delegación, las potestades de gobierno»<sup>16</sup>, no hace sino trasladar la indeterminación del *definendum* a los términos del *definiens*.

La concreción que a continuación se propone se circunscribe al ámbito exclusivo de la fijación de servicios mínimos, es decir, no se pretende acuñar un concepto de autoridad gubernativa de alcance general, ni tan siquiera de genérica validez para el Derecho Laboral. Para llevar a cabo esta compleja tarea se prescindirá inicialmente de la descentralización político-administrativa y de la posibilidad de delegación, que serán afrontadas posteriormente.

Quizá el mejor modo de aproximarse al concepto de autoridad gubernativa sea partir de las exigencias constitucionales vistas en el anterior epígrafe, pues no hay que olvidar que cuando el TC elabora dichas exigencias o requisitos está pensando más en identificar a la autoridad gubernativa y en legitimar su actuación que en interpretar abstractamente la Constitución.

La exigencia de imparcialidad ha de ser puesta en relación con la realidad social que pretende regular el artículo 28.2 CE, que no es otra que el complejo conflicto de intereses que se produce entre los huelguistas y los empresarios y, sobre todo, entre los

---

<sup>15</sup> En el Derecho italiano, por contra, sí están perfectamente identificados los distintos órganos administrativos competentes en materia de *precettazione* —art. 8 Ley 146/90 modificada por Ley 83/2000—. Sobre el particular, véase, G. ORLANDINI, «Il procedimento di ...», op. cit., pp. 167 ss., quien también se ocupa de las posibilidades de delegación.

<sup>16</sup> STC 11/81, F. J. 18.

huelguistas y los usuarios de los servicios esenciales<sup>17</sup>. Pues bien, parece claro que todos y cada uno de los órganos que integran el Gobierno<sup>18</sup>, que es el concepto aparentemente más cercano al de autoridad gubernativa<sup>19</sup>, reúnen esa exigencia, al encontrarse relativamente alejados de los protagonistas del citado conflicto de intereses. Sin embargo, reducir el término autoridad gubernativa al Gobierno parece excesivo, pues no resulta lógico imaginar una intervención del mismo cada vez que haya una huelga en los servicios esenciales. No sólo no resulta lógico sino que además sería materialmente imposible.

Ahora bien, una cosa es admitir que la autoridad gubernativa es un concepto más amplio que el de Gobierno, como de hecho hace el TC<sup>20</sup>, y otra bien distinta admitir la competencia de cualquier órgano de la Administración Pública. Afortunadamente el Tribunal Constitucional rechaza de plano esta última posibilidad<sup>21</sup>.

Dentro de la Administración General del Estado conviven multitud de órganos con distintos intereses, todos ellos generales y por tanto servidos con objetividad<sup>22</sup>, aunque

---

<sup>17</sup> Para J. CRUZ VILLALÓN, «La intervención de ...», op. cit., p. 410, los sujetos legitimados para fijar los servicios mínimos han de tener como único interés la protección de los ciudadanos en el disfrute de los derechos y bienes constitucionales, lo que se traduce necesariamente en la intervención de una instancia pública imparcial, concretamente la autoridad gubernativa. En cambio, M. R. ALARCÓN CARACUEL, «Un posible modelo ...», op. cit., p. 11, sostiene que la autoridad gubernativa no es un tercero ajeno al conflicto, sino un representante *ex lege* de un sector de la población afectado por el conflicto y que carece de cauces propios de intervención en el mismo, por lo que siendo parte en el conflicto no debiera ser también juez.

<sup>18</sup> Según el artículo 1, apartados 2º y 3º, de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, forman parte del Gobierno: el Presidente, el Vicepresidente o Vicepresidentes, en su caso, y los Ministros; y, colegiadamente, el Consejo de Ministros y las Comisiones Delegadas del Gobierno. Vid., sobre el particular, R. ENTRENA CUESTA, *Curso de Derecho Administrativo (Organización administrativa)*, Tecnos, Madrid, 1998, pp. 97 ss.

<sup>19</sup> La primera sentencia, la SAN 6-6-80, cdo. 4, parte de la competencia exclusiva del Gobierno de la nación.

<sup>20</sup> El TC confirma esta opinión al establecer: «{...} las limitaciones que éstos puedan sufrir, en aras del mantenimiento de los servicios esenciales, hayan de ser establecidas por *el Gobierno o por un órgano que ejerza potestad de gobierno*» (mías las cursivas) (STC 26/81, F. J. 11)

<sup>21</sup> Esta posibilidad ha sido frontalmente rechazada por la STC 11/81, F. J. 18 *in fine*, en los siguientes términos: «{...} el sujeto de la atribución no es genéricamente la Administración pública, sino aquellos órganos del Estado que ejercen, directamente o por delegación, las potestades de gobierno». Pese a ello es frecuente que el TS entienda que el art. 10.2 DLRT habilita a la autoridad administrativa sin mayores especificaciones, especialmente en los inicios de los ochenta. Así, entre otras, SSTS (3ª) 24-9-80, Ar. 3248 y 24-9-80, Ar. 3249.

<sup>22</sup> El art. 103.1 de la CE establece: «La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa {...}». En este sentido, no puede compartirse el voto particular que el magistrado Mendizabal Allende presenta a la STC 362/93, punto 4, equiparando la imparcialidad exigible a la autoridad gubernativa y la objetividad propia de todas las actuaciones de la Administración Pública, habida cuenta de que el TC ha insistido en que la autoridad decisora no es genéricamente la

no necesariamente con imparcialidad, pues no es lo mismo que el órgano administrativo esté encargado del buen funcionamiento del servicio, que lo esté del orden público o del disfrute efectivo de los derechos fundamentales<sup>23</sup>. Además, tampoco es indiferente el rango jerárquico del órgano que pretenda intervenir en esta materia, habida cuenta de que se trata de componer un conflicto de intereses de relieve constitucional, lo que supone una actuación en el terreno de los derechos fundamentales, que no es cualquier cosa.

Así pues, la exigencia de imparcialidad permite identificar a la autoridad gubernativa con un conjunto de órganos entre los que se encuentran todos los integrantes del Gobierno y, además, aquéllos otros pertenecientes a la Administración General del Estado de los que, por su rango de órganos superiores o directivos y su condición de alto cargo<sup>24</sup>, no pueda dudarse de que intervienen en calidad de promotores de las condiciones necesarias para un equilibrado ejercicio de los derechos constitucionales en conflicto. Podría decirse, de manera simplista, que la autoridad gubernativa ni es solamente el Gobierno ni se corresponde con cualquier órgano de la Administración.

La mejor forma de entender las anteriores reflexiones de carácter abstracto es recurrir a algunos ejemplos de órganos del Poder Ejecutivo Central que han sido expresamente considerados autoridad gubernativa ex artículo 10.2 DLRT. Es el caso del

---

Administración pública, seguramente porque considera que la imparcialidad exigible es superior a la objetividad ex artículo 103 CE.

<sup>23</sup> Sobre esta cuestión, véase, J. CRUZ VILLALÓN, «La intervención de ...», op. cit., pp. 417-418.

<sup>24</sup> Son órganos superiores de la Administración General del Estado los Ministros y los Secretarios de Estado. Son órganos directivos, dentro de la organización central: Subsecretarios, Secretarios Generales, Secretarios Generales Técnicos, Directores Generales y Subdirectores Generales. Y dentro de la organización territorial o periférica: Delegados del Gobierno en las CC.AA. y Subdelegados del Gobierno en las Provincias. Además estarían los órganos directivos de la Administración General del Estado en el exterior —Embajadores y Representantes permanentes ante Organizaciones Internacionales— y los órganos directivos de los Organismos Públicos, determinados según sus Estatutos.

Téngase en cuenta que según el artículo 6.5 LOFAGE reúnen la condición de alto cargo todos los órganos superiores y directivos, excepto los subdirectores generales y los subdelegados del gobierno en las provincias, que de esta forma no pueden ser considerados autoridad gubernativa. Como se sabe la figura de los Gobernadores Civiles ha desaparecido tras la LOFAGE, que introduce la figura de los Subdelegados del Gobierno en cada provincia, a los que según M. C. PALOMEQUE LÓPEZ y M. ÁLVAREZ DE LA ROSA, *Derecho del Trabajo*, op. cit., p. 584, no puede considerarse autoridad gubernativa, pues han sido configurados —art. 29 LOFAGE y RD 617/97— con un carácter netamente funcional que les aleja del carácter político que ha de tener toda autoridad gubernativa. Sí fueron considerados autoridad gubernativa los Gobernados Civiles —STC 33/81, F. J. 5—.

Sobre la organización administrativa de la Administración General del Estado, véase, por todos, L. MORELL OCAÑA, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, Aranzadi, Pamplona, 1997, pp. 359 ss. y R. ENTRENA CUESTA, *Curso de Derecho ...*, op. cit., pp. 110 ss.

Consejo de Ministros<sup>25</sup>, de los Ministros<sup>26</sup>, de los Secretarios de Estado<sup>27</sup>, de los Delegados del Gobierno en CC. AA.<sup>28</sup> y, de manera más dudosa, de los Directores Generales<sup>29</sup>.

No han sido considerados, en cambio, autoridades gubernativas, por ejemplo: el Director Provincial del INSALUD<sup>30</sup>; el Delegado del Gobierno en RENFE<sup>31</sup>; el Director General de RENFE<sup>32</sup>; y, en general, los órganos de gestión y administración de las empresas públicas<sup>33</sup>.

Hasta ahora se ha considerado exclusivamente el Gobierno y la Administración General del Estado, prescindiendo de la descentralización política y administrativa que caracteriza al Estado español nacido de la Constitución de 1978, el Estado de las Autonomías. Éste es el momento de introducir esa nueva variable y de solventar los problemas que de la misma se derivan.

La nueva organización territorial y administrativa impulsada por la CE —art. 2 y Título IX— había necesariamente de influir en la remisión que el artículo 10.2 DLRT efectúa a la autoridad gubernativa. En efecto, mientras en el año 1977 no existían problemas para ubicar dicha autoridad en el seno del Poder Ejecutivo Estatal hoy día la

---

<sup>25</sup> En el seno de la Administración General del Estado ha sido el Consejo de Ministros la autoridad gubernativa que ha intervenido en mayor número de ocasiones, si bien más para determinar la esencialidad de los servicios que para fijar concretos servicios mínimos.

<sup>26</sup> Aunque los Ministros han intervenido casi siempre previa habilitación del Consejo de Ministros no hay inconveniente en aceptar que reúnen la condición de autoridad gubernativa por sí mismos. Son autoridad gubernativa para la STC 53/86, F. J. 5.

<sup>27</sup> *Idem*, respecto de los Secretarios de Estado. Los considera autoridad gubernativa la STS (3ª), 11-3-96, Ar. 2470, F. J. 3.

<sup>28</sup> Su intervención ha sido convalidada por la STC 27/89, F. J. 3. También, STS (3ª), 22-9-86, Ar. 4640, F. J. 5.

<sup>29</sup> Los Directores Generales suelen intervenir por delegación. La STS (3ª) 7-11-97, Ar. 9498, da cuenta de la intervención del Director General de relaciones con la Administración de Justicia, si bien su condición de autoridad gubernativa no era un asunto controvertido, por lo que el Tribunal no se pronuncia sobre la misma. Para A. OJEDA AVILÉS, *Derecho Sindical*, op. cit., pp. 497-498, nota 75, los Directores Generales no son autoridad gubernativa.

<sup>30</sup> Así lo entiende la STC 27/89, F. J. 3. Criticablemente han convalidado su actuación, previa delegación, las SSTs (3ª), 10-6-89, Ar. 4467, F. J. 2 y 26-3-90, Ar. 2512, F. J. 3. J. GÁRATE CASTRO, «Derecho de huelga ...», op. cit., p. 24, critica la delegación en el Director provincial del Insalud, en lugar de en el gobernador Civil o en el Director provincial del Ministerio correspondiente. La STS (3ª), 6-10-82, Ar. 5739, cdo. 1. entiende que la Dirección sectorial de ambulatorios del INSS no es autoridad gubernativa al no existir delegación en la misma. Vid., también, la STS (3ª), 19-12-91, Ar. 6745, F. J. 3, que da cuenta de la intervención del Director Provincial del Ministerio de Educación y Ciencia.

<sup>31</sup> SAN 6-6-80, cdo. 4 y STC 26/81, F. J. 11.

<sup>32</sup> STC 26/81, F. J. 13.

<sup>33</sup> SSTC 53/86, F. J. 5 y 8/92, F. J. 4.

existencia de Ejecutivos Autonómicos conduce razonablemente a pensar que la citada autoridad gubernativa puede encontrarse tanto en el nivel central como en el autonómico, ya que «{...} potestades de gobierno ejercen tanto, naturalmente, el Gobierno de la Nación española, que “dirige la política interior y exterior, la Administración civil y militar y la defensa del Estado” y “ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las leyes” (art. 97 C), como los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, “con funciones ejecutivas y administrativas” (art. 152.1 C)»<sup>34</sup>.

Como no podía ser de otro modo ha sido el TC el encargado de resolver la pugna competencial reconociendo competencia también a las Comunidades Autónomas. Literalmente: «El que este Tribunal Constitucional (en las Sentencias, del Pleno del 8 de abril, o en la de la Sala de 17 de julio) haya dicho que el sujeto de la atribución no es genéricamente la Administración Pública, sino aquellos órganos del Estado que ejercen las potestades de gobierno o en otros términos el Gobierno o aquellos órganos del Estado que ejerzan potestades de gobierno, no excluye a los órganos de gobierno de las Comunidades Autónomas, integrantes del Estado y dotados de potestades de gobierno»<sup>35</sup>.

Por supuesto, todo lo dicho anteriormente en relación con la concreción del término autoridad gubernativa a partir de la exigencia de imparcialidad resulta aplicable a la identificación de la misma en el seno de las CC.AA. En este sentido, y por continuar con los ejemplos, han sido considerados autoridad gubernativa los siguientes órganos: los Presidentes de las distintas CC.AA.<sup>36</sup>; los Consejos Ejecutivos<sup>37</sup>; los distintos

---

<sup>34</sup> M. C. PALOMEQUE LÓPEZ, «Sobre la competencia ...», op. cit., p. 28, nota 18.

<sup>35</sup> STC 33/81, F. J. 6, reiterada por numerosas sentencias posteriores.

También en Italia, y en relación con la *precettazione ex* artículo 8 Ley 146/90, la Corte Constitucional —sentencia 32/1991— ha tenido que valorar la pretensión de las Regiones de actuar en materia de mantenimiento de los servicios esenciales, si bien la solución ha sido radicalmente distinta a la española: sólo el Estado central es competente, asegurándose de este modo la existencia de una política uniforme en una materia que no se olvide pertenece a la política de los derechos fundamentales. Sobre el particular, véase, R. NANIA, *Sciopero e sistema ...*, op. cit., pp. 85 ss.

<sup>36</sup> STS(5ª), 8-2-88, Ar. 1280, F. J. 2.

<sup>37</sup> En general, los Consejos Ejecutivos de las distintas CC.AA. han desempeñado un papel protagonista en esta materia.

A. OJEDA AVILÉS, «El Código de autorreglamentación de las huelgas en los transportes italianos y el debate sobre una ley de huelga», en *RL*, 1987 II, p. 1188, propone *de lege ferenda* que se

Consejeros<sup>38</sup>; y otros órganos administrativos que reúnen la condición de alto cargo<sup>39</sup>, como los Directores Generales<sup>40</sup>.

No ostenta, en cambio, la condición de autoridad gubernativa, por poner sólo un ejemplo, el Presidente del Consorcio Regional de Transportes de Madrid<sup>41</sup>.

La identificación de la autoridad gubernativa se complica todavía más al introducir la variable relativa a las Administraciones Locales. Mientras la jurisprudencia no ha dudado de la existencia en su seno de autoridades gubernativas la doctrina se ha dividido en este punto<sup>42</sup>. Concretamente se ha considerado autoridad gubernativa a los siguientes órganos: Alcaldes<sup>43</sup>, Presidentes de Diputaciones<sup>44</sup> y Presidentes de Cabildos Insulares en

---

atribuya la competencia en materia de fijación de servicios mínimos a comisiones delegadas del gobierno de la nación o de las CC.AA., de composición flexible.

<sup>38</sup> En algunas CC. AA. los Consejeros han asumido un papel protagonista en esta materia, al haberles sido delegada la competencia.

<sup>39</sup> Las Administraciones Autonómicas, con algunas matizaciones que no pueden ser consideradas aquí, suelen copiar la estructura de la Administración General del estado, de tal manera que en cada Consejería existen Directores Generales y una Secretaría General. En algunas CC. AA. hay Viceconsejeros y en las pluriprovinciales Delegados Territoriales. Todos estos órganos tienen rango de alto cargo. Sobre esta cuestión, véase, por todos, L. MORELL OCAÑA, *Curso de Derecho ...*, op. cit., pp. 371 ss.

<sup>40</sup> Es el caso de la Dirección General de Trabajo de la Consejería de Trabajo y Función Pública del Gobierno de Canarias, del que da cuenta la STS (3ª) 4-12-97, Ar. 9576, si bien no se dice si actúa o no por delegación y, lo que es más importante, no se discute su condición de autoridad gubernativa.

<sup>41</sup> STS (3ª) 10-10-95, Ar. 7144, F. J. 4, calificándolo de órgano de gestión y no de autoridad gubernativa. En el mismo sentido, SSTS (3ª), 3-4-96, Ar. 3223, F. J. 3; 17-4-96, Ar. 3715, F. J. 5; y 5-6-98, Ar. 5521, F. J. 1, casando la sentencia del TSJ de Madrid que sí había considerado autoridad gubernativa al Presidente del consorcio.

<sup>42</sup> Defienden la intervención de las autoridades locales, entre otros, J. GARCÍA MURCIA, «Huelga en servicios esenciales (Comentario a la STC 27/1989, de 3 de febrero, BOE de 28 de febrero)», en *REDT*, 1989, núm. 39, p. 492, quien otorga competencia en esta materia a las autoridades locales sobre la base de que debiera intervenir aquella autoridad con competencias sobre el servicio esencial; por otra parte, no duda de que las autoridades locales, como el Alcalde, ejerzan potestades de gobierno; J. M. RAMÍREZ MARTÍNEZ, «El derecho de ...», op. cit., p. 15; L. M. LÓPEZ SANZ-ARANGUEZ, J. SÁNCHEZ-JUNCO y M. MOIX BLÁZQUEZ, «Los servicios mínimos: resoluciones administrativas y recursos jurisdiccionales», en AA. VV., *Los derechos fundamentales y las libertades públicas*, t. II, Publ. Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pp. 1020-1021; y J. GÁRATE CASTRO, «Derecho de huelga ...», op. cit., p. 23.

En cambio, A. BAYLOS GRAU, *Derecho de huelga y ...*, op. cit., pp. 179-180, entiende que los alcaldes no son autoridad gubernativa al no tener el suficiente carácter político, que como se sabe es una de las notas que configuran a las autoridades gubernativas. Para J. CRUZ VILLALÓN, «La intervención de ...», op. cit., pp. 423-424, las autoridades locales no tienen competencia en la materia al no ser autoridades laborales.

Tras la STC 233/97 parece que sale reforzada la postura de quienes otorgan competencia a las autoridades locales. En este sentido, J. CABEZA PEREIRO, «Sobre la autoridad ...», op. cit., p. 662, aunque él personalmente discrepe de la doctrina del alto tribunal.

<sup>43</sup> La STS (3ª), 10-5-86, Ar. 2363, F. J. 5, entiende que el Alcalde sí es autoridad gubernativa cuando la huelga afecta a servicios de su competencia y siempre que no se dirija directamente contra la



Canarias y de Consejos Insulares en Baleares <sup>45</sup>. Por supuesto, y aunque en la práctica no hayan intervenido, a mayor razón reunirían la condición de autoridad gubernativa los Plenos de las distintas entidades locales y las Comisiones de Gobierno <sup>46</sup>.

En todo caso, no se reproduce en el seno de las Administraciones Locales la pluralidad de autoridades gubernativas de la Administración General del Estado y de las Administraciones Autonómicas, de modo que sólo las máximas instancias políticas — Plenos, Comisiones de Gobierno, Alcaldes y Presidentes— reunirían la condición de autoridad gubernativa. La razón es que en el seno de las Administraciones Locales resulta difícil encontrar la necesaria imparcialidad fuera de las máximas instancias políticas; incluso respecto de éstas existen fundadas dudas. En este sentido, no serían autoridades gubernativas los Concejales, los Diputados Provinciales, los Consejeros Insulares y, mucho menos, los Jefes de Área o Servicio <sup>47</sup>.

Por si no fuese ya de por sí complejo identificar a la autoridad gubernativa en el seno de una realidad político-administrativa descentralizada, otros órganos constitucionales ajenos al Poder Ejecutivo han invocado también la condición de autoridad gubernativa. Es el caso de los Rectores en el seno de la Administración Universitaria <sup>48</sup>; del CGPJ en la esfera del Poder Judicial <sup>49</sup>; del Presidente del TC en dicho

---

corporación local. Igualmente, STS (5ª), 15-4-87, Ar. 2946, F. J. 1 y STS (3ª), 19-7-89, Ar. 5393, F. J. 1. La reciente STS (3ª) 6-6-98, Ar. 5523, no cuestiona la condición de autoridad gubernativa del Alcalde de Madrid, si bien tampoco la recurrente lo había cuestionado.

<sup>44</sup> El caso, por ejemplo, del Presidente de la Diputación de Castellón, del que habla la STS (3ª), 26-7-90, Ar. 6347, sin que se cuestione la condición de autoridad gubernativa.

<sup>45</sup> Es el caso del Consejo Insular de Mallorca, del que da cuenta la STS (3ª), 11-10-89, Ar. 7255, sin que en el caso se cuestionase su condición de autoridad gubernativa.

<sup>46</sup> Sobre la Administración Local, véase, J. L. RIVERO YSERN, *Manual de Derecho Local*, Civitas, Madrid, 1999.

<sup>47</sup> Para la STS (5ª), 15-4-87, Ar. 2946, F. J. 1, no puede delegarse en los directores y jefes de áreas o servicios del Ayuntamiento.

<sup>48</sup> El caso, por poner sólo un ejemplo, del Rector de la Universidad de Alcalá de Henares, del que da cuenta la STS (3ª), 14-10-97, Ar. 7535, que simplemente no se plantea si es o no autoridad gubernativa. La STS (3ª) de 9 de abril de 1996, Ar. 3632, se ocupa de una STSJ de Madrid, sala de lo c-a, 14-4-93, que había declarado la nulidad del Acuerdo de fijación de servicios mínimos dictado por el Rector de la UNED por no ostentar éste la condición de autoridad gubernativa. Sin embargo la sentencia del Supremo mencionada casa la del Superior de Justicia de Madrid al haber introducido un motivo no aducido por la parte actora, produciendo indefensión, pero sin entrar en la cuestión de fondo.

Para J. J. DÍEZ SÁNCHEZ, *La huelga de ...*, op. cit., pp. 192-193, los órganos de gobierno de las Universidades no pueden ser considerados de ningún modo autoridad gubernativa ex artículo 10.2 DLRT.

No es autoridad gubernativa el Gerente de la Universidad, según la STS (3ª), 27-2-95, Ar. 2671, F. J. 2.

órgano<sup>50</sup>; y de la Mesa del Congreso de los Diputados en el ámbito del Poder Legislativo del Estado<sup>51</sup>.

Recapitulando, la noción de autoridad gubernativa, ante la ausencia de definición legal o jurisprudencial que acote la cuestión, ha sido interpretada extensivamente, dando lugar a una pluralidad de órganos administrativos y no administrativos que autoproclaman tal condición<sup>52</sup>. A este panorama cabe efectuar numerosas observaciones críticas. Así, en primer lugar, no parece osado afirmar que buena parte de los órganos que han invocado su condición de autoridad gubernativa a tenor del artículo 10.2 DLRT no lo serían a juicio del “legislador” de 1977 que emanó dicho precepto; la mayoría porque en ese año no existían y el resto porque ni de lejos podían aspirar a tal calificación.

En segundo lugar, y esto es mucho más importante que lo anterior, la ausencia de una sólida jurisprudencia —constitucional y ordinaria— sobre el particular, como consecuencia del hecho de que rara vez la impugnación de una disposición de fijación de servicios mínimos se basa en la condición de quién los fija, impide saber si algunas de las entidades que han dictado servicios mínimos merecen la calificación de autoridad gubernativa. Su reiterada intervención y la falta generalizada de impugnación les otorga implícitamente tal condición, lo que en algunos supuestos es más que discutible.

En tercer lugar, la exigencia constitucional de imparcialidad se ha ido debilitando conforme se ha ido ampliando el arco de entidades consideradas autoridad gubernativa.

---

En realidad, las Universidades forman parte de la Administración Pública, pero su autonomía proclamada por el artículo 27 CE ha motivado su inclusión en esta parte del discurso.

<sup>49</sup> Puede citarse el Acuerdo del CGPJ de 16 de junio de 1993, sin que haya sido judicialmente cuestionada su cualidad de autoridad gubernativa.

<sup>50</sup> Vid., Acuerdo del Presidente del Tribunal Constitucional de 12 de diciembre de 1988, que no ha sido judicialmente cuestionado en este punto.

<sup>51</sup> Acuerdo de la Mesa del Congreso de los Diputados de 19 de mayo de 1992, que no es cuestionado por la STS (3ª), 29-1-96, Ar. 1309.

<sup>52</sup> También en Francia la noción de autoridad gubernativa ha experimentado una notable extensión que ha acabado por otorgar competencia incluso a los Jefes de Servicio. Sobre el particular, véase, E. DEVAUX, *La grève dans ...*, op. cit., pp. 202 ss., especialmente 206 ss.

Es el caso, por ejemplo, de los Alcaldes, de los Presidentes de Diputación y de los Rectores<sup>53</sup>.

## **2. b. Autoridad gubernativa competente en un determinado conflicto huelguístico**

Hasta ahora simplemente se ha identificado en abstracto a la autoridad gubernativa como la entidad llamada a fijar los servicios mínimos, insistiendo en las notas que la rodean o que debieran rodearla. Queda la parte más compleja, a saber, identificar a la autoridad gubernativa competente en un concreto conflicto huelguístico en los servicios esenciales. Esta última identificación comporta dos operaciones: primera, saber qué Administración Pública resulta competente; segunda, conocer qué órgano u órganos de esa Administración tienen competencia<sup>54</sup>.

De la competencia administrativa ha dicho el TC que carece de alcance constitucional, es decir, que desde el punto de vista constitucional es suficiente con la intervención de una entidad que reúna la condición de autoridad gubernativa para que los servicios mínimos no vulneren el derecho fundamental de huelga, al menos por esta circunstancia<sup>55</sup>. Qué intervenga o no una determinada autoridad gubernativa, la competente subjetiva y orgánicamente, es cuestión cuyo valor no trasciende la legalidad ordinaria<sup>56</sup>, salvo, en su caso, la perspectiva constitucional de la distribución competencial, ventilada mediante los correspondientes conflictos de competencia<sup>57</sup>.

---

<sup>53</sup> En este sentido, J. CABEZA PEREIRO, «Sobre la autoridad ...», op. cit., p. 676, nota 51, en relación con las Corporaciones Locales.

<sup>54</sup> R. ENTRENA CUESTA, *Curso de Derecho ...*, op. cit., pp. 68-69, distingue entre la competencia subjetiva, relativa a la Administración, y la competencia orgánica, relativa a los órganos administrativos.

<sup>55</sup> Literalmente establece la STC 27/89: «De todos modos, en el presente caso la discusión sobre el órgano competente para fijar los servicios mínimos no tiene mayor transcendencia para el derecho de huelga, pues tanto el Delegado del Gobierno como los órganos correspondientes de la Comunidad Autónoma de Valencia tienen el carácter de autoridad gubernativa y cumplen aquellas exigencias genéricas. Por eso, que la competencia correspondiera en este caso a una u otra entidad podría afectar a los requisitos de producción de las decisiones administrativas o al reparto de competencias pero en sí misma, como viene a decir el Ministerio Fiscal, no supone lesión del derecho de huelga» (F. J. 2).

<sup>56</sup> No comparte esta opinión J. GARCÍA MURCIA, «Huelga en servicios ...», op. cit. pág. 491, para quien el tema de la competencia, al contrario de lo que opina el TC, sí tiene alcance constitucional o, dicho de otro modo, la intervención de autoridad incompetente, aunque tenga la condición de gubernativa, comporta la lesión del derecho fundamental de huelga, puesto que la decisión provendría de autoridad desprovista de las responsabilidades políticas sobre el servicio esencial en cuestión.

<sup>57</sup> Conflictos entre el Estado y las Comunidades Autónomas, positivos o negativos, regulados por los artículos 60 y ss. de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. También, aunque no se hayan

## 2. b. 1. Administración Pública competente

Precisamente ha sido la perspectiva constitucional de la distribución de competencias entre el Estado y las CC. AA. la que ha motivado varios pronunciamientos del TC en los que éste ha perfilado, no sin problemas, el criterio delimitador de la Administración Pública competente en un determinado conflicto huelguístico.

La primera de las dos sentencias que se ocupan frontalmente del tema es la 33/81<sup>58</sup>, que sigue el siguiente itinerario lógico: parte del carácter laboral de la actuación de la autoridad gubernativa; acto seguido considera que dicha actuación supone una aplicación de la previsión del artículo 10.2 DLRT ante cada concreto conflicto huelguístico y no una actividad de tipo normativo; finalmente, acude al precepto constitucional que regula la distribución de competencias en materia laboral, el artículo 149.1.7<sup>a</sup><sup>59</sup>, e incluye la actividad de la autoridad gubernativa, en consonancia con lo anteriormente dicho, dentro de la ejecución de la legislación laboral. Consecuencia ineludible de este itinerario es la atribución de competencia a las CC.AA. que hayan asumido estatutariamente la ejecución de la legislación laboral, siempre, lógicamente, que se haya producido la pertinente transferencia de servicios<sup>60</sup>.

---

producido en la práctica, conflictos entre órganos constitucionales del Estado, regulados en los artículos 73 y ss. de la citada Ley; por ejemplo, entre el Gobierno y el CGPJ o entre el Gobierno y el Congreso de los Diputados. No puede interponerse, en cambio, el conflicto en defensa de la autonomía local, recientemente instaurado por la Ley Orgánica 7/1999, de 21 de abril, al no tener las disposiciones estatales o autonómicas de fijación de servicios mínimos rango legal —art. 75 bis LOTC—.

<sup>58</sup> Esta sentencia resuelve el conflicto positivo de competencia presentado por el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña contra el Gobierno de la nación, en relación con el RD 405/81, de 10 de marzo, que garantiza el funcionamiento del servicio público ferrocarril metropolitano y transportes urbanos de Barcelona, otorgando la titularidad de la competencia controvertida a la Generalidad y declarando nulo el anterior RD. Ha sido comentada por M. C. PALOMEQUE LÓPEZ, «Sobre la competencia ...», op. cit. pp. 24-33; A. DE ALFONSO BOZZO, «Sobre la competencia de ejecución en materia laboral de la Generalitat de Catalunya», en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1982, pp. 179-185; y M. ALONSO OLEA, *Jurisprudencia constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, t. I, 1983, Civitas, Madrid, 1984, pp. 46-49.

<sup>59</sup> El cual establece: «El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: {...} legislación laboral; sin perjuicio de su ejecución por los órganos de las Comunidades Autónomas».

<sup>60</sup> Todas las CC. AA. han asumido la competencia de ejecución de la legislación laboral. También se han producido las necesarias transferencias de funciones y servicios; el proceso ha culminado con el RD 2090/1999, de 30 de diciembre, de traspaso de funciones y servicios a Asturias en materia de ejecución de la legislación laboral. Sobre este particular, véase, M. C. PALOMEQUE LÓPEZ y M. ÁLVAREZ DE LA ROSA, *Derecho del Trabajo*, op. cit., pp. 206 ss.

Además de lo anterior la STC 33/81 se refiere al criterio de la competencia sobre el sector al que el servicio esencial pertenezca, si bien parece que lo hace a modo de *obiter dicta*<sup>61</sup>, ya que en el caso objeto de litigio confluyen en la Comunidad Catalana tanto la competencia de ejecución de la legislación laboral como la competencia en materia de transportes.

La mención de ambos criterios deja sin resolver con claridad los supuestos en los que no confluyan en una misma Administración ambos títulos competenciales. De hecho, la segunda intervención frontal del TC, a través de la sentencia 233/97<sup>62</sup>, se produce ante un supuesto de ese tipo: el Gobierno Vasco aduce su competencia en materia de ejecución de la legislación laboral y la Administración General del Estado su competencia en materia de Puertos de interés general —el Puerto de Bilbao en el que se produce el conflicto lo es—.

El TC opta por el criterio de la competencia sobre el sector al que el servicio esencial pertenezca, pese al carácter secundario que ese criterio parecía tener en la STC 33/81<sup>63</sup>. Concretamente establece: «Y, en efecto, hay que confirmar que la autoridad

---

En todo caso, téngase en cuenta que el Estado retiene excepcionalmente facultades ejecutivas, tal y como ha admitido el TC. Vid., E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho ...*, op. cit., pp. 310-312.

<sup>61</sup> Los comentaristas de la STC 33/81 parecen optar por el carácter secundario y adicional del criterio de la competencia sobre el sector al que el servicio esencial pertenezca. Cfr., en este sentido, M. C. PALOMEQUE LÓPEZ, «Sobre la competencia ...», op. cit., pp. 31-32 y M. ALONSO OLEA, *Jurisprudencia constitucional sobre ...*, op. cit. (1984), p. 48.

<sup>62</sup> Resuelve el conflicto positivo de competencia promovido por el Gobierno de la nación contra el Decreto 60/89 del Gobierno Vasco, garantizador del mantenimiento del servicio esencial de estiba y desestiba del puerto autónomo de Bilbao, otorgando la titularidad de la competencia al Estado y declarando nulo el anterior Decreto. Ha sido comentada por S. TORRENTE GARI, «La competencia del estado y de las comunidades autónomas en el establecimiento de servicios mínimos», en *Revista de Derecho Social*, 1998, núm. 1, pp. 133-146; J. CABEZA PEREIRO, «Sobre la autoridad ...», op. cit., pp. 661-677; y J. I. GARCÍA NINET e I. BALLESTER PASTOR, «El sujeto legitimado ...», op. cit., pp. 1163-1191.

<sup>63</sup> Antes de la STC 233/97 la doctrina más experta en materia de huelga en los servicios esenciales se decantaba mayoritariamente a favor de la autoridad gubernativa con competencias en materia de ejecución de la legislación laboral. Así, entre otros, A. BAYLOS GRAU, *Derecho de huelga y ...*, op. cit., pp. 180-181; J. CRUZ VILLALÓN, «La intervención de ...», op. cit., p. 424; y S. TORRENTE GARI, *El ejercicio del ...*, op. cit., pp. 242-244. Incluso después de la sentencia, J. CABEZA PEREIRO, «Sobre la autoridad ...», op. cit., p. 676, sigue defendiendo la intervención de la autoridad laboral, entre otros argumentos, por la especialización que ello supone.

A favor, en cambio, de la autoridad con competencias en el servicio estaban, I. ALBIOL MONTESINOS y T. SALA FRANCO, «El mantenimiento de ...», op. cit., pp. 1311-1313; J. GARCÍA MURCIA, «Huelga en servicios ...», op. cit., pp. 491-492; L. M. LÓPEZ SANZ-ARANGUEZ, J.

gubernativa con competencias en un determinado servicio es quien mejor puede apreciar si dicho servicio es o no esencial para la comunidad, en el sentido de si su eventual paralización afecta o menoscaba intereses y bienes constitucionalmente protegidos, siendo obviamente muy superiores las dificultades que una autoridad sin competencias sobre el servicio puede tener para ponderar lo anterior y, por lo tanto, la competencia sobre el servicio determina la competencia sobre el mínimo de actividad a mantener» (F. J. 6).

Parece sugerente y habilidoso el argumento del mejor conocimiento utilizado por el TC, si bien la idea base sobre la que reposa es más que discutible. Esa idea es la siguiente: «{...} en relación con las partes implicadas en el conflicto, tan imparcial es, en el área de sus respectivas competencias, la autoridad gubernativa del Estado como la autoridad gubernativa de la Comunidad Autónoma (SSTC 33/1981, 27/1989 y 122/1990), sin que, pese a lo que argumenta la representación del Gobierno Vasco, pueda llegarse a la conclusión de que una lo es más que la otra» (STC 233/97, F. J. 3). Pudiera defenderse, en cambio, la concurrencia de mayores dosis de imparcialidad en la autoridad gubernativa laboral que en la autoridad gubernativa con competencias sobre el servicio, ya que mientras en el caso de la primera la única preocupación debiera ser la búsqueda del equilibrio entre los intereses enfrentados, los de los trabajadores huelguistas y los de los usuarios, en la segunda a esta preocupación habría que añadir

---

SÁNCHEZ-JUNCO y M. MOIX BLÁZQUEZ, «Los servicios mínimos ...», op. cit., pp. 1019-1020; y J. GÁRATE CASTRO, «Derecho de huelga ...», op. cit., pp. 22-23.

Una tercera vía sería la defendida por J. I. GARCÍA NINET e I. BALLESTER PASTOR, «El sujeto legitimado ...», op. cit., pp. 1185 ss., para quienes la solución idónea sería decantarse por la autoridad más imparcial, que será la más alejada del conflicto, contra la que no vayan las reivindicaciones, independientemente del título competencial que ostenten.

No puede olvidarse, en todo caso, que antes de la sentencia 233/97 el TC había optado, aunque no de una manera frontal, por el criterio de la competencia sobre el sector al que el servicio esencial pertenezca. Así, en la STC 27/89, en los siguientes términos: «{...} la autoridad más apropiada será la que disponga de competencias sobre los servicios afectados pues es la que mejor puede ponderar las necesidades de preservación de los mismos...» (F. J. 2). En la STC 122/90, F. J. 2, se entiende autoridad gubernativa competente al Presidente de la Comunidad Autónoma de Madrid, precisamente por ostentar ésta la competencia sobre el servicio esencial afectado.

Finalmente, los diferentes textos normativos que se manejaron en los años 1992-93 también utilizaban el criterio de la competencia sobre el servicio. Así, por ejemplo, el artículo 13.2 del PLOH establecía: «{...} serán partes en la negociación las administraciones públicas responsables del servicio {...}»; y el artículo 14.1: «Los Acuerdos a que se refiere el artículo anterior se remitirán al Ministro que tenga encomendada la ordenación del correspondiente servicio, en el caso de que se trate de competencia estatal {...}». También el RD 635/84, de 26 de marzo (Transporte público por carretera) acoge al criterio de la competencia sobre el sector, en este caso transportes, independientemente de la competencia en materia de ejecución de la legislación laboral —art. 3—.

otra más importante, el buen y regular funcionamiento del servicio esencial afectado, que pudiera jugar en contra de la necesaria imparcialidad<sup>64</sup>. Es por esta razón, y no por el argumento del mejor conocimiento, a cuya lógica resulta difícil oponerse, por la que no se está de acuerdo con la doctrina sentada por la STC 233/97 en relación con la identificación de la Administración competente en materia de mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad.

Pese al desacuerdo manifestado lo cierto es que a partir de la STC 233/97 no hay la menor duda acerca del criterio de identificación de la Administración competente en un determinado conflicto huelguístico, que es el de la competencia sobre el sector al que el servicio esencial pertenezca. Por supuesto, la colaboración interadministrativa siempre es posible<sup>65</sup> y además resulta aconsejada por el propio TC<sup>66</sup>.

Una consecuencia nada desdeñable de este criterio es que legitima definitivamente la intervención de las Administraciones Locales cuando el servicio esencial afectado sea de su competencia. También facilita la intervención de los órganos con relevancia constitucional distintos del Ejecutivo. Esta consecuencia no hace sino corroborar el mencionado desacuerdo, pues la intervención de autoridades locales y de otros órganos constitucionales supone cuando menos un debilitamiento de la exigencia de imparcialidad.

---

<sup>64</sup> En este sentido, por todos, J. CRUZ VILLALÓN, «La intervención de ...», op. cit., pp. 416 ss.; J. M. RAMÍREZ MARTÍNEZ, «El derecho de ...», op. cit., pp. 15-16; y J. CABEZA PEREIRO, «Sobre la autoridad ...», op. cit., pp. 669-672, quien se muestra convincente en el comentario crítico que efectúa a la propia STC 233/97. También defendía esta menor imparcialidad la recurrente CC.OO., en el caso resuelto por la STC 122/90, aunque el TC no entró a valorar este argumento.

<sup>65</sup> De las relaciones interadministrativas de coordinación y cooperación se ocupan, entre otros muchos, L. MORELL OCAÑA, *Curso de Derecho ...*, op. cit., pp. 255 ss.; R. ENTRENA CUESTA, *Curso de Derecho ...*, op. cit., pp. 40 ss.; y R. FERNÁNDEZ MONTALVO, *Relaciones interadministrativas de colaboración y cooperación*, Marcial Pons, Madrid, 2000.

<sup>66</sup> La STC 233/87, F. J. 6, no excluye definitivamente la participación de las Administraciones con competencia en materia de ejecución de la legislación laboral, en el supuesto de que no tengan simultáneamente competencia sobre el servicio esencial afectado, apelando a la coordinación de las distintas Administraciones, aunque la decisión última corresponda a aquella con competencias sobre el servicio afectado por el ejercicio del derecho de huelga. Esta sentencia sigue en parte la línea abierta por la STC 33/81, F. J. 7, que encomienda la canalización de la coordinación al Delegado del Gobierno, a tenor del art. 154 CE. Lo que no aclara el TC es cómo haya de concretarse la citada coordinación y mucho menos las consecuencias en caso de ausencia de coordinación. Sobre el particular, véase, con tono muy crítico, J. CABEZA PEREIRO, «Sobre la autoridad ...», op. cit., pp. 672 ss. señalando el carácter enigmático de la alusión del TC a la coordinación administrativa.

Para concluir, aunque el TC no se haya pronunciado sobre la cuestión ha de entenderse que la validez del anterior criterio no resulta afectada por el ámbito geográfico de los fenómenos huelguísticos, esto es, no es necesario que coincidan el ámbito geográfico de la Administración con competencias sobre el sector al que el servicio esencial pertenezca y el ámbito geográfico de la huelga. Así, si por ejemplo se produce una huelga nacional en el sector sanitario la autoridad competente no será exclusivamente la correspondiente de la Administración General del Estado, sino las de las CC.AA. con competencias en el sector, lógicamente cada una en el ámbito de su territorio, y para el resto de la nación, en su caso, la de la Administración General del Estado<sup>67</sup>.

### **2. b. 2. Órgano u órganos competentes**

Más compleja es la competencia orgánica, a través de la que se determina qué órgano dentro de la Administración competente tiene atribuida la competencia de fijación de servicios mínimos.

El Ordenamiento vigente atribuye la competencia a la autoridad gubernativa. Ahora bien, tal y como anteriormente se ha visto, son varios los órganos del Gobierno y de la Administración que por su rango y condición de alto cargo ostentan la categoría de autoridad gubernativa. Puede mantenerse que se ha llevado a cabo una atribución de competencia de forma específica, es decir, indicando el órgano u órganos a los que corresponde ejercerla, y más concretamente a través de la técnica de la competencia indistinta, en base a la cual la titularidad se asigna a varios órganos, de suerte que cualquiera de ellos puede ejercerla<sup>68</sup>. Los órganos indistintamente competentes son todos aquellos que reúnan por su rango y condición el perfil de la autoridad gubernativa. Así, en el ámbito del Gobierno y de la Administración General del Estado, y por citar sólo

---

<sup>67</sup> En este sentido, J. GÁRATE CASTRO, «Derecho de huelga ...», op. cit., p. 23. Acoge este criterio el RD 866/84, de 9 de mayo (Servicios asistenciales del INAS).

En cambio, J. CRUZ VILLALÓN, «La intervención de ...», op. cit., p. 424, sostiene un criterio geográfico estricto, en base al cual actuaría la Administración General del Estado cuando el conflicto huelguístico tuviese un ámbito geográfico superior a una Comunidad Autónoma y ésta cuando el conflicto no superarse dicho ámbito.

<sup>68</sup> Sobre las distintas formas de atribución de la competencia, véase, por todos, R. ENTRENA CUESTA, *Curso de Derecho ...*, op. cit., pp. 72-74.



algunos órganos, serían indistintamente competentes el Consejo de Ministros, los Ministros correspondientes, los Secretarios de Estado correspondientes, los Delegados del Gobierno en las CC.AA. —en el ámbito de su territorio, lógicamente—, etc. Caben otras interpretaciones<sup>69</sup>, si bien ésta parece la más sólida.

Junto a la atribución de competencia efectuada por el artículo 10.2 DLRT, que se ajusta a lo apenas dicho, algunas CC. AA. han efectuado una atribución de competencia orgánica de tipo específico, a través de la técnica de la competencia alternativa, según la cual la competencia deberá ser ejercitada por el órgano al que se le atribuye, pero cabrá que éste delegue el ejercicio en otro órgano. Así, por ejemplo, la Ley 3/88, de 13 de diciembre, de la Función Pública de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, atribuye competencia al Consejo de Gobierno —art. 10. 2. k)—. Del mismo modo, la Ley 9/94, de 29 de julio, de reforma de la legislación relativa a la Función Pública de Cataluña, atribuye competencia al Consejo de gobierno, previendo expresamente la posibilidad de delegación —art. 7—.

Por cierto, la mera atribución normativa de competencia orgánica no vulnera la garantía constitucional de la reserva de ley<sup>70</sup>. Ésta es, por tanto, una materia en la que tanto la Administración General del Estado como las Administraciones Autonómicas pueden intervenir normativamente y acabar con los problemas que la competencia

---

<sup>69</sup> Una interpretación posible es considerar que autoridad gubernativa son solamente el Consejo de Ministros y los Consejos de Gobierno de las CC. AA., que no obstante podrían delegar su competencia en otros órganos, como los Ministros, los Consejeros, etc. Ahora bien, si tal y como después se dirá el órgano delegado ha de reunir también la condición de autoridad gubernativa mal puede sostenerse que ésta se corresponde sólo con el Consejo de Ministros o con los Consejos de Gobierno de las CC. AA.

Otra interpretación posible es considerar que la atribución de competencia efectuada por el artículo 10.2 DLRT tiene carácter genérico, por lo que sería de aplicación el artículo 12.3 LRJAP, según el cual: «Si alguna disposición atribuye competencia a una Administración, sin especificar el órgano que debe ejercerla, se entenderá que la facultad de instruir y resolver los expedientes corresponde a los órganos inferiores competentes por razón de la materia y del territorio, y, de existir varios de éstos, al superior jerárquico común». Con arreglo a esta interpretación órganos competentes son *ratione materiae* y *ratione loci* los Directores Generales y los Delegados del Gobierno en las CC. AA, que son los últimos órganos directivos en la escala jerárquica a los que cabe calificar como autoridad gubernativa.

<sup>70</sup> El Decreto 155/88, de 9 de junio, del Consejo de la Xunta de Galicia, atribuye competencia a los Consejeros responsables del sector al que el servicio esencial pertenezca —art. 3—. Este mismo criterio es el seguido por el Decreto 24/87, de 13 de marzo, del Gobierno de Canarias —art. 2—. Estos dos Decretos sí vulneran la reserva de ley, ya que no se limitan a atribuir competencia sino que además desarrollan el artículo 28.2 CE al establecer con carácter abstracto y permanente la esencialidad de determinados servicios; algunos de los cuales de ningún modo pueden ser considerados esenciales.

indistinta derivada del artículo 10.2 DLRT puede comportar y que tienen que ver con las siempre complejas relaciones interorgánicas<sup>71</sup>.

La competencia orgánica, que como se sabe es uno de los elementos subjetivos que determinan la regularidad de los actos administrativos<sup>72</sup>, es una exigencia que no trasciende la legalidad ordinaria, lo que ha hecho que pase desapercibida, pues la impugnación de los actos de fijación de servicios mínimos se canaliza normalmente por el proceso especial de protección de los derechos fundamentales, que impide tratar cuestiones de legalidad ordinaria. Y si se canalizan por el proceso especial es porque prácticamente siempre hay algún motivo con valor constitucional por el que impugnar los servicios mínimos.

En todo caso, lo dicho anteriormente a propósito de la competencia indistinta de los órganos que reúnan la condición de autoridad gubernativa resta importancia a esta cuestión desde la perspectiva de la legalidad ordinaria, excepto cuando haya habido una específica atribución normativa de competencia, ya sea exclusiva o alternativa, en cuyo caso sólo determinados órganos serán competentes, como sucede en Cataluña, en Castilla-La Mancha y seguramente en otras CC. AA.

## **2. c. Delegación de la competencia**

Siendo la fijación de servicios mínimos ejercicio de una potestad administrativa de actuación cabe preguntarse si la competencia para fijarlos puede ser objeto de delegación. La respuesta a esta interrogante no es nada sencilla. La delegación es posible<sup>73</sup>, pero sólo tiene sentido cuando haya habido una atribución de competencia

---

<sup>71</sup> Sobre la coordinación administrativa, vid., R. ENTRENA CUESTA, *Curso de Derecho ...*, op. cit., pp. 85 ss.

<sup>72</sup> Artículo 53.1 LRJAP. Sobre el particular, véase, por todos, E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho ...*, op. cit., pp. 539-540.

<sup>73</sup> De hecho el TC ha aludido expresamente a la posibilidad de delegación, en los siguientes términos: «Cuestión distinta es que, en un momento dado, el Gobierno pueda delegar en ese órgano facultades que no pertenecen necesariamente a su función. Se produce entonces una libre elección del delegado y recaen tales funciones en ese órgano como podían recaer en otro» (STC 26/81, F. J. 11). P. CRUZ VILLALÓN, «La intervención de ...», op. cit., p. 420, crítica este párrafo por entender que supone una aplicación mecánica de las reglas ordinarias del Derecho Administrativo. En realidad, hay

alternativa, caso de Cataluña o Castilla-La Mancha, en la que el órgano competente, en ambos casos el Consejo de Gobierno, puede delegar en otros órganos, como los Consejeros, etc.<sup>74</sup>. Si, por el contrario, la atribución de competencia es indistinta no cabe la delegación, pues todos los órganos que reúnen la condición de autoridad gubernativa son igualmente competentes. Recuérdesse que aquí se ha mantenido que del artículo 10.2 DLRT se deriva una competencia indistinta, sin perjuicio de que normativamente pueda recurrirse a la competencia alternativa o a otra técnica de atribución, cosa que se ha hecho en algunas CC. AA.

La delegación, de poder producirse, no puede recaer en cualquier órgano de la misma Administración, como establece el artículo 13.1 LRJAP<sup>75</sup>, sino solamente en aquellos órganos que reúnan también la condición de autoridad gubernativa<sup>76</sup>. Las exigencias constitucionales de imparcialidad y responsabilidad política resultan

---

que tener en cuenta que en el mismo F. J. 11 parece que el TC rechaza que el Delegado del Gobierno en RENFE sea una autoridad gubernativa en la que se pueda delegar, si bien el F. J. 13 parece sugerir lo contrario. En definitiva, no queda muy claro si el párrafo transcrito puede o no interpretarse literalmente.

<sup>74</sup> El Decreto 120/95, de 24 de marzo, de la Generalidad de Cataluña, delega el ejercicio de la competencia de fijación de servicios mínimos permanentemente en el Consejero de Trabajo, con el informen-propuesta previo del departamento o departamentos competentes en cada caso en razón del servicio esencial afectado. Previamente procedía a una delegación algo más compleja el Decreto 164/90, de 20 de julio, ahora derogado.

<sup>75</sup> Dice el artículo 13.1 LRJAP: «Los órganos de las diferentes Administraciones públicas podrán delegar el ejercicio de las competencias que tengan atribuidas en otros órganos de la misma Administración, aun cuando no sean jerárquicamente dependientes, o de la entidades de derecho público vinculadas o dependientes de aquéllas». Sobre la delegación, véase, por todos, R. ENTRENA CUESTA, *Curso de Derecho ...*, op. cit., pp. 77-80.

<sup>76</sup> Para J. CRUZ VILLALÓN, «La intervención de ...», op. cit., p. 420, «{...} la delegación en sí misma puede admitirse en el ejercicio de esta facultad, siempre y cuando el órgano que recibe la atribución de fijar los servicios por su propia naturaleza siga conservando el carácter de órgano político y con responsabilidades de Gobierno, no bastando con que sea una simple instancia administrativa». En este mismo sentido se manifiestan las SSTs (3ª), 15-9-95, Ar. 6654, F. J. 6 y 6-5-97, Ar. 3911, F. J. 5. La STC 26/81, F. J. 11, no se refiere expresamente a este requisito aunque implícitamente parece exigir que la delegación recaiga en autoridad gubernativa. M. ALONSO OLEA, *Jurisprudencia constitucional sobre ...*, op. cit., (1984) p. 43, entiende que lo que la STC 26/81 exige es que el delegado no esté a distancia remota de la fuente de la delegación.

Resulta reprochable, a tenor de lo que se acaba de decir, la STS (3ª) 11-7-80, Ar. 2950, cdo. 7, que permite la delegación conforme a las reglas ordinarias del Derecho Administrativo, con la consiguiente posibilidad de deferir en la dirección de la empresa pública el establecimiento efectivo de los servicios mínimos. Afortunadamente el Tribunal Supremo no sólo no ha vuelto a sostener esta opinión sino que ha exigido que la delegación recaiga en órgano que reúna la condición de autoridad gubernativa.

Tampoco la jurisprudencia administrativa italiana permite la delegación de la fijación de los servicios mínimos —*prestazioni indispensabili*— a las empresas. Así, por todas, la sentencia TAR (Tribunale Amministrativo Regionale) Lazio, 12-3-1994, núm. 474, incluida en la revista *I Tar*, 1994, pp. 1357 ss.

ineludibles y no pueden desaparecer en caso de delegación de la competencia<sup>77</sup>. Por otra parte, los riesgos de la delegación en cascada, en su día denunciados por la doctrina<sup>78</sup>, son jurídicamente inexistentes a tenor del artículo 13.5 LRJAP, que dice así: «Salvo autorización expresa de una Ley, no podrán delegarse las competencias que se ejerzan por delegación».

Si se compara lo hasta ahora dicho acerca de las limitadas posibilidades de la delegación con la *praxis* el resultado no puede ser más desolador y ello por varias razones: primera, porque el prisma que ha dominado esta materia, sobre todo en el seno de la Administración General del Estado, no ha sido el de la atribución de competencia para dictar actos administrativos, con o sin posibilidades de delegación, sino el del ejercicio de una potestad reglamentaria por el Consejo de Ministros. De esta guisa, las llamadas efectuadas en los Reales Decretos a otros órganos, normalmente a los Ministros, no constituyen delegación de competencia sino atribución de competencia o quizá más exactamente habilitación para desarrollar normativamente los Reales Decretos a través de Ordenes Ministeriales<sup>79</sup>. Toda esta *praxis* resulta reprobable, pues como tantas veces se ha dicho vulnera la garantía constitucional de la reserva de ley.

Segunda razón, porque aunque forzosamente se interprete que las intervenciones del Consejo de Ministros o de los Consejos de Gobierno no tienen carácter reglamentario sino aplicativo, resulta difícil aceptar que el artículo 10.2 DLRT atribuya competencia sólo a estos órganos, como opina buena parte de la doctrina, de suerte que todos los

---

<sup>77</sup> Vid., A. BAYLOS GRAU, *Derecho de huelga y ...*, op. cit., pp. 183-184; S. TORRENTE GARI, *El ejercicio del ...*, op. cit., p. 258; y J. GÁRATE CASTRO, «Derecho de huelga ...», op. cit., p. 24.

<sup>78</sup> Sobre el peligro de la delegación en cascada, A. BAYLOS GRAU, *Derecho de huelga y ...*, op. cit., pp. 182-184. Tempranamente, M. ALONSO OLEA, *Jurisprudencia constitucional sobre ...*, op. cit., (1984) p. 43, había afirmado la imposibilidad jurídica de la delegación en cascada.

A diferencia de España, en Francia no ha sido objeto de debate la entidad decisora en la materia, habiéndose reconocido competencia tanto a la autoridad gubernativa, como a las autoridades administrativas, incluso a los directores de los establecimientos públicos, a través de la posibilidad ordinaria de la delegación en cascada. Por todos, vid., J. PÉLISSIER, «Grève et substituts ...», op. cit., p. 143.

<sup>79</sup> Por poner sólo algunos ejemplos, es el caso del RD 2998/78, de 15 de diciembre (Iberia), que en su artículo 2 habilita al Ministerio de Transportes; del RD 773/84, de 11 de abril (Electra del Viesgo), que en su artículo 2 habilita al Ministro de Industria, quien desarrolla la anterior norma mediante la Orden de 24 de abril de 1984; del RD 1477/88, de 9 de diciembre (Refino del petróleo), que en su artículo 2 habilita al Ministro de Industria, quien desarrolla dicha norma mediante dos Ordenes de 9 de diciembre de 1988; del RD 425/93, de 26 de marzo (Distribución de combustibles), que en su artículo 2 habilita al Ministro de Industria, quien ha desarrollado dicha norma a través de la Orden de 29 de noviembre de 1996; etc.

demás actuarían por delegación<sup>80</sup>. Téngase en cuenta que si los órganos sobre los que puede recaer la delegación también deben ser autoridad gubernativa entonces su competencia no será delegada sino originaria, *ex* artículo 10.2 DLRT. Lo cierto es, sin embargo, que sobre todo en las CC. AA. se viene interpretando que órgano competente es sólo el Consejo de Gobierno, quien a veces ejerce su competencia<sup>81</sup> y a veces la delega, para un caso concreto o permanentemente<sup>82</sup>.

Tercera y última razón, porque se ha habilitado frecuentemente a la dirección de la empresa para fijar materialmente los servicios mínimos<sup>83</sup>, desde luego no al amparo de una delegación imposible, tampoco de una encomienda de gestión igualmente imposible<sup>84</sup>, sino de un complemento técnico y funcional mal entendido. Recuérdese que

---

<sup>80</sup> Ésta parece ser la tesis que sostienen algunos de los más prestigiosos autores, aunque no claramente. Así, entre otros, A. BAYLOS GRAU, *Derecho de huelga y ...*, op. cit., pp. 182-184; quien alude a los Gobiernos central y autonómicos; J. J. DÍEZ SÁNCHEZ, *La huelga de ...*, op. cit., p. 122, para quien sólo serían autoridades gubernativas las máximas instancias en cada nivel administrativo — Consejo de Ministros; Delegados del Gobierno en CC.AA.; Gobernadores Civiles; Consejos Ejecutivos de las CC.AA.; y Alcaldes—; J. GÁRATE CASTRO, «Derecho de huelga ...», op. cit., pp. 23-24; M. ALONSO OLEA y M. E. CASAS BAAMONDE, *Derecho del Trabajo*, op. cit., p. 994; y M. C. PALOMEQUE LÓPEZ y M. ÁLVAREZ DE LA ROSA, *Derecho del Trabajo*, op. cit., pp. 583-584.

<sup>81</sup> Por poner sólo algunos ejemplos de ejercicio de la competencia por parte del Consejo de Gobierno, pueden citarse los siguientes: Decreto 82/96, de 6 de noviembre (Administración autonómica de Murcia) del Gobierno de Murcia; Decreto 256/96, de 19 de noviembre (Administración de la Comunidad de Castilla y León) de la Junta de Castilla y León; Decreto 215/96, de 3 de diciembre (Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón) de la Diputación General de Aragón; y Decreto 124/96, de 5 de diciembre (Administración autonómica de Cantabria) del Consejo de Gobierno de Cantabria.

<sup>82</sup> Un ejemplo de delegación de la competencia para un concreto conflicto huelguístico puede encontrarse en el Decreto 26/87, de 31 de marzo (Asistencia sanitaria) de la Junta de Castilla-La Mancha, que delega en su artículo 2 en el Director General de Salud Pública. También el Decreto Foral 191/92, de 19 de mayo (Administración de la Comunidad Foral de Navarra) de la Comunidad de Navarra, que delega en su artículo 2 en los distintos Consejeros y en los Directores de los Organismos autónomos.

En cuanto a la delegación permanente, cabe citar: el Acuerdo de 5 de octubre de 1983 de la Junta de Andalucía, que delega en la Consejería de Trabajo y Seguridad Social y en la Consejería competente en cada caso por razón de la materia; el Decreto 120/95, de 24 de marzo, de la Generalidad de Cataluña, que delega la facultad de fijación de servicios mínimos en el Consejero de Trabajo; y el Decreto 139/96, de 11 de junio, del Gobierno Vasco, que delega en el Consejero de Justicia, Economía, Trabajo y Seguridad Social.

<sup>83</sup> Numerosas disposiciones continúan delegando en la empresa. Es el caso, entre otras muchas, de: RD 364/87, 13-3 (Gas Madrid); RD 207/87, 13-2 (CEGAS); RD 422/87, 18-3 (EMPETROL); RD 518/87, 15-4 (FENOSA); RD 1501/91, 18-10 (RETEVISION); RD 58/94, 21-1 (Servicios portuarios). Sorprende, por ejemplo, que no se considerase motivo de impugnación la intervención del Consejero delegado de Caja Postal, por lo que la STS (3ª), 8-7-94, Ar. 5680, no se pronuncia sobre el particular.

<sup>84</sup> Dice el artículo 15.5 LRJAP: «El régimen jurídico de la encomienda de gestión que se regula en este artículo no será de aplicación cuando la realización de las actividades enumeradas en el apartado primero haya de recaer sobre personas físicas o jurídicas sujetas a derecho privado, ajustándose entonces, en lo que proceda, a la legislación correspondiente de contratos del Estado, *sin que puedan encomendarse a personas o entidades de esta naturaleza actividades que, según la legislación vigente, hayan de realizarse con sujeción al derecho administrativo*» (mías las cursivas).

al amparo del complemento técnico y funcional no pueden dictarse materialmente los servicios mínimos; su intensidad<sup>85</sup>.

Una cosa es lo que en nombre de la delegación se esté haciendo en la práctica, en la mayoría de los casos irregularmente, y otra bien distinta lo que en base al Ordenamiento vigente se debe hacer. Sentada esta premisa, la delegación tiene en el actual sistema un estrecho campo, por la sencilla razón de que todos los órganos que reúnen la condición de autoridad gubernativa tienen competencia para actuar, siendo improcedente la delegación, salvo la posibilidad apuntada de específica atribución normativa de competencia alternativa. En este último caso, la delegación estará sujeta a las exigencias constitucionales de imparcialidad y responsabilidad política, lo que excluye radicalmente a los órganos administrativos cercanos a la gestión de la empresa; garantía ésta especialmente aplicable en el sector público. En cuanto al complemento técnico y funcional, que sí puede recaer en la empresa, no puede utilizarse para encubrir una “delegación” a todas luces atentatoria del derecho fundamental de huelga.

## **2. d. Intervención efectiva de la autoridad gubernativa y papel de otros sujetos: imparcialidad funcional**

La imparcialidad de la que tanto se ha hablado hasta el momento puede denominarse orgánica o subjetiva. Junto a ésta se encuentra la que podría denominarse imparcialidad funcional, en base a la cual no basta con que la entidad competente, la autoridad gubernativa, sea orgánicamente imparcial, sino que es necesario que actúe de manera verdaderamente imparcial. Es indispensable que concurren ambos tipos de imparcialidad en la fijación de servicios mínimos para no vulnerar el derecho fundamental de huelga. Esta doble exigencia de imparcialidad ha sido manifestada por el TC en los siguientes términos: «Ciertamente, los servicios mínimos han de ser fijados por autoridad gubernativa, que ha de actuar imparcialmente {...}» (STC 27/89, F. J. 3).

---

<sup>85</sup> El complemento técnico y funcional de los servicios mínimos como categoría distinta de la propia intensidad de los servicios mínimos ha sido estudiado en el capítulo tercero, apartado C. Recuérdese cómo allí se dice que la mayoría de los autores tratan del complemento técnico a propósito de la delegación de la competencia de fijación de servicios mínimos, con el objetivo último de evitar que por una u otra vía sean las empresas las que finalmente fijen la intensidad de los servicios mínimos.

A diferencia de la imparcialidad orgánica, relativamente fácil de apreciar —se da o no se da—, la imparcialidad funcional es fuente de litigiosidad, especialmente en los casos en los que la autoridad gubernativa haya acogido la propuesta unilateral de una de las partes. No resultará nada fácil establecer si la decisión proviene en última instancia de la autoridad gubernativa, que considera acertados los servicios mínimos propuestos, o bien de la parte que realiza la propuesta, limitándose la autoridad a otorgar su visto bueno sin mayor reflexión. Se abre aquí un nuevo y polémico frente para los tribunales que tendrán que apreciar, en los casos en los que la autoridad acoja las decisiones de otros sujetos, si la decisión última es de la autoridad gubernativa y, por tanto, imparcial, o si, por el contrario, se está ante una decisión de otro encubierta bajo el manto formal de la intervención gubernativa<sup>86</sup>.

En este complejo contexto uno de los elementos que pueden ayudar a determinar si se da o no la imparcialidad funcional es el cumplimiento del trámite de audiencia previa a las distintas partes implicadas<sup>87</sup>. Otro elemento puede buscarse en el contenido de la motivación de la disposición gubernativa que acoja la propuesta de otra entidad, especialmente si ésta es la organización empresarial.

No es técnica admisible, en este orden de ideas, la mera autorización de la autoridad gubernativa a una entidad que no reúna esta condición, ya que «{...} la autorización es simplemente una aquiescencia o un consentimiento a algo hecho por otro, por lo que la competencia no es del que autoriza, sino del que realiza el acto {...}» (STC 26/81, F. J. 13).

---

<sup>86</sup> En el caso concretamente enjuiciado por la STC 27/89 se llega a la conclusión de que la autoridad gubernativa no había actuado con la exigible imparcialidad, al haberse limitado a dar su visto bueno o conforme a los servicios mínimos dictados por la estructura empresarial.

Para la STS (3ª), 27-9-90, Ar. , F. J. 2, no vulnera el derecho de huelga el hecho de que la autoridad gubernativa aceptase la propuesta unilateral de la empresa, pues ésta componía adecuadamente el conflicto de intereses. Igualmente, STS (3ª), 8-2-91, Ar. 1248, F. J. 3. Incluso podría traerse aquí a colación el F. J. 4 del voto particular del magistrado Mendizábal Allende a la STC 362/93, que considera acertada la decisión de la autoridad gubernativa acogiendo la propuesta empresarial, al componer ésta adecuadamente el conflicto de intereses.

<sup>87</sup> En este sentido, A. BAYLOS GRAU, «Huelga en servicios esenciales: motivación de la imposición del acto y audiencia a los huelguistas», en *REDT*, 1989, núm. 39, pp. 503-505, entiende que la audiencia previa es más un indicio de la imparcialidad funcional que un requisito formal del acto administrativo de fijación de servicios mínimos. Téngase en cuenta que ésta fue la posición mantenida por el abogado de CC.OO., E. Lillo, en el recurso que dio lugar al ATC 517/89 (referencia según Jurisprudencia constitucional del BOE), el cual, sin embargo, rechaza que la falta de audiencia de los representantes de los trabajadores comporte la ausencia de la necesaria imparcialidad.

Qué la autoridad gubernativa tenga que intervenir con imparcialidad funcional no significa que tenga que excluir necesariamente a otro tipo de sujetos: representantes de los trabajadores, representantes empresariales y representantes de los usuarios. El vigente sistema no excluye necesariamente a esos sujetos, como el propio TC ha tenido ocasión de decir<sup>88</sup>.

Las exigencias de imparcialidad orgánica y funcional no impiden de ningún modo a la autoridad gubernativa fomentar las propuestas unilaterales o conjuntas de las partes, o bien consultarles, o incluso atribuirles la fijación efectiva de los servicios mínimos bajo su atenta tutela<sup>89</sup>. Es la autoridad gubernativa la que voluntariamente margina a la autonomía colectiva y a las asociaciones de usuarios, pese a las numerosas razones que desaconsejan la marginación<sup>90</sup>.

### **3. PUNTOS CRÍTICOS DEL VIGENTE SISTEMA Y ALTERNATIVAS**

---

<sup>88</sup> Literalmente entiende: «La propia doctrina de este Tribunal ha residenciado en la autoridad gubernativa correspondiente la decisión al respecto, y a ella sola toca decidir, sin perjuicio de que pueda remitir la concreta fijación de los servicios a instituciones derivadas de la autonomía colectiva, si se ofrecen garantías suficientes en torno a la efectiva prestación de los servicios, o bien pueda hacer suyas las conclusiones, propuestas y ofertas de las propias partes en conflicto» (STC 51/86, F. J. 3).

<sup>89</sup> Véase de nuevo la doctrina del TC transcrita dos notas atrás. Asimismo, la STC 27/89, cuando establece: «Estas exigencias (entre ellas la imparcialidad funcional), como apunta el Ministerio Fiscal, no dejan de ser cumplidas por el mero hecho de que la autoridad gubernativa acepte o acoja las propuestas de la Dirección del centro de trabajo afectado por la huelga, siempre que la fijación de los servicios mínimos provenga en última instancia de esa autoridad, se ajuste a los criterios de neutralidad e imparcialidad anteriormente enunciados, y responda, en definitiva, no a los intereses empresariales, sino a la necesidad de preservar servicios esenciales de la comunidad. Mientras se cumplan estos requisitos, el que se hayan seguido las propuestas del empleador puede justificar un examen más detenido y cauteloso de la decisión administrativa, pero no lleva en sí mismo la inconstitucionalidad de la medida» (F. J. 3).

<sup>90</sup> En este sentido, J. CRUZ VILLALÓN, «La intervención de ...», op. cit., p. 413, aporta las siguientes razones para fomentar la participación de estos sujetos marginados: «En primer lugar, puede hacer menos traumática la imposición de los servicios mínimos, fomentando la aceptación de su necesidad; en segundo lugar, presenta una fórmula más respetuosa con el principio de autonomía colectiva, dando el protagonismo correspondiente a los sujetos sindicales; en tercer lugar, asegura que no se escondan intereses espurios en la fijación de los servicios mínimos, obligando a justificar que las medidas adoptadas no pretenden obstaculizar el ejercicio del derecho de huelga, y, por último, y en cuarto lugar, facilita la solución de los múltiples problemas técnicos de la puesta en práctica de estos servicios mínimos, particularmente en aquellas empresas con unos sistemas complejos de organización del trabajo y de empleo de alta tecnología». En realidad, estas mismas razones sirven para justificar no ya una mayor participación sino un papel protagonista en la materia.

La marginación de la autonomía colectiva ya ha sido estudiada en el capítulo segundo, apartado B, epígrafe 1.c., al que se remite. Además, se vuelve a insistir en la misma en este mismo apartado en sede crítica.



Uno de los aspectos más criticables de la regulación española de la huelga en los servicios esenciales es, sin duda, el de la entidad competente para fijar servicios mínimos, así como para declarar la esencialidad de los servicios. La crítica puede sintetizarse en las dos ideas siguientes: excesivo protagonismo de la autoridad gubernativa y consiguiente marginación de las partes en conflicto<sup>91</sup>.

Para comenzar conviene dejar sentado que la censura se centra no en la intervención de un tercero imparcial, la autoridad gubernativa, sino en su protagonismo excesivo. A tenor de la doctrina del TC la intervención de un tercero imparcial es una exigencia constitucional que deriva del conflicto de intereses que está detrás de la fórmula constitucional del 28.2. La presencia de intereses de terceros y el alcance constitucional de dichos intereses “publican” necesariamente esta materia<sup>92</sup>.

Lo que ya no se deriva de la Constitución es el grado de protagonismo del tercero imparcial, que en nuestro sistema es la autoridad gubernativa. Constitucionalmente bastaría con las irrenunciables funciones de control y suplencia y sin embargo la autoridad gubernativa “regula” esta materia en primera persona y hasta sus últimas consecuencias: declara la esencialidad de un servicio; en su caso, selecciona las prestaciones esenciales; decide la medida garantizadora a adoptar, que invariablemente es un servicio mínimo; articula el servicio mínimo detalladamente, o bien remite esa tarea a otra autoridad; selecciona la instancia encargada del complemento técnico y funcional; y, finalmente, decide el protagonismo que han de asumir las partes en conflicto, que bien pudiera ser nulo o testimonial.

Es este protagonismo omnicomprendido de la autoridad gubernativa el que se critica y el que choca frontalmente con el protagonismo que el modelo constitucional de

---

<sup>91</sup> I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, *El proyecto de ...*, op. cit., p. 21, habla con acierto de “hipertrofia heterorreguladora” y de “hipotofria autorreguladora”.

<sup>92</sup> J. CRUZ VILLALÓN, «La intervención de ...», op. cit., *passim*, justifica la intervención de la autoridad gubernativa en tanto que sujeto imparcial precisamente por la defensa de los intereses de los terceros usuarios de los servicios esenciales.

En cuanto a la publicación de esta materia, véase, A. BAYLOS GRAU, «Derecho de huelga en ...», op. cit., pp. 195-196.

La jurisprudencia ha subrayado el carácter prevalentemente administrativo de la fijación de servicios mínimos, más allá de su carácter laboral. Así, el ATS (sala de conflictos de competencia), 28-

relaciones laborales otorga a la autonomía colectiva. Recuérdese, en este orden de ideas, que el artículo 10.2 DLRT, que sirve de fundamento al protagonismo que se critica, es preconstitucional y a pesar de que la STC 11/81 lo convalidara no puede olvidarse que responde a la lógica heterorreguladora que imperaba en materia sindical antes de la Constitución de 1978<sup>93</sup>.

Pero no es sólo que formalmente la autonomía colectiva no despliegue el papel que debería conforme al nuevo modelo constitucional. Más importante todavía es que desde el punto de vista material la marginación de la autonomía colectiva se salda con la ineficacia del sistema: las reglas formal y materialmente heterónomas suelen estar condenadas al fracaso. Si eso es así en el ámbito laboral en general todavía lo es más en el ámbito conflictivo, en la limitación del derecho de huelga. A la postre la crítica que aquí se efectúa se mueve fundamentalmente en el terreno de la política del derecho y desde esa perspectiva si se quiere dotar al sistema de eficacia hay que recurrir a la autonomía colectiva<sup>94</sup>, incluso cuando ésta no sea del todo genuina y no le corresponda la última palabra, como posteriormente se verá.

A las anteriores críticas de carácter central pueden añadirse numerosas críticas periféricas, que tienen que ver con el modo cómo la autoridad gubernativa está desarrollando su omnicompreensivo papel. En primer lugar, está actuando de forma absolutamente asistemática, sin sujetarse al mismo método o procedimiento. Esta asistematicidad deja sentir sus perniciosos efectos, por ejemplo, en el terreno del conocimiento de las disposiciones, que en unos casos se publican y en otros no. Además, y esto es mucho más importante, el listón de la imparcialidad se ha situado cada vez más bajo. Se ha producido una inflación de autoridades gubernativas, ya sea por intervención

---

3-94, Ar. 10579, F. J. 4. Anteriormente, con profusión de argumentos, la STSJ Cantabria, sala de lo social, 13-10-92, As. 4759.

<sup>93</sup> Esta disfuncionalidad de la heterorregulación en materia conflictiva ha sido denunciada, entre otros muchos, por A. BAYLOS GRAU, *Derecho de huelga y ...*, op. cit., pp. 178-179 y M. O. SÁNCHEZ MARTÍNEZ, *la huelga ante ...*, op. cit., p. 222. El mismo Baylos, en su tesis de 1981, manifiesta cómo en Derecho comparado predomina la fijación de servicios mínimos mediante autorregulación pura y/o negociada, lo que le lleva, incluso, a considerar como dos medidas garantizadoras distintas la imposición de servicios mínimos según haya sido acordada por las partes en conflicto o por la autoridad gubernativa.

En contra de esta opinión, aunque no se ignore la promoción de la autonomía colectiva por la CE, parece encontrarse J. CRUZ VILLALÓN, «La intervención de ...», op. cit., pp. 408-428, *passim*.

<sup>94</sup> Vid., *supra*, capítulo segundo, apartado B, notas 44 y 45.

directa o por delegación —de nuevo la asistematicidad—, que ha ido difuminando cada vez más la exigencia constitucional de imparcialidad. También ha provocado esa inflación, unida a la falta de sistemática, una pugna competencial entre distintas autoridades gubernativas, las que tienen competencia sobre el sector al que el servicio esencial pertenece y las encargadas de la ejecución de la legislación laboral, saldada con triunfo de las primeras, para mayor debilitamiento de la imparcialidad. Resulta extraordinariamente difícil apreciar hoy día en buena parte de las entidades que se autoproclaman autoridad gubernativa la suficiente imparcialidad. La consecuencia que en muchos casos se deriva de esta circunstancia es el incumplimiento de los servicios mínimos. En el vigente sistema no es ya que la autoridad gubernativa carezca de *auctoritas*, que también, es que frecuentemente su *potestas* es más que discutible y el resultado final suele ser el incumplimiento de los servicios mínimos.

En segundo lugar, la autoridad gubernativa va siempre a remolque de las situaciones conflictivas, lo que provoca varios problemas: ausencia de tiempo para adoptar las decisiones luego de haber consultado a todas las partes en conflicto, lo que es especialmente necesario en determinados servicios de enorme complejidad técnica; dificultad para fomentar una negociación efectiva de los servicios mínimos, al estar el conflicto principal “en caliente”; e inseguridad, pues si la huelga afecta a una empresa la esencialidad se predica de la empresa, si afecta a un sector de producción la esencialidad se predica del sector, etc., no conociéndose con precisión el ámbito de los servicios esenciales. Y sin embargo la autoridad gubernativa podría evitar o al menos mitigar las anteriores disfunciones adelantándose a los conflictos mediante la elaboración de planes abstractos de servicios mínimos, de tal manera que una vez llegado el conflicto la autoridad gubernativa tendría buena parte del trabajo, la más compleja técnica y políticamente, ya efectuado. Lo que no puede hacer la autoridad en la actualidad es regular esta cuestión mediante normas reglamentarias, pues las mismas vulneran la garantía constitucional de la reserva de ley; pese a ello es y ha sido práctica habitual.

En tercer lugar, y aunque pudieran citarse muchas otras críticas, merece especial censura el incumplimiento constante por parte de la autoridad gubernativa de las garantías con las que el TC ha rodeado la imposición de servicios mínimos,

especialmente la motivación suficiente y el principio de proporcionalidad<sup>95</sup>. Sólo por esta circunstancia podría decirse que la experiencia de muchos años demuestra que la autoridad gubernativa es la entidad menos idónea para fijar servicios mínimos, aunque el TC piense lo contrario<sup>96</sup>.

Tras las críticas que se han formulado parece necesario realizar algunas propuestas capaces de superar o mitigar dichas críticas. *De lege data* nada impide que el protagonismo pase de la autoridad gubernativa a las partes en conflicto, pudiendo producirse este cambio de modo informal o de modo institucional. De modo informal bastaría con que la autoridad gubernativa habilitase *de facto* a las partes en conflicto, reservándose las irrenunciables funciones de control y suplencia<sup>97</sup>. La multiplicidad de autoridades gubernativas existentes en la actualidad hace de esta propuesta informal más un deseo que una realidad factible, pues es muy difícil que de manera no institucional se coordinen autoridades gubernativas que responden a criterios políticos e ideológicos no siempre coincidentes. En todo caso, esta posibilidad siempre está abierta.

La solución institucional pudiera teóricamente articularse por dos vías, a saber, la elaboración de planes abstractos de servicios mínimos y la estipulación de un acuerdo sobre materia concreta —art. 83.2 ET—, al estilo del ASEC, completado con los correspondientes acuerdos colectivos de la Ley 9/87 para los funcionarios públicos. Lógicamente una vía institucional que no puede seguirse *de lege data* es la regulación reglamentaria, pues chocaría frontalmente con la garantía constitucional de la reserva de ley.

---

<sup>95</sup> Cuando en otro apartado se estudien estas garantías se tendrá ocasión de comprobar la ingente cantidad de sentencias que declaran nulas las disposiciones de la autoridad gubernativa por vulnerar dichas garantías.

<sup>96</sup> Para M. C. PALOMEQUE LÓPEZ y M. ÁLVAREZ DE LA ROSA, *Derecho del Trabajo*, op. cit., p. 588: «El establecimiento de servicios mínimos por la Administración constituye, sin duda, el auténtico talón de Aquiles del funcionamiento del vigente cuadro normativo de regulación del derecho de huelga, lo que justifica desde luego la promulgación de una nueva disciplina legislativa en la materia, como la intentada con el PLOH y las fórmulas de negociación colectiva acogidas en su seno».

<sup>97</sup> De la documentación interna, no publicada, del actual Ministerio de Fomento a la que se ha tenido acceso se deduce el creciente protagonismo que han asumido los interlocutores sociales, a los que se da la posibilidad de acordar los servicios mínimos y someterlos al juicio determinante de la autoridad gubernativa. En todo caso, no parece que ésta sea una práctica generalizada en otros sectores o si lo es no ha trascendido ni pública ni científicamente.

El gran problema que presenta la vía de la negociación colectiva es que prescinde de la voluntad de la autoridad gubernativa, por lo que ésta en todo momento y a tenor del vigente artículo 10.2 DLRT podría echar por tierra sus resultados. Esta solución en principio institucional acaba convirtiéndose en informal, supeditada al arbitrio de la autoridad gubernativa de turno, con los inconvenientes anteriormente mencionados. Por supuesto, siempre cabría la posibilidad de firmar acuerdos políticos con las distintas Administraciones para que éstas se comprometiesen políticamente a fomentar y a respetar la negociación colectiva, ejerciendo únicamente las funciones de control y suplencia.

*De lege data* parece que lo más adecuado es la solución institucional canalizada a través de planes o códigos abstractos de servicios mínimos. Su naturaleza y funcionamiento serán tratados en el apartado siguiente, significando ahora que en su elaboración debieran participar todas las entidades que tuvieran algo que decir, a saber, trabajadores, empresarios, usuarios y distintas autoridades gubernativas, llevando la voz cantante los trabajadores y empresarios, situándose la autoridad gubernativa competente en un segundo plano, de control y suplencia. El propio plan abstracto debiera otorgar también a los trabajadores y empresarios el protagonismo en la fase aplicativa del plan, en su puesta en práctica ante cada conflicto huelguístico, con la consabida función de control y suplencia de la autoridad gubernativa.

*De lege ferenda* puede realizarse una propuesta mucho más articulada que las anteriores. No se ignora que políticamente y a corto plazo no se dan las circunstancias para una reforma legislativa, pero un trabajo de investigación no puede estar hipotecado por la falta de voluntad política.

Vaya por delante que también *de lege ferenda* el protagonismo debe pasar de la autoridad gubernativa a las partes en conflicto. Ésa es una cuestión en la que coinciden todos los que han realizado propuestas sobre el particular<sup>98</sup>. Igualmente coinciden en la

---

<sup>98</sup> En este sentido, M. E. CASAS BAAMONDE, «Los procedimientos de ...», op. cit., pp. 233, se mostraba muy crítica con el proyecto de ley presentado por el Gobierno socialista en 1992, ya que concedía excesivo protagonismo a la autoridad gubernativa, de tal manera que en realidad venía a apuntalar, con algunos retoques, el vigente y criticado sistema gubernativo-judicial. Mientras, J. L. MONEREO PÉREZ, *Configuración jurídica del ...*, op. cit., pp. 395 ss., recalca el papel accesorio de

necesidad de distinguir entre un momento abstracto o “en frío” y un momento concreto o “en caliente”<sup>99</sup>. Además, es una exigencia constitucional, y por tanto ineludible, otorgar un cierto papel a un tercero imparcial, coincidiendo la doctrina en el carácter secundario de ese papel, centrado en el control de lo acordado por otros y, en su caso, en la suplencia<sup>100</sup>.

En realidad, no puede hablarse de papel secundario, pues las funciones de control y suplencia tienen una enorme importancia. Es el tercero imparcial el que asegura en último término el buen funcionamiento del sistema, como demuestra la experiencia italiana<sup>101</sup>. Es más correcto hablar, por tanto, de coprotagonismo. Otra cosa es que si la autonomía colectiva cumple bien su papel, alcanzando equilibrios razonables entre los intereses constitucionales enfrentados, el tercero imparcial esté llamado a disminuir su grado de protagonismo; y al contrario.

Hasta aquí las coincidencias, que se dan por buenas, con la salvedad apenas formulada. Restan, sin embargo, puntos polémicos, como la identidad de las partes negociadoras en los momentos abstracto y concreto y la concreción de ese tercero imparcial que ineludiblemente ha de intervenir.

---

la autoridad gubernativa en la arquitectura del PLOH, lo que contrastaba con el protagonismo que el proyecto inicial del gobierno socialista le otorgaba.

<sup>99</sup> Los textos de la frustrada regulación de 1992-93 dedicaron especial atención a esta cuestión, distinguiendo claramente dos momentos: uno normativo o general, relativo a la elaboración de «Acuerdos específicos de regulación del derecho de huelga para el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad», doctrinalmente conocidos como acuerdos en frío o acuerdos estables; otro aplicativo o concreto, operativo ante un determinado supuesto de huelga.

<sup>100</sup> En este sentido, por todos, F. DURÁN LÓPEZ, *Autorregulación de servicios ...*, op. cit., pp. 73 ss., para quien incluso en el escenario de una deseable futura ley de huelga la autoridad gubernativa debiera seguir efectuando importantes labores: control y suplencia de la autorregulación pura y/o negociada; y J. VIDA SORIA y Á. GALLEGU MORALES, «Derechos sindicales y ...», op. cit., p. 355.

<sup>101</sup> La necesaria intervención de un tercero imparcial que defienda los intereses de los usuarios es una cuestión que no admite ninguna duda en la experiencia italiana. Tercero imparcial que como se sabe es la Comisión de garantías creada por la Ley 146/90. En este sentido, por todos, U. ROMAGNOLI, en U. Romagnoli y M. V. Ballestrero, *Norme sull'esercizio ...*, op. cit., pp. 29-30 y E. GRAGNOLI, «Le regole per ...», op. cit., p. 40, que cita abundante bibliografía a la que se remite.

Especialmente importante es la sentencia de la Corte Constitucional italiana 344/1996 (publicada en *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro*, 1996, pp. 691 ss., con nota de Suppiej), que señala, entre otras cuestiones, el papel crucial de la Comisión de garantías. Previamente la Corte Constitucional en su sentencia 32/1991, de 28 de enero (publicada en *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro*, 1991, pp. 165 ss.), había establecido con rotundidad la necesidad de que la Comisión de garantías ex Ley 146/90 defendiese directamente los intereses de los usuarios.

En cuanto a las partes negociadoras, cabe pensar en distintas soluciones teóricas: negociación bilateral entre trabajadores y empresarios; negociación bilateral entre trabajadores y usuarios; negociación bilateral entre trabajadores y Administración; negociación multilateral entre trabajadores, empresarios, usuarios y Administración; y negociación multilateral entre trabajadores, empresarios y Administración.

Las negociaciones multilaterales<sup>102</sup> presentan como inconveniente fundamental su complejidad, lo que las hace poco efectivas, especialmente en el momento concreto, con una huelga ya convocada. Las negociaciones bilaterales entre trabajadores y usuarios son una utopía, ya que desafortunadamente las organizaciones de representación de estos últimos no están todavía suficientemente desarrolladas y, sobre todo, no existen normas que regulen su representatividad<sup>103</sup>. En estas circunstancias la eventual negociación está avocada al fracaso, entre otras cosas, porque se ignora el grado de legitimidad de lo acordado. Además, se excluye a los empresarios, lo cual no es aconsejable como se verá a continuación. Lo anterior no significa descartar tajantemente a la representación de los usuarios en el marco de otros modelos de negociación<sup>104</sup>; de hecho en el modelo italiano los usuarios tienen un papel cada vez más importante<sup>105</sup>.

---

<sup>102</sup> La negociación multilateral entre trabajadores, empresarios y Administración es la solución defendida por el CLS de la OIT. Vid., OIT, *La libertad sindical ...*, op. cit., párrafos 557-558 y 560. Especialmente importante es este último párrafo, ya que trae causa de unas quejas presentadas contra el gobierno español —informe nº 124, caso nº 1342; informe nº 248, caso nº 1374—. Dice lo siguiente: «En la determinación de los servicios mínimos y del número de trabajadores que los garanticen deberían poder participar no sólo las autoridades públicas, sino también las organizaciones de trabajadores y de empleadores interesadas. En efecto, ello no sólo permite un ponderado intercambio de puntos de vista sobre lo que en una situación concreta puede considerarse como servicios mínimos limitados a lo estrictamente indispensable, sino que también contribuye a garantizar que el alcance de los servicios mínimos no tenga por resultado que la huelga sea inoperante en la práctica en razón de su escaso impacto, así como a disipar posibles impresiones de las organizaciones sindicales en el sentido de que una acción de huelga se ha visto frustrada en razón de servicios mínimos concebidos demasiado ampliamente y fijados unilateralmente».

M. R. ALARCÓN CARACUEL, «Un posible modelo ...», op. cit., pp. 20-21, propone algo parecido a una negociación multilateral en la que la autoridad gubernativa representaría *ex lege* a los usuarios.

<sup>103</sup> Éstos y otros inconvenientes son señalados por J. CRUZ VILLALÓN, «La intervención de ...», op. cit., pp. 416-417 y M. R. ALARCÓN CARACUEL, «Un posible modelo ...», op. cit., p. 21.

<sup>104</sup> En este sentido, T. SALA FRANCO, «La huelga en ...», op. cit., p. 17, hecha en falta en el PLOH una mínima participación de las asociaciones de usuarios. Adviértase que el proyecto inicial del gobierno socialista —art. 18— concedía a las organizaciones de consumidores y usuarios el derecho a ser escuchados, aunque su postura no fuese vinculante. J. CRUZ VILLALÓN, «La intervención de ...», op. cit., pp. 416-417, se muestra firme partidario de la intervención de la representación de los usuarios, pese a los inconvenientes que pudieran existir.

<sup>105</sup> En el diseño de la Ley 146/90, antes de su reforma del año 2000, el papel de las organizaciones de usuarios era ciertamente marginal y encontraba un obstáculo difícil de salvar, a saber, no existían

La negociación entre trabajadores y Administración, por la que apostaba el PLOH en el momento abstracto<sup>106</sup>, que en puridad no puede ser calificada como negociación colectiva<sup>107</sup>, presenta el inconveniente de excluir a los empresarios. Podría argumentarse que los intereses empresariales, que no tienen por qué coincidir con los intereses de los

---

criterios para medir la representatividad de las distintas organizaciones de usuarios. Tras la reforma introducida por la Ley 83/2000, de un lado, sólo pueden intervenir las asociaciones de usuarios representativas, de acuerdo con la normativa sobre protección de usuarios y consumidores que ha regulado los criterios de representatividad de dichas asociaciones —Ley 281/1998—; de otro lado, se ha incrementado el papel de las asociaciones de usuarios que deben ser obligatoriamente escuchadas por la Comisión de Garantías —art. 13.1.a) Ley 146/90 reformada por la Ley 83/2000—, además de otras competencias sustantivas y procesales. Sobre el particular, antes y después de la reforma, véase, por todos, A. PILATI, «L'azione giudiziaria delle associazioni rappresentative dei consumatori e degli utenti», en P. Pascucci (a cura di), *La nuova disciplina dello sciopero nei servizi essenziali*, Ipsoa, 2000, pp. 144 ss. y C. OGRISEG, «Il ruolo delle associazioni degli utenti», en L. Menghini, M. Miscione y A. Vallebona (a cura di), *La nuova disciplina dello sciopero nei servizi pubblici essenziali*, Cedam, Padova, 2000, pp. 139 ss.

<sup>106</sup> El artículo 13.2 del PLOH habilitaba, de una parte, a las Administraciones Públicas responsables del servicio —ha de entenderse que pudieran tener carácter estatal, autonómico o local—, y, de otra, a los sindicatos más representativos —ha de entenderse que serían aplicables los distintos tipos de los artículos 6 y 7 de la LOLS—.

La fórmula del PLOH proviene de la propuesta sindical, mientras el proyecto inicial del gobierno socialista establecía en principio una verdadera negociación colectiva entre los sindicatos más representativos y las organizaciones empresariales o Administraciones prestadoras del servicio; con carácter subsidiario de la anterior, la autorregulación pura del conjunto de los sindicatos. Se dice en principio porque en el proyecto inicial era preceptiva la recepción de lo negociado o de la autorregulación en una norma reglamentaria, de tal manera que más que de autorregulación negociada cabría hablar de reglamentación negociada. En este último sentido, J. L. MONEREO PÉREZ, *Configuración jurídica del ...*, op. cit., pp. 352 ss.

<sup>107</sup> Para J. RIVERO LAMAS, «La huelga en ...», op. cit., p. 214, el procedimiento que el PLOH diseñaba, en su fase normativa o “acuerdos en frío”, no daba entrada a la negociación colectiva, sino a una «{...} regulación estatal que se establece de forma negociada con los sindicatos». En el mismo sentido, T. SALA FRANCO, «La huelga en ...», op. cit., p. 18, quien habla de normas administrativas elaboradas con un procedimiento negociado; y M. ALONSO OLEA, «Sobre el caducado ...», op. cit., p. 345, nota 14, para quien no hay *pacta sunt servanda* sino *res inter alios acta*. En cambio, I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, *El proyecto de ...*, op. cit., pp. 39 ss., habla continuamente de potenciación de la autonomía colectiva a propósito del PLOH, sin introducir ninguna matización o reparo; y M. C. PALOMEQUE LÓPEZ, «La huelga y ...», op. cit., p. 324, entiende que los Acuerdos específicos son convenios colectivos especiales, con fundamento en el artículo 37.1 CE.

Una posición mucho más compleja es la mantenida por J. L. MONEREO PÉREZ, *Configuración jurídica del ...*, op. cit., pp. 372-374 y 397 ss., para quien se está ante una autonomía colectiva singular, consecuencia del entrecruzamiento de las técnicas de negociación colectiva estricta y las de concertación social, siendo, en todo caso, especialmente importante el reenvío legislativo. En todo caso, y a diferencia del proyecto inicial del gobierno socialista, no se estaría ante una reglamentación negociada, sino ante una singular regulación colectiva; fuente autónoma, en definitiva. Para este autor, se pretendía implantar un sistema de autorregulación social o “derecho reflexivo” en el marco jurídico prefijado por el Ordenamiento estatal (pp. 379-383).

Salvando las distancias, esta polémica recuerda la relativa a la naturaleza jurídica de los Acuerdos en la función pública —Ley 9/87—. Sobre este complejo particular, cfr., P. GÓMEZ CABALLERO, *Los derechos colectivos de los funcionarios*, CES, Madrid, 1994, pp. 318 ss.; T. SALA FRANCO y R. ROQUETA BUJ, *Los derechos sindicales de los funcionarios públicos*, Tirant lo blanch, Valencia, 1995, pp. 278 ss.; y J. J. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ y S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, *La Negociación Colectiva de los Funcionarios Públicos*, Cedecs, Barcelona, 1996, pp. 183 ss.



usuarios<sup>108</sup>, son ajenos al conflicto que está detrás del mantenimiento de los servicios esenciales<sup>109</sup>. Siendo eso cierto parece en todo caso conveniente contar con los empresarios, desde el momento en que *de lege ferenda* éstos deben asumir determinadas obligaciones, que ahora no tienen, cuyo mejor cumplimiento aconseja su participación. Además, la ausencia de los empresarios se deja sentir especialmente en el plano técnico y ya se sabe que la mayoría de los servicios esenciales presenta una gran complejidad técnica<sup>110</sup>.

Por descarte se llega a la verdadera negociación colectiva, la negociación bilateral entre trabajadores y empresarios y entre funcionarios y Administración empleadora, que no sólo se fundamenta negativamente, por los inconvenientes de las demás opciones, sino que encuentra un apoyo fundamental en su probada eficacia en otros temas; incluso en este mismo tema en otros países<sup>111</sup>. Pero, sobre todo, cuenta con todo un cuerpo de

---

<sup>108</sup> Los intereses del empresario y los intereses de los usuarios no tienen por qué coincidir; incluso es más que probable que no coincidan. En este sentido nada mejor que acudir a la influyente experiencia italiana, en la que los empresarios no defienden el interés de los usuarios sino el suyo propio. El interés de los usuarios lo defienden las asociaciones de usuarios y la Comisión de garantías *ex Ley 146/90*. En este sentido, por todos, M. RUSCIANO, «Utenti senza garanti», en *Lavoro e Diritto*, 1996, núm. 1, pp. 64 ss.

<sup>109</sup> J. M. ZUFIAUR, «Introducción», en AA.VV., *Ley de huelga*, ISE, Madrid, 1993, p. 3, aporta los motivos que están detrás de la exclusión de los empresarios tanto del modelo de negociación que pretendía implantar el PLOH como de la propia negociación previa del frustrado PLOH. La razón es que los empresarios son ajenos a la titularidad del derecho de huelga y, por tanto, darles entrada conllevaría el riesgo de convertir el mantenimiento de los servicios esenciales en objeto de intercambio de intereses o de relación de fuerzas.

<sup>110</sup> Esta complejidad técnica es la que llevaba al PLOH a conceder un papel accesorio a los empresarios. Así, las empresas —públicas o privadas—, en el supuesto de que el servicio no fuese prestado directamente por la Administración, decía el artículo 13.2 del PLOH que «{..} directamente o a través de la representación que corresponda cuando su número así lo requiera, estarán presentes en la negociación a los efectos de contribuir a concretar la organización técnica de las prestaciones que garanticen el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad». Además: «De no suscribir el Acuerdo la representación empresarial, ésta podrá solicitar la intervención de la Comisión de Mediación a que se refiere el artículo 17. En tal caso se suspenderá la tramitación del Acuerdo por un periodo de hasta treinta días, durante el cual la Comisión podrá formular una propuesta de mediación. Si la intervención de la Comisión de Mediación no resolviera la cuestión suscitada, el Acuerdo entre la administración responsable del servicio y la representación sindical se tramitará como tal a todos los efectos» (art. 13.5 PLOH).

<sup>111</sup> Italia es el mejor ejemplo de regulación predominantemente convencional del mantenimiento de los servicios esenciales. Ahora bien, aunque todos los autores aceptan que la negociación es una pieza clave del sistema diseñado por la Ley 146/90 lo que ya no está tan claro es si se está ante una verdadera negociación colectiva o ante un complejo proceso de negociación y posterior valoración administrativa que culmina con una fuente que no es exactamente un convenio colectivo. La mayoría de la doctrina entiende que la autonomía colectiva *ex Ley 146/90* no goza, ni puede gozar, de plena autonomía, no interviene con carácter constitutivo sino con carácter declarativo, interpretando el marco fijado por la Constitución y la Ley. No es, por tanto, una genuina autonomía colectiva. Sobre el particular, vid., entre otros muchos, P. CURZIO, *Autonomia collettiva e ...*, op. cit., pp. 70 y 109 ss.; U. ROMAGNOLI, en U. Romagnoli y M. V. Ballestrero, *Norme sull'esercizio ...*, op. cit., pp. 29-30; F. SANTONI, *Lo sciopero*,

normas y principios que la regulan y que le son propios, cuya aplicación a la mal llamada negociación colectiva entre trabajadores y Administración sería una fuente continua de problemas.

Verdadera negociación colectiva por lo que a los sujetos se refiere. En cuanto al contenido no puede hablarse de genuina negociación colectiva al no gozar ésta de plena autonomía<sup>112</sup>. Los trabajadores y empresarios no pueden regular constitutivamente el mantenimiento de los servicios esenciales, estableciendo con libertad las reglas a seguir. Al contrario, el contenido de la negociación está teleológicamente condicionado por el artículo 28.2 CE, esto es, por el concepto jurídico indeterminado de mantenimiento de los servicios esenciales. La negociación colectiva concreta dicho concepto indeterminado, disponiendo, eso sí, de un cierto margen de apreciación. En la búsqueda de la única solución justa la negociación colectiva debe tener mayor margen de apreciación del que en la actualidad tiene la autoridad gubernativa; su interpretación tiene que tener altas dosis de creatividad, aunque sin llegar a gozar de plena autonomía. Precisamente porque no se está ante una genuina negociación colectiva lo dispuesto por las partes en conflictos tiene que superar el control de fondo del tercero imparcial.

La negociación colectiva en esta materia habría de articularse en torno a la distinción entre un momento normativo o abstracto y otro aplicativo o concreto. En el momento normativo, en el que en realidad no se fijan servicios mínimos efectivos sino que se definen prestaciones esenciales y se ponen las bases formales y materiales para en su día fijar los servicios mínimos, lo ideal es una negociación de tipo sectorial y ámbito geográfico nacional, en la que intervendrían los sujetos más representativos, según las

---

op. cit., pp. 156-157; P. PASCUCCHI, *Tecniche regolative dello ...*, op. cit., pp. 116 ss.; M. PERSIANI, «Contratti collettivi normativi e contratti collettivi gestionali», en *Argomenti di Diritto del Lavoro*, 1999, núm. 1, pp. 1 ss.; y E. GRAGNOLI, «Le regole per ...», op. cit., pp. 40-41.

La sentencia de la Corte Constitucional 344/1996, de 18 de octubre (publicada en *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro*, 1996, pp. 691 ss., con nota de Suppiej), adopta sin ambages la tesis relativa al carácter declarativo de la intervención de la autonomía colectiva o, desde otra perspectiva, la tesis del carácter no genuino de la autonomía colectiva *ex* Ley 146/90.

En Alemania no está resuelto definitivamente el tema relativo a la entidad decisora, aunque parece tener mayores adeptos la tesis relativa a la necesidad de acuerdo entre sindicatos y empresarios. En todo caso, no existen grandes problemas debido a la aceptación práctica de la autorregulación pura o sindical. Vid., R. BIRK y E. HERNICHEL, «El derecho de ...», op. cit., pp. 79 ss. y A. JUNKER, «Huelgas y servicios ...», op. cit., pp. 203-205.

<sup>112</sup> El carácter genuino o no de la autonomía colectiva *ex* Ley 146/90 es uno de los debates más interesantes que existen en Italia. Véase la nota anterior.

normas ordinarias sobre el particular, sin perjuicio de algunas matizaciones que pudieran introducirse<sup>113</sup>. Sin salir del momento normativo podría haber un segundo nivel de negociación, por empresas o entidades públicas, que desarrollase el anterior y en el que intervendrían igualmente los sujetos más representativos y también, si fuera el caso, los representantes unitarios. La existencia en España de normas que regulan con claridad la representatividad de los sujetos sindicales, así como de normas acerca de los sujetos legitimados para negociar convenios colectivos debiera evitar los numerosos problemas que presenta el sistema italiano diseñado por la Ley 146/90, precisamente por carecer de dichas normas en el sector privado<sup>114</sup>.

En el momento aplicativo o concreto, con una huelga ya convocada, que es en el que realmente se fijan los servicios mínimos y en el que también se designan los trabajadores afectados<sup>115</sup>, el protagonismo recaería de nuevo en la autonomía colectiva, siendo competencia de los protagonistas de la fase abstracta designar los sujetos negociadores de la fase concreta, incluyendo los mecanismos de solución de discrepancias entre los que pudiera estar el arbitraje obligatorio<sup>116</sup>. La negociación colectiva en el momento concreto pudiera tener a su vez dos fases, pues no es lo mismo

---

<sup>113</sup> En los “acuerdos en frío” que preveía el PLOH la negociación por la parte sindical había de respetar determinadas normas específicas. Así, la establecida por el artículo 13.3 PLOH, según el cual: «La representación sindical se constituirá de acuerdo con la representatividad acreditada en el sector o actividad de que se trate y deberá suponer la mayoría absoluta de los miembros de los Comités de Empresa, delegados de personal o representantes en las Administraciones públicas de dicho sector o actividad». Y la establecida por el artículo 13.6, que reza así: «La validez de los Acuerdos requerirá, en el caso de los sindicatos, el voto favorable como mínimo de quienes representen al sesenta por ciento de los miembros de la representación sindical».

<sup>114</sup> Cfr., por todos, P. CURZIO, *Autonomia collettiva e ...*, op. cit., pp. 139 ss. y P. PASCUCCI, «L’obbligo a trattare e il referendum», en P. Pascucci (a cura di), *La nuova disciplina dello sciopero nei servizi essenziali*, Ipsoa, 2000, pp. 250 ss. Los numerosos problemas que la ausencia de normas sobre representatividad de los sujetos sindicales en el sector privado presenta en materia de mantenimiento de los servicios esenciales es monográficamente estudiada en AA. VV., *Sciopero e rappresentatività sindacale*, Giuffrè, Milano, 1999.

En cuanto a los diferentes niveles de la negociación colectiva italiana ex Ley 146/90, distinguiendo entre sector público y sector privado, vid., por todos, E. GRAGNOLI, «Le regole per ...», op. cit., pp. 45 ss.

<sup>115</sup> De ponerse en marcha esta propuesta el hasta ahora denominado complemento técnico y funcional perdería su autonomía conceptual y sería simplemente la concreción última de los servicios mínimos, al estilo de lo que hoy sucede en Italia.

<sup>116</sup> Éste era la opción adoptada por el PLOH —art. 15.3, en relación con el 14.4—. El Acuerdo Vasco acoge básicamente este mismo esquema, con la salvedad de que en caso de desacuerdo resolverá la Comisión de garantías prevista en el Acuerdo.

una huelga empresarial que una sectorial<sup>117</sup>; seguramente esta última requiera una negociación articulada en dos fases.

Queda, para cerrar la propuesta, pronunciarse acerca de quién ha de ser el tercero imparcial que realice las irrenunciables funciones de control y suplencia de la negociación colectiva, además de otras funciones igualmente importantes: promoción de la negociación colectiva, interpretación y composición de los problemas que pudieran surgir, valoración de los comportamientos infractores, etc.. Ya se ha dicho que de la Constitución se deriva exclusivamente una exigencia de imparcialidad, por lo que *de lege ferenda* pudiera acudir a un tercero imparcial distinto de la autoridad gubernativa<sup>118</sup>. Los motivos del rechazo de la autoridad gubernativa giran todos en torno a la necesidad de romper con una experiencia absolutamente insatisfactoria. No puede olvidarse que una de las críticas fundamentales que se ha formulado es la reiterada imposición antijurídica de servicios mínimos por parte de la autoridad gubernativa, a sabiendas de la antijuridicidad<sup>119</sup>. Con estos antecedentes resulta difícil concederle el crucial papel de cierre del sistema<sup>120</sup>.

---

<sup>117</sup> El PLOH no se planteaba este problema. En efecto, el artículo 15, siguiendo básicamente el esquema de la propuesta sindical—punto III. 4—, simplemente apelaba a los convocantes de la huelga y a la empresa o Administración prestadora del servicio, dejando, criticablemente, muchos flecos abiertos.

<sup>118</sup> En este sentido, entre otros, M. R. ALARCÓN CARACUEL, «Un posible modelo ...», op. cit., pp. 14 y 21, para quien el tercero imparcial ha de ser un juez de lo social que actúe con la suficiente celeridad; M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, «La huelga en ...», op. cit., p. 131; y J. VIDA SORIA y Á. GALLEGO MORALES, «Derechos sindicales y ...», op. cit., p. 355.

<sup>119</sup> J. M. GALIANA MORENO, «Consideraciones sobre una ...», op. cit., pp. 104-107, entiende que una de las causas principales de la insatisfactoria regulación actual de la huelga en los servicios esenciales es precisamente la determinación reiteradamente abusiva de los servicios mínimos por parte de la Administración.

<sup>120</sup> Sin embargo, el PLOH concedía este papel al Gobierno. Así, en base al artículo 14.2, en caso de ausencia de Acuerdo entre las partes legitimadas para la negociación y, además, con vigencia condicionada a la propia ausencia, intervendría el Ministro o Consejero autonómico, según los casos, con responsabilidades en el servicio esencial de que se trate, proponiendo a su Gobierno, estatal o autonómico, la aprobación de un Decreto sustitutorio del frustrado o inexistente acuerdo. La solución a la que llega el PLOH está más próxima a la establecida por el proyecto inicial del gobierno socialista, que encargaba la labor de suplencia a la autoridad gubernativa —art. 18— que a la defendida por la propuesta sindical —punto VII—, que dejaba este tema en manos de las distintas Comisiones de garantía que preveía.

Además, Según el artículo 14.1 del PLOH el Gobierno estatal o autonómico, según el caso, a propuesta del Ministro o Consejero que tuviera encomendada la ordenación del correspondiente servicio, aprobaría por Decreto el previo Acuerdo y lo publicaría en el correspondiente diario oficial, sin que quedase muy claro la existencia o no de control de suficiencia. J. L. MONEREO PÉREZ, *Configuración jurídica del ...*, op. cit., pp. 395 ss., entiende que la aprobación por Decreto de los Acuerdos específicos constituía una condición jurídica indispensable para la eficacia de los mismos, al tiempo que atribuía a dichos Decretos el carácter de normas reglamentarias de organización, por lo que la verdadera fuente jurídica era el Acuerdo y no el Decreto. En cambio, el artículo 18 del proyecto inicial establecía: «Los

Así las cosas, esa nueva entidad imparcial bien pudiera ser una Comisión de garantías, con la condición jurídica de autoridad administrativa independiente<sup>121</sup>, al estilo de la Comisión italiana implantada por la Ley 146/90<sup>122</sup>. En cuanto a su organización,

---

acuerdos y procedimientos de autorregulación a que se refiere el artículo anterior se presentarán, en el plazo máximo de doce meses a partir de la entrada en vigor de esta Ley, ante la autoridad gubernativa que tenga encomendada la tutela del correspondiente servicio en el ámbito territorial de los acuerdos o procedimientos, a efectos de que dicha autoridad valore la suficiencia de los mismos para garantizar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad. Dicha valoración se efectuará previo informe al respecto de las Organizaciones de Consumidores y Usuarios. {...} Si se considerasen insuficientes, la autoridad gubernativa comunicará las razones de su rechazo a quienes le hubiesen sometido el acuerdo o procedimiento, y, oídos éstos, establecerá mediante norma del rango adecuado las medidas de garantía necesarias». La propuesta sindical no establecía control de suficiencia alguno; postura ésta que, sin duda, acabó afectando al PLOH, en el que no se sabe si había o no realmente control de suficiencia.

Y para cerrar definitivamente el sistema, el artículo 16 del PLOH, que en este punto seguía lo preceptuado por los artículos 21 y 22 del proyecto inicial del gobierno socialista, se ocupaba de la eventualidad de huelgas convocadas sin respetar las anteriores normas, o bien con incumplimiento de los servicios mínimos normalmente dictados, otorgando en ambos casos competencia a la autoridad gubernativa.

Sobre todas estas cuestiones, cfr., R. MARTÍNEZ EMPERADOR, «Huelga en servicios ...», op. cit., pp. 89 ss.; M. E. CASAS BAAMONDE, «Los procedimientos de ...», op. cit., pp. 233 ss.; I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, *El proyecto de ...*, op. cit., pp. 35 ss.; y S. TORRENTE GARI, *El ejercicio del ...*, op. cit., p. 413.

<sup>121</sup> Sobre las autoridades administrativas independientes en el Derecho español, véase, J. M. SALA ARQUER, «El Estado neutral. Contribución al estudio de las Administraciones independientes», en *REDA*, 1989, núm. 42, pp. 401-422; A. BETANCOR RODRÍGUEZ, *Las Administraciones independientes ...*, op. cit.; y E. DESDENTADO, *La crisis de identidad del Derecho Administrativo: privatización, huida de la regulación pública y Administraciones independientes*, Tirant lo blanch, Valencia, 1999.

Desde la influyente perspectiva italiana, véase, S. CASSESE y C. FRANCHINI, *I garanti delle ...*, op. cit.

<sup>122</sup> La inclusión de la Comisión de garantías italiana en la controvertida categoría de las autoridades administrativas independientes es mayoritariamente admitida en doctrina, que no obstante se muestra muy crítica y considera a la Comisión de garantías la cenicienta de las autoridades administrativas independientes. Así, por todos, G. IUZZOLINO, «Le autorità indipendenti e la Commissione di garanzia istituita dalla legge 12 giugno 1990, n. 146», en *Il Diritto del Lavoro*, 1994 I, pp. 56 ss.; M. D'ATENA, «Costituzione e autorità indipendenti. Il caso de la Commissione di garanzia per l'attuazione della legge sullo sciopero nei servizi essenziali», en *Lavoro e Diritto*, 1996, núm. 4, pp. 767-780 y C. LA MACCHIA, «L'organizzazione ed i ...», op. cit., pp. 229 ss. J. L. MONEREO PÉREZ, *Configuración jurídica del ...*, op. cit., pp. 309-310, piensa en la posible competencia de una Comisión de garantías al estilo de la italiana.

Las comisiones de mediación, una estatal y otra por cada comunidad autónoma, que regulaba el artículo 17 del PLOH no pueden encuadrarse dentro de la categoría de las autoridades administrativas independientes, a diferencia de las comisiones de garantía que preveía la propuesta sindical —punto VIII—, siguiendo el modelo de la comisión italiana *ex* ley 146/90. En efecto, a pesar de los requisitos de sus miembros, de las incompatibilidades y de la autonomía de gestión, el proceso de nombramiento de sus integrantes, centrado en la decisión del Gobierno, debilitaba esa nota fundamental de toda autoridad administrativa independiente que es la independencia de sus miembros, cosa que no sucedía en las comisiones de la propuesta sindical, donde el nombramiento, al igual que en Italia, reposaba en el Parlamento. Véase, I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, *El proyecto de ...*, op. cit., pp. 54-56. Además, tampoco pueden compararse a la Comisión italiana por lo que a facultades se refiere: solamente mediar entre las partes de los acuerdos estables y emitir determinados informes no vinculantes. Sobre las comisiones de mediación del PLOH, véase, I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, *El proyecto de ...*, op.

funcionamiento y facultades pudiera seguirse la experiencia italiana, con sus luces y sus sombras<sup>123</sup>, sin perjuicio de acomodarla a la descentralizada realidad político-administrativa española<sup>124</sup>. Comisión de garantías dotada de determinados poderes —*potestas*— y, sobre todo, de elevada *auctoritas*, producto del prestigio de sus miembros y de la forma de llevar a cabo sus delicadas tareas. Las exigencias constitucionales de imparcialidad y suficiente *status* político parecen más propias de una Comisión de garantías al estilo de la italiana que de la actual autoridad gubernativa *ex* artículo 10.2 DLRT<sup>125</sup>.

---

cit., pp. 54-56. Por contra, si se asemeja a la Comisión italiana la Comisión de garantías creada por el Acuerdo Vasco, aunque no puedan llegar a compararse.

<sup>123</sup> El estudio de la organización, funcionamiento y, sobre todo, facultades de la Comisión de garantías *ex* Ley 146/90 ha sido una de las principales preocupaciones de la doctrina italiana. Así, entre otros muchos, S. CASSESE, «La Commissione di garanzia per l'attuazione della legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali: una priva valutazione», en *Rivista Giuridica del Lavoro*, 1991 I, pp. 405 ss.; M. ROCCELLA, «La Commissione di garanzia», en T. Treu y otros, *Sciopero e servizi essenziali. Commentario sistematico alla l. 12 giugno 1990, n. 146*, Cedam, Padova, 1991, pp. 55 ss.; M. V. BALLESTRERO, en U. Romagnoli y M. V. Ballestrero, *Norme sull'esercizio ...*, op. cit., pp. 255 ss.; M. Mc BRITTON, *Sciopero e diritti degli ...*, op. cit., pp. 33 ss.; y F. SANTONI, *Lo sciopero*, op. cit., pp. 178 ss.

Además de los problemas organizativos, que no vienen al caso y que la propia Comisión ha manifestado con ocasión de cada una de las memorias semestrales que presenta, la doctrina en general ha reclamado desde el inicio la necesidad de dotar a la Comisión de garantías de mayores facultades, especialmente de facultades en materia de sanciones y de facultades normativas en caso de ausencia de acuerdos de las partes valorados positivamente. Precisamente la reciente reforma de la Ley 146/90 por parte de la Ley 83/2000 responde, entre otros objetivos, a dicha necesidad, otorgando a la Comisión de garantías nuevas facultades, normativas, sancionadoras, de consulta, de mediación, etc. De la organización y facultades de la Comisión de garantías tras la reforma del año 2000 —arts. 12 a 14 Ley 146/90 modificada por la Ley 83/2000— se han ocupado, entre otros, C. LA MACCHIA, «L'organizzazione ed i ...», op. cit., pp. 200 ss.; P. PASCUCCI, «La riforma della ...», op. cit., pp. 749 ss.; y L. CACCIAPAGLIA, «I compiti della Commissione di garanzia», en L. Menghini, M. Miscione y A. Vallebona ( a cura di), *La nuova disciplina dello sciopero nei servizi pubblici essenziali*, Cedam, Padova, 2000, pp. 11 ss.

Buena parte de la actividad de la Comisión de garantías se publica a través del *Bolletino Ufficiale della Commissione di garanzia*, de carácter quincenal desde 1994. Además dicha comisión tiene una página Web —[www.commgarasciopero.it](http://www.commgarasciopero.it)— y ocasionalmente edita publicaciones, como por ejemplo *Lo sciopero nei servizi essenziali. Guida dell'utente*, Istituto Poligrafico dello Stato, Roma, 1996. Por otra parte, la Comisión transmite parte de su actividad a los Presidentes de las Cámaras Legislativas y al Gobierno, quienes aseguran la publicidad a través de distintos medios de información, incluida la *Gazzetta Ufficiale* —art. 13 l), m) y n) Ley 146/90 modificada por la Ley 83/2000—.

<sup>124</sup> De hecho el artículo 17 PLOH establecía una Comisión en el ámbito de la Administración General del Estado y una Comisión en cada una de las Comunidades Autónomas.

<sup>125</sup> La absoluta imparcialidad de la Comisión de garantías italiana no ofrece la menor duda, desde el momento que no se trata de un órgano administrativo ordinario sino de una autoridad administrativa independiente, esto es, dotada de autonomía frente al Ejecutivo. Además, el procedimiento de nombramiento de sus miembros y el prestigio de los mismos son la mejor garantía de la imparcialidad. Cfr., por todos, F. SANTONI, *Lo sciopero*, op. cit., pp. 179-180. Por otra parte, la doctrina también le atribuye un fuerte carácter político. Así, por ejemplo, C. LA MACCHIA, «L'organizzazione ed i ...», op. cit., p. 219.

## **B. PROCEDIMIENTO DE FIJACIÓN DE SERVICIOS MÍNIMOS**

Con la expresión procedimiento de fijación de servicios mínimos se hace referencia al camino, al *iter*, al conjunto de trámites administrativos a seguir en esta materia. Este procedimiento, como cualquier procedimiento administrativo<sup>1</sup>, constituye una garantía para los sujetos interesados —en este caso, trabajadores, empresarios y usuarios—, pues supone el sometimiento de la Administración al Derecho, al tiempo que posibilita la pronta y eficaz satisfacción del interés general, que como se sabe es la función constitucional de la Administración Pública —art. 103.1 CE—.

Junto a esta acepción jurídico-administrativa de procedimiento conviene también tener presente la acepción que podría denominarse coloquial, o sea, el procedimiento como método de ejecución de una cosa: en este caso, de los servicios mínimos. En realidad, en este apartado se dedica más atención a la acepción coloquial que a la jurídico-administrativa.

### **1. LOS DISTINTOS MÉTODOS DE FIJACIÓN DE SERVICIOS MÍNIMOS EMPLEADOS POR LA AUTORIDAD GUBERNATIVA**

#### **1. a. Descripción y crítica**

La mayoría de las ocasiones en las que la doctrina se ha ocupado del procedimiento de fijación de servicios mínimos lo ha hecho en relación con la acepción coloquial<sup>2</sup>,

---

<sup>1</sup> Sobre la institución clave que es el procedimiento administrativo, puede verse, J. J. DÍEZ SÁNCHEZ, *El procedimiento administrativo común y la doctrina constitucional*, Civitas, Madrid, 1992 y E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho ...*, op. cit., pp. 431 ss. Cfr., asimismo, J. LEGUINA VILLA y M. SÁNCHEZ MORÓN (editores), *La nueva Ley del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Tecnos, Madrid, 1993, especialmente pp. 214 ss.; J. GONZÁLEZ PÉREZ y F. GONZÁLEZ NAVARRO, *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/92, de 26 de noviembre)*, Tomo II, Civitas, Madrid, 1999. También, J. M. ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ y otros, *Comentarios a la Reforma de la Ley del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común. Estudio de la Ley 4/1999, de 13 de enero*, Aranzadi, Pamplona, 1999.

<sup>2</sup> Así, A. BAYLOS GRAU, *Derecho de huelga y ...*, op. cit., pp. 188-189, quien habla de mecanismos; J. CRUZ VILLALÓN, «La intervención de ...», op. cit., pp. 424 ss.; J. J. DÍEZ SÁNCHEZ, *El derecho de ...*, op. cit., pp. 126-127; S. TORRENTE GARI, *El ejercicio del ...*, op. cit., pp. 247 ss.; y M. ALONSO OLEA y M<sup>a</sup>. E. CASAS BAAMONDE, *Derecho del Trabajo*, op. cit., p. 1029.

marginando la acepción técnica<sup>3</sup>. O lo que es lo mismo, ha preocupado más a la doctrina la descripción del modo estratégico de proceder que la sujeción a uno o varios procedimientos administrativos. Aquí se intenta combinar ambas perspectivas, por lo demás estrechamente interrelacionadas. Además, para evitar equívocos se emplean a partir de ahora dos términos distintos: método, para referirse a la acepción coloquial, y procedimiento administrativo, para la acepción técnica.

La Constitución española no ha previsto método alguno de fijación de servicios mínimos, lo cual es absolutamente comprensible si se tiene en cuenta que la misma ni tan siquiera alude a los servicios mínimos como técnica garantizadora del mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad. Esta lógica ausencia estaba destinada a desaparecer con la emanación de la correspondiente ley orgánica<sup>4</sup>, si bien, tal y como se ha dicho en tantas ocasiones, la citada ley no ha visto la luz. Para mayor enredo, tampoco el artículo 10.2 DLRT prevé método alguno, como tampoco medidas concretas, limitándose a habilitar a la autoridad gubernativa. Para ser precisos no prevé ni método ni procedimiento administrativo.

En este panorama, como fácilmente puede colegirse, ha sido la autoridad gubernativa la encargada de rellenar el vacío y lo ha hecho utilizando distintos métodos. Esta pluralidad de métodos, de itinerarios de fijación de servicios mínimos, suscitó dudas de constitucionalidad que quedaron definitivamente descartadas tras el rotundo pronunciamiento del TC, del siguiente tenor: «A este respecto debe recordarse que del art. 28.2 de la Constitución no se deriva un procedimiento específico para la preservación de los servicios esenciales. Como este Tribunal ha dicho en otras ocasiones, ese precepto constitucional permite que por norma de rango legal se establezcan las garantías necesarias para el mantenimiento de esos servicios, y exige que sea la autoridad gubernativa, amparada en esa Ley, la que disponga las limitaciones oportunas (STC 26/81), pudiendo hacerlo a través de distintos procedimientos {...}» (STC 27/89, F. J. 2). La utilización del término procedimiento por parte del TC ha de entenderse referida a la acepción coloquial y no a la jurídico-administrativa.

---

<sup>3</sup> A la acepción jurídico-administrativa de procedimiento se refiere S. TORRENTE GARI, *El ejercicio del ...*, op. cit., p. 265, si bien no se ocupa frontalmente del mismo.



La pluralidad de métodos ha sido convalidada por el TC, en cuanto no resulta inconstitucional, lo que no significa que no pueda ser objeto de crítica. Una aclaración que resulta necesario efectuar para entender cabalmente la doctrina del TC es la siguiente: la ausencia de previsión constitucional y de ley orgánica permiten a la autoridad gubernativa recurrir a distintos métodos; ahora bien, si llegara a emanarse la ley orgánica de desarrollo del artículo 28.2 CE y ésta estableciera un determinado método de fijación de servicios mínimos, éste habría de respetarse necesariamente.

Elegido un determinado método o estrategia lo que no puede hacer la autoridad gubernativa es prescindir del correspondiente procedimiento administrativo, ya que en nuestro Ordenamiento la actividad administrativa debe canalizarse necesariamente a través de un determinado procedimiento regulado *a priori*<sup>5</sup>. Cuestión distinta es que la elección del método condicione el procedimiento administrativo a seguir.

Se ha dicho que la pluralidad de métodos obedece a la voluntad de la autoridad gubernativa, ante la ausencia de previsiones específicas en los niveles constitucional y legal<sup>6</sup>. A este motivo, por lo demás obvio, habría que añadir, al menos, otros dos menos evidentes pero más significativos: el primero tiene que ver con la pluralidad de órganos que ostentan la condición de autoridad gubernativa; el segundo y más importante con la confusión que reina en materia de naturaleza jurídica de las disposiciones de fijación de servicios mínimos<sup>7</sup>.

---

<sup>4</sup> De hecho los frustrados textos normativos de 1992-93 se ocupaban minuciosamente de esta cuestión, como se verá más adelante.

<sup>5</sup> Para MERKL: «{...} el procedimiento vendría a ser el camino, el *iter* jurídicamente regulado *a priori*, a través del cual una manifestación jurídica de un plano superior produce una manifestación jurídica en un plano inferior». La cita está tomada de E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho ...*, op. cit., p. 432. En la misma idea insiste, pensando específicamente en el establecimiento de servicios mínimos, S. TORRENTE GARI, *El ejercicio del ...*, op. cit., p. 264.

<sup>6</sup> Así lo entiende J. GARCÍA MURCIA, «Huelga en servicios ...», op. cit., p. 488, para quien la variedad de métodos de fijación de servicios mínimos utilizados por las distintas autoridades gubernativas genera inseguridad, desconfianza y dificultades aplicativas.

<sup>7</sup> La pluralidad de órganos que ostentan la condición de autoridad gubernativa ha sido tratada en el apartado anterior de este capítulo. En cuanto a la naturaleza jurídica de las disposiciones de fijación de servicios mínimos, se remite al capítulo segundo, apartado B, epígrafes 1. b. 2. y 2.

Constatada la pluralidad de métodos de fijación de servicios mínimos y conocida la opinión del TC sobre el particular, resulta imposible describir todos y cada uno de los que se vienen utilizando, limitando la atención a los dos más típicos<sup>8</sup>.

El primer método<sup>9</sup>, el más utilizado a nivel de la Administración General del Estado<sup>10</sup>, aunque también es empleado por las CC.AA.<sup>11</sup>, consta de dos fases o momentos diferenciados: en el primero la autoridad gubernativa se limita a declarar con carácter permanente la esencialidad de un sector productivo, subsector, empresa o cualquier otro tipo de organización prestacional<sup>12</sup>, y, además, remite la fijación de los servicios mínimos, ante cada convocatoria de huelga, a una determinada autoridad gubernativa. En el segundo, con una huelga ya convocada, la autoridad gubernativa habilitada fija los servicios mínimos.

El segundo método típico<sup>13</sup>, especialmente utilizado por las CC.AA.<sup>14</sup>, aunque también ha sido utilizado por la Administración General del Estado<sup>15</sup>, consta de una

---

<sup>8</sup> A. BAYLOS GRAU, *Derecho de huelga y ...*, op. cit., pp. 188-189, habla de dos mecanismos de imposición de servicios mínimos.

<sup>9</sup> A este método A. BAYLOS GRAU, *Derecho de huelga y ...*, op. cit., pp. 188-189, lo considera estatal. También se ocupan del mismo, entre otros muchos, M. C. PALOMEQUE LÓPEZ y M. ÁLVAREZ DE LA ROSA, *Derecho del Trabajo*, op. cit., pp. 586-587; S. TORRENTE GARI, *El ejercicio del ...*, op. cit., pp. 247 ss.; A. MONTOYA MELGAR, *Derecho del Trabajo*, Civitas, Madrid, 1997, p. 730; y J. R. MERCADER UGUINA y C. TOLOSA TRIBIÑO, *Derecho Administrativo Laboral*, op. cit., pp. 402-404.

A este tipo de método se refiere la STSJ Galicia, contencioso-administrativo, 3-12-97, Aa. 2882, F. J. 2, calificándolo de procedimiento típico, como si fuese el único existente o los demás fuesen atípicos.

<sup>10</sup> La mayoría de las disposiciones emanadas en el seno de la Administración General del Estado siguen este método. A título ejemplificativo pueden citarse las siguientes: RD 2831/78, de 1 de diciembre (BOE); RD 2998/78, de 15 de diciembre (Iberia); RD 1477/88, de 9 de diciembre (Empresas de refinado de petróleo); y RD 323/91, de 15 de marzo (Transporte marítimo).

<sup>11</sup> Este método es utilizado por las CC.AA., especialmente en los años ochenta, bajo la influencia de la actuación de la Administración General del Estado. Así, pueden citarse, entre otras muchas, las siguientes disposiciones: Decreto del País Vasco 6/82, de 1 de febrero (Ferrocarriles y transporte regular de viajeros por carretera); Decreto de la Generalidad de Cataluña 476/83, de 8 de noviembre (Centros sanitarios, asistenciales y dependencias administrativas de la Seguridad Social); Decreto de la Junta de Galicia 387/86, de 11 de diciembre (Servicios de mediación, conciliación y arbitraje); y Decreto de la Junta de Castilla-La Mancha 26/87, de 31 de marzo (Centros de salud).

<sup>12</sup> En algunos casos la declaración de esencialidad se proyecta sobre la entera organización prestacional, sin mayores aclaraciones. En otras ocasiones, en cambio, la declaración global de esencialidad viene completada con un elenco de las prestaciones esenciales. Esta cuestión ha sido tratada en el capítulo segundo, apartado C, epígrafe 2. b. Cfr., a este respecto, I. ALBIOL MONTESINOS y T. SALA FRANCO, «El mantenimiento de ...», op. cit., pp. 1303-1304, quienes clasifican los decretos de servicios mínimos emanados por el gobierno central en atención a su modo de identificar los servicios esenciales.

<sup>13</sup> Este segundo método lo reconduce A. BAYLOS GRAU, *Derecho de huelga y ...*, op. cit., p. 189, al ámbito de algunas Comunidades Autónomas.

<sup>14</sup> Es el caso, entre otras muchas disposiciones, de las siguientes: Decreto de la Generalidad de Cataluña 133/82, de 1 de junio (Hospitales transferidos); Decreto del País Vasco 59/83, de 18 de abril

única fase o momento en el que simultáneamente y ante una concreta convocatoria de huelga se declara la esencialidad de una organización prestacional y se fijan los servicios mínimos. La utilización de este método de única fase fue uno de los argumentos esgrimidos por la recurrente, en el proceso que culminó con la STC 27/89, para considerar vulnerado el derecho fundamental de huelga, si bien tal y como antes se vio fue rechazado<sup>16</sup>.

Junto a esos dos mecanismos típicos existen otros que normalmente constituyen una variante de los mismos. Así, por citar sólo un ejemplo, una variante del método de única fase se produce cuando la autoridad gubernativa que simultáneamente declara la esencialidad y fija los servicios mínimos habilita a otra autoridad gubernativa para que concrete con mayor precisión los servicios mínimos abstractamente fijados, normalmente en aquellos servicios de una gran complejidad técnica<sup>17</sup>.

El primero de los métodos descritos, pese a ser profusamente utilizado, y pese a los tuteos iniciales del Tribunal Supremo<sup>18</sup>, es inconstitucional, pues su primera fase

---

(Transporte urbano e interurbano de viajeros por carretera); Decreto de la Junta de Castilla y León 239/88, de 12 de diciembre (Administración autonómica); Decreto de la Junta de Extremadura 6/89, de 17 de enero (Servicios sanitarios); Decreto del Gobierno de Murcia 26/89, de 2 de marzo (Servicios sanitarios); y Decreto de la Junta de Castilla y León 102/96, de 22 de abril (Servicio forestal).

En Galicia se ha institucionalizado el método de única fase a través del Decreto 155/88, de 9 de junio, que deroga el Decreto 59/87, de 26 de marzo, por lo que habrá de ser respetado.

<sup>15</sup> A título ejemplificativo pueden citarse las siguientes: RD 755/87, de 19 de junio (Administración de Justicia); RD 642/88, de 24 de junio (Aduanas e impuestos especiales); RD 3/89, de 13 de enero (Vigilancia aduanera marítima); y RD 176/91, de 15 de febrero (RTVE).

También han utilizado este método otras autoridades gubernativas que en puridad no pueden incluirse ni en la Administración General del Estado ni en las CC.AA. Es el caso, por ejemplo, del Acuerdo del Presidente del Tribunal Constitucional, de 12 de diciembre de 1988, dictando servicios mínimos en dicho órgano constitucional.

<sup>16</sup> La recurrente entendía que el método que debía utilizarse era el de doble fase, aunque en realidad éste era un motivo marginal de su argumentación, basada en otros de mayor enjundia, como la falta de competencia, la ausencia de motivación y la desproporción. Para A. BAYLOS GRAU, «Derecho de huelga en ...», op. cit., pp. 201-202, la convalidación efectuada por la STC 27/89, que él critica contundentemente, pudiera deberse a la confusión de las dos fases de la actuación administrativa: la determinación de la esencialidad y la garantía de su mantenimiento.

<sup>17</sup> Este procedimiento ha sido utilizado tanto a nivel de la Administración General del Estado como de las distintas CC.AA.. Así, pueden citarse, entre otras muchas, las siguientes disposiciones: Decreto del País Vasco 68/83, de 18 de abril (Ferrocarriles y transporte regular de viajeros por carretera); Orden de la Generalidad de Cataluña, de 9 de noviembre de 1983 (Centros sanitarios, asistenciales y dependencias administrativas de la Seguridad Social); RD 634/87, de 15 de mayo (ENDESA); RD 479/88, de 20 de mayo (Eléctrica Fenosa); RD 1475/88, de 9 de diciembre (Dirección General de Tráfico); y Decreto Foral de Navarra 191/92, de 19 de mayo (Administración autonómica).

<sup>18</sup> En este sentido, las SSTs (3ª), 18-7-91, Ar. 5604, FF. JJ. 2 y 3 y 10-12-91, Ar. 9248, F. J. 2, entienden que la mera definición de esencialidad y la mera delegación de competencia a través de norma

vulnera la garantía constitucional de la reserva de ley que rodea al derecho fundamental de huelga. Con la normativa actual, el artículo 10.2 DLRT, no puede establecerse reglamentariamente ni la esencialidad de un servicio, ni las bases para dictar servicios mínimos, tal y como se vio en un apartado anterior. Cuestión distinta es que una hipotética ley orgánica de desarrollo del artículo 28.2 CE llame a la potestad reglamentaria en esta materia; mientras eso no se produzca el procedimiento de doble fase es inconstitucional.

La inconstitucionalidad de este método de actuación convierte en superfluas las consideraciones relativas a los procedimientos administrativos a observar en las dos fases que lo integran<sup>19</sup>.

El segundo de los métodos, cuya constitucionalidad no ofrece dudas, presenta, sin embargo, numerosos inconvenientes: inseguridad jurídica, conflictividad entre las partes y dificultad de adopción de medidas garantizadoras técnicamente aceptables. Sin duda existen otras objeciones, como la dispersión de las disposiciones de fijación de servicios mínimos y la dificultad de su conocimiento<sup>20</sup>, si bien el máximo interés lo presentan las anteriormente citadas.

Por lo que a la inseguridad jurídica se refiere, puede afirmarse que buena parte de los trabajadores, empresarios y usuarios no saben si un determinado sector o empresa es esencial, con la enorme transcendencia que dicha calificación tiene, hasta que la

---

reglamentaria son inocuas para el derecho fundamental de huelga, lo que ignora el juego que en el vigente sistema despliega la garantía constitucional de la reserva de ley. Estas sentencias, en consecuencia, entran en contradicción con las sentencias posteriores del mismo Tribunal Supremo que entienden que no pueden regularse mediante normas reglamentarias los servicios esenciales, debiendo prevalecer estas últimas. Se remite a lo dicho sobre este particular en el capítulo segundo, apartado B, epígrafes 1. b. 2. y 2, recordando especialmente la doctrina sentada por la STS (3ª), 7-11-97, Ar. 9498.

<sup>19</sup> Basta con decir, a este respecto, que en la primera fase el procedimiento administrativo oportuno es el especial de elaboración de reglamentos —art. 24 de la Ley 50/97, del Gobierno—. De dicho procedimiento se ha ocupado S. TORRENTE GARI, *El ejercicio del ...*, op. cit., pp. 254-256. Téngase en cuenta que en 1996, año de la obra, el procedimiento vigente era el regulado por los artículos 129 a 132 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, mantenidos en vigor por la Ley 30/92.

<sup>20</sup> La existencia de toda una constelación de autoridades gubernativas dispersas que intervienen en el caso concreto dictando servicios mínimos, que en general no se publican, dificulta extraordinariamente el conocimiento de lo que en esta materia se está haciendo. El método que la doctrina utiliza para salvar este inconveniente es extrapolar las disposiciones de fijación de servicios mínimos que sí se publican, que son una minoría, con los riesgos de inexactitud que toda extrapolación conlleva.

autoridad gubernativa interviene, lo que se produce tras la convocatoria de huelga. Por otra parte, las soluciones a las que llegan las distintas autoridades gubernativas son discordantes, a pesar de que los conflictos huelguísticos presenten en muchas ocasiones las mismas características: en unos casos reputan que un servicio es esencial y en otros no<sup>21</sup>; o bien en unos casos se dictan unos servicios mínimos de escasa intensidad y en otros los servicios mínimos se asemejan a los ordinarios<sup>22</sup>.

En cuanto a la conflictividad, basta decir que el hecho de que tanto la esencialidad de los servicios como, sobre todo, la fijación de los concretos servicios mínimos se produzca en el escaso intervalo que media entre la convocatoria de la huelga y su inicio no hace sino fomentar dicha conflictividad<sup>23</sup>. Y ello tanto si se intenta la negociación con empresarios y trabajadores, que tendrán un nuevo motivo de enfrentamiento, como, a mayor razón, si dicha negociación no se produce, en cuyo caso difícilmente serán aceptadas de buen grado las soluciones unilaterales de la autoridad gubernativa.

Directamente relacionado con lo anterior se encuentra la dificultad para adoptar “en caliente” y en un escaso periodo temporal soluciones técnicamente buenas<sup>24</sup>, lo que se agrava especialmente en determinados sectores de enorme complejidad, como por ejemplo el energético o el sanitario. Determinar en caliente y con prisas qué concretas prestaciones de una organización globalmente considerada esencial son realmente esenciales, si su mantenimiento requiere o no servicios mínimos y, en caso afirmativo, la intensidad de éstos es una empresa harto difícil, por no decir técnicamente imposible<sup>25</sup>.

---

<sup>21</sup> Paradigmáticas son las huelgas de los MIR, cuya actividad es considerada esencial en algunas CC.AA. y en otras no, de tal manera que en las huelgas nacionales en algunas CC. AA. se dictan servicios mínimos y en otras no. Sobre este colectivo, véase, la STS (3<sup>a</sup>), 27-6-94, Ar. 5194, F. J. 3 de la sentencia apelada, que ha considerado esencial su actividad, posibilitando la imposición de servicios mínimos.

<sup>22</sup> Así, por ejemplo, para dos huelgas en el mismo servicio esencial, el servicio forestal de Castilla y León, con la misma duración, un día, y que afectan al mismo personal, guardas, se dictan servicios mínimos de distinta intensidad: para la huelga del 25 de abril de 1996 los servicios mínimos alcanzan a 190 guardas —Decreto 102/96, de 22 de abril—, mientras para la huelga del 27 de junio los guardas afectados son 216 —Decreto 166/96, de 25 de junio—, sin que en las respectivas disposiciones se ofrezcan datos que justifiquen esta variación.

<sup>23</sup> En este sentido, J. CRUZ VILLALÓN, «La intervención de ...», op. cit., p. 425.

<sup>24</sup> *Ibidem*, pp. 424-425.

<sup>25</sup> Ejemplos de la complejidad técnica que rodea a algunos servicios esenciales se encuentran en las argumentaciones de la STC 43/90, F. J. 7, a propósito del servicio de transporte aéreo, y en las de la STC 8/92, F. J. 3, con ocasión del sector eléctrico.

Queda por tratar el procedimiento administrativo a seguir por la autoridad gubernativa que fije servicios mínimos mediante el método de única fase. A esa tarea se dedica un epígrafe posterior.

### **1. b. Otros posibles métodos de fijación de servicios mínimos**

Las críticas que se han realizado y otras muchas que pudieran hacerse aconsejan plantear otros posibles métodos de fijación de servicios mínimos capaces de superar o de disminuir las objeciones formuladas. Y ello tanto desde la perspectiva *de lege ferenda* como, sobre todo, *de lege data*.

No son muchas las posibilidades que el vigente sistema ofrece, fundamentalmente por dos razones: primera, por el principio heterorregulador que domina jurídica y culturalmente esta materia; segunda, por la imposibilidad de llevar a cabo una regulación mediante normas reglamentarias. Paralelamente, y para complicar más la cuestión, parece que la superación de las críticas anteriormente formuladas pasa necesariamente por la técnica de la doble fase: sólo un método de este tipo parece en grado de generar seguridad, de disminuir la conflictividad y de proporcionar soluciones técnicamente aceptables.

Pues bien, en este difícil contexto, y siempre *de lege data*, un método adecuado pudiera ser el basado en los planes o códigos abstractos de servicios mínimos. Dichos planes o códigos han merecido escasa atención doctrinal<sup>26</sup> y jurisprudencial<sup>27</sup>, seguramente porque son pocos los ejemplos que de los mismos se conocen<sup>28</sup>.

Como su propio nombre indica estos planes, que pueden elaborarse por sectores y empresas, tienen carácter abstracto y se diseñan “en frío”, es decir, sin la conflictividad y

---

<sup>26</sup> Vid., por todos, J. CRUZ VILLALÓN, «La intervención de ...», op. cit., pp. 424-428, quien se muestra firme partidario de los códigos de servicios mínimos.

<sup>27</sup> Es el caso de la STC 26/81, F. J. 12, sobre la que se volverá después.

<sup>28</sup> El más famoso de estos planes es el contenido en la circular número 450 de la Dirección General de Renfe, de 14 de febrero de 1980, que dio lugar a la STC 26/81. El mismo puede consultarse en A. BAYLOS GRAU, «La intervención del ...», op. cit., pp. 206-213.

No existen datos, al menos de fácil accesibilidad, sobre la existencia de más planes abstractos de servicios mínimos. En todo caso, y para el supuesto de que existieran más ejemplos, resulta claro que no suponen una práctica generalizada.

las prisas que provocan las huelgas ya convocadas o las de inminente convocatoria. Su contenido debiera girar en torno a la enumeración de las prestaciones esenciales dentro del servicio globalmente considerado esencial, así como a sentar las bases fundamentales para la adopción de medidas garantizadoras ante cada concreta convocatoria de huelga, lo que pudiera incluir, por ejemplo: los criterios a manejar para determinar si son o no necesarias medidas garantizadoras; en caso afirmativo, qué tipo de medidas y, en el caso de servicios mínimos, su intensidad; los sujetos que han de intervenir en la fase aplicativa; los mecanismos de solución de discrepancias; etc.

En cuanto a sus protagonistas, lo ideal es que intervengan el mayor número posible de sujetos implicados: representantes de los trabajadores, empresarios y sus representantes, correspondiente autoridad gubernativa laboral, correspondiente autoridad gubernativa responsable del servicio y asociaciones de usuarios de los servicios esenciales<sup>29</sup>. Cosa distinta es el papel que cada uno de esos sujetos debería desempeñar, siendo preferible que las autoridades gubernativas actúen unilateralmente sólo en los casos de ausencia de acuerdo o de insuficiencia de los mismos, y ello tanto en la elaboración del plan abstracto como en cada una de sus concretas aplicaciones.

El tema más espinoso en torno a los códigos de servicios mínimos es el relativo a su naturaleza jurídica. Vaya por delante que no son normas reglamentarias, en cuyo caso vulnerarían la reserva constitucional de ley; ni tan siquiera instrucciones<sup>30</sup>. Se trata, más bien, de acuerdos sin relevancia jurídica<sup>31</sup>, cuyo respeto depende de la voluntad de las partes, especialmente la de la autoridad gubernativa que en todo momento puede actuar unilateralmente invocando el artículo 10.2 DLRT. No se ignora que se está proponiendo un método de fijación de servicios mínimos carente de respaldo jurídico, pero *de lege*

---

<sup>29</sup> J. CRUZ VILLALÓN, «La intervención de ...», op. cit., pp. 424 ss., considera conveniente la participación en la elaboración de los planes abstractos del mayor número posible de afectados.

<sup>30</sup> Para la STC 26/86, F.J. 2, las instrucciones o circulares, desde el momento en que incorporan un mandato a sus destinatarios que no necesita de actos posteriores de aplicación, pueden producir una vulneración de los derechos fundamentales, siendo, por ello, perfectamente impugnables en amparo. Adviértase, en este sentido, que los planes abstractos sí necesitan un determinado acto aplicativo para poder producir efectos, por lo que su naturaleza no puede ser la de una instrucción.

<sup>31</sup> En cambio, para J. CRUZ VILLALÓN, «La intervención de ...», op. cit., pp. 426-428, los planes abstractos sí tendrían relevancia jurídica, si bien no vulnerarían la reserva de ley, pues, de un lado, no supondrían desarrollo directo del 28.2 CE, y, de otro, serían simplemente actividad ejecutiva y no normativa. No se comparte aquí, empero, ninguna de ambas afirmaciones; se coincide con el autor en la bondad de los planes abstractos, si bien se discrepa de su naturaleza jurídica.

*data* poco más puede plantearse<sup>32</sup>. En todo caso, la vulneración de estos códigos comportará la correspondiente responsabilidad política, que en determinadas circunstancias pudiera ser extraordinariamente importante, compensando la ausencia de relevancia jurídica<sup>33</sup>.

Es su carácter de *gentlemen agreement* el que excluye de plano la posibilidad de vulneración de la garantía constitucional de la reserva de ley, más que su estructura puramente abstracta<sup>34</sup>.

Las decisiones que se adoptasen al amparo del método previsto en el correspondiente plan abstracto se exteriorizarían formalmente a través de actos administrativos tramitados conforme al procedimiento administrativo a seguir en la fijación de servicios mínimos, del que se habla en el siguiente epígrafe.

Aunque se haya dicho que las posibilidades de emanación de una ley orgánica de desarrollo del 28.2 CE con prácticamente inexistentes, al menos a corto y medio plazo,

---

<sup>32</sup> El Acuerdo Vasco no es en puridad un plan abstracto sino un marco institucional, de alcance exclusivamente político, para fijar negociadamente servicios mínimos en los servicios considerados esenciales por el propio Acuerdo. Además, el método de fijación de servicios mínimos que articula consta de una única fase. Sin restar importancia al Acuerdo Vasco, que al fin y al cabo constituye una *rara habis* en la heterorregulada materia de los servicios esenciales, sería conveniente que el mismo incluyera no sólo una previsión para la fase aplicativa, como efectivamente hace, sino también una previa fase abstracta que facilitara la posterior intervención aplicativa.

<sup>33</sup> Piénsese en un incumplimiento de la autoridad gubernativa convenientemente denunciado ante la opinión pública por los medios de comunicación. O en un incumplimiento de las organizaciones sindicales, etc.

<sup>34</sup> La STC 26/81 se plantea la posible vulneración material del derecho fundamental de huelga por parte de una previsión de tipo abstracto, en los siguientes términos: «{...} el Plan no es otra cosa que una racional previsión de unas hipótesis abstractas y de una serie de concretas medidas de organización que, llegado el caso, no es posible improvisar. Que en abstracto se ordenara confeccionar y que se elaborara el Plan no es contrario a ninguna norma jurídica. El llamado Plan esencial de Transportes en sí mismo considerado no es otra cosa que una hipotética previsión, que, como tal, no es susceptible de producir lesión en los derechos individuales. {...} La afirmación que hemos hecho en punto a que la simple elaboración de un Plan para ser aplicado en las hipótesis de huelga, no lesiona derechos de los trabajadores, podrá únicamente cuestionarse en aquellos casos en que el Plan con todas sus diferentes alternativas estén concebidas y dirigido a impedir el ejercicio de los derechos. Si así fuera, podría efectivamente sostenerse la viabilidad jurídica de un amparo constitucional frente a la mera existencia del Plan, aunque para ello hubiera de superarse la dificultad de que se trataría de un amparo anticipado a la lesión efectiva {...}» (F. J. 12).

Por otra parte, las SSTs (3ª), 18-7-91, Ar. 5604, FF. JJ. 2 y 3 y 10-12-91, Ar. 9248, F. J. 2, entienden que la mera definición de esencialidad y la delegación de competencia son inocuas para el derecho fundamental de huelga. Ha de recordarse que dichas sentencias fiscalizan normas reglamentarias y que por esa razón han sido rechazadas en otro lugar. Ahora bien, su doctrina sí sería



desde un punto de vista teórico siempre es conveniente efectuar propuestas de reforma, especialmente cuando, como es el caso, la situación vigente es claramente insatisfactoria. *De lege ferenda* lo primero es acabar con la indefinición actual, estableciendo un método concreto de fijación de servicios mínimos, como de hecho pretendían los frustrados textos normativos de 1992-93<sup>35</sup>.

No es éste el lugar para efectuar una propuesta pormenorizada, de detalle, bastando con apuntar tres ideas claves. En primer lugar, el método debería constar de dos fases, una abstracta y otra concreta<sup>36</sup>. En la fase abstracta o normativa se trataría de desarrollar la ley orgánica mediante acuerdos en frío negociados en los sectores y empresas considerados esenciales por la propia ley orgánica<sup>37</sup>. Adviértase que en este caso no se vulneraría la garantía constitucional de la reserva de ley, puesto que habría sido la ley orgánica de desarrollo del 28.2 CE la encargada de habilitar a la autonomía colectiva y, en su caso, a la potestad reglamentaria, en un fenómeno de colaboración normativa que

---

válida en el caso de los códigos abstractos de servicios mínimos, precisamente por su ausencia de relevancia jurídica.

<sup>35</sup> Sobre el método o procedimiento en sentido coloquial que pretendían instaurar estos textos, véase, R. MARTÍNEZ EMPERADOR, «Huelga en servicios ...», op. cit., pp. 89 ss.; I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, *El proyecto de ...*, op. cit., pp. 35 ss.; M. E. CASAS BAAMONDE, «Los procedimientos de ...», op. cit., pp. 233 ss.; A. BAYLOS GRAU, «Procedimientos de fijación ...», op. cit., pp. 95 ss.; M. C. PALOMEQUE LÓPEZ, «La huelga y ...», op. cit., pp. 322 ss.; y J. L. MONEREO PÉREZ, *Configuración jurídica del ...*, op. cit., pp. 349 ss. y 362 ss. Para J. GÁRATE CASTRO, «Derecho de huelga ...», op. cit., p. 37, la complejidad del sistema diseñado por el PLOH le hacía dudar de su efectividad práctica.

<sup>36</sup> Tanto el proyecto inicial del gobierno socialista como la propuesta sindical y finalmente el PLOH distinguían una fase normativa y otra aplicativa, si bien los protagonistas de cada una de estas fases eran distintos en cada uno de los textos.

El sistema diseñado por la Ley italiana 146/90 sólo considera como regla general la fase abstracta o normativa, si bien en dicha fase los servicios mínimos pueden y deben adaptarse a las distintas realidades a través de la negociación colectiva descentralizada: nivel local y nivel empresarial. En el momento concreto, por tanto, como regla general sólo corresponde aplicar lo previsto abstractamente en los distintos niveles de la negociación colectiva. Se dice como regla general porque también excepcionalmente en el momento concreto pueden fijarse los verdaderos servicios mínimos, ya sea a través de la negociación colectiva empresarial ya, más frecuentemente, de la *precezione* administrativa. Sobre el particular, vid., por todos, T. TREU «Le prestazioni indispensabili», op. cit., pp. 49-50 y P. CURZIO, *Autonomia collettiva e ...*, op. cit., pp. 135 ss.

<sup>37</sup> Esta propuesta se corresponde básicamente con el procedimiento que pretendía instaurar el PLOH, en sus artículos 13 a 16. Vid., los autores mencionados dos notas atrás.

No quedaba muy claro en el PLOH si el ámbito funcional de estos acuerdos en frío había de ser necesariamente sectorial, como parecía dar a entender el artículo 13.1, o si también cabían acuerdos de empresa, como parecía indicar el artículo 14.2 y 3. En el proyecto inicial del gobierno socialista quedaba clara la posibilidad de celebrar ambos tipos de acuerdos —art. 16—, mientras en la propuesta sindical se establecía expresamente el ámbito funcional sectorial —punto III. 2—. S. TORRENTE GARI, *El ejercicio del ...*, op. cit., pp. 383-385, pone de manifiesto la existencia de confusión, inclinándose por el ámbito sectorial.

en materia de derechos fundamentales corresponde exclusivamente autorizar al legislador orgánico<sup>38</sup>.

La fase aplicativa estaría destinada a concretar las previsiones de la fase normativa, necesariamente generales y abstractas, a las circunstancias de un determinado fenómeno huelguístico, y se llevaría a cabo mediante la negociación entre los convocantes de la huelga y la empresa o administración prestadora del servicio<sup>39</sup>, solventándose las eventuales discrepancias mediante los procedimientos que necesariamente habrían de establecerse en las normas de la anterior fase, incluido, en su caso, el arbitraje obligatorio.

En segundo lugar, el protagonismo en ambas fases debería corresponder a la autonomía colectiva, reservándose la autoridad gubernativa u otra entidad pública imparcial exclusivamente funciones de control y suplencia. En todo caso, este tema ha sido tratado en el apartado anterior.

En tercer lugar, en la propuesta que se efectúa pasaría a un segundo plano el tema del procedimiento administrativo, en coherencia con la pérdida de protagonismo de la intervención heterónoma administrativa. En cualquier caso, las actividades administrativas de control y suplencia tendrían que ajustarse al correspondiente procedimiento administrativo<sup>40</sup>.

## **2. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO A SEGUIR EN LA FIJACIÓN DE SERVICIOS MÍNIMOS: AUDIENCIA DE LOS INTERESADOS**

---

<sup>38</sup> La diferencia entre el desarrollo abstracto previsto en el PLOH y el que en la actualidad se produce mediante la aprobación de normas reglamentarias estriba en que el primer tipo de regulación abstracta reposa en la previa habilitación de una ley orgánica, al tiempo que constituye su lógico desarrollo, mientras el segundo tipo opera como una regulación autónoma y sin adecuada habilitación legal. De ahí que se considere que el segundo vulnera la garantía constitucional de la reserva de ley y el primero no.

<sup>39</sup> En la fase aplicativa no es lo mismo que la huelga sea empresarial a que sea sectorial. En este último caso la fase aplicativa se articularía en dos subfases, una primera a nivel sectorial y otra posterior en cada una de las empresas afectadas.

<sup>40</sup> Sin necesidad de desarrollar este argumento hasta sus últimas consecuencias, resulta evidente que el procedimiento administrativo a emplear dependería de la naturaleza jurídica de las actividades de suplencia y control en cada una de las fases, pues no es lo mismo que dichas actividades se concretasen en normas reglamentarias a que lo hiciesen en actos administrativos.

No existe en el Ordenamiento vigente procedimiento administrativo especial a través del cual canalizar la fijación de servicios mínimos<sup>41</sup>. De este modo, se impone recurrir a las disposiciones generales sobre los procedimientos administrativos del título VI LRJAP —arts. 68 y ss.—. Ahora bien, resulta imposible aplicar rígidamente el procedimiento administrativo común o tipo, por la sencilla razón de que el brevísimo periodo de tiempo que media entre la convocatoria de la huelga y su inicio —preaviso de 10 días, según el artículo 4 DLRT— imposibilita técnicamente el cumplimiento de los trámites que lo integran, incluso siguiendo la tramitación de urgencia del artículo 50 LRJAP.

Eso no quiere decir que la fijación de servicios mínimos sea inmune a las normas procedimentales ordinarias<sup>42</sup>, sino simplemente la aplicación flexible de éstas. Una aplicación que tenga en cuenta la naturaleza de la fijación de servicios mínimos y las circunstancias de premura en que necesariamente tiene lugar, pero que no impida la vigencia de las normas y principios básicos que definen la institución del procedimiento<sup>43</sup>.

No es propósito de este epígrafe profundizar en todos y cada uno de los trámites que debiera seguir la fijación de servicios mínimos, ni tampoco en la acomodación que éstos debieran sufrir. Sólo se va a tratar el más importante de todos los trámites, el de audiencia de los interesados, que cuenta con respaldo constitucional específico —art. 105. c) CE— y genérico —art. 23.1 CE—, y con oportuna regulación legal —art. 84 LRJAP—<sup>44</sup>.

---

<sup>41</sup> En Italia, por contra, la *precettazione* —art. 8 Ley 146/90 modificada por la Ley 83/2000— se canaliza a través de un procedimiento administrativo específico. Uno de los problemas principales de dicho procedimiento, en parte resuelto por la reforma del año 2000, es la relación entre la Comisión de garantías y la autoridad administrativa competente. Cfr., por todos, G. ORLANDINI, «Il procedimento di ...», op. cit., pp. 170 ss. y V. FILÌ, «La precettazione», op. cit., pp. 95 ss.

<sup>42</sup> No puede compartirse el criterio establecido por la STS (3ª), 17-3-84, Ar. 1462, cdo. 6, que entiende que el artículo 10.2 DLRT no establece procedimiento administrativo específico alguno y que no resulta necesario acomodarse al procedimiento establecido por la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, bastando con el control judicial y con el eventual recurso de amparo para fiscalizar la actuación de la autoridad gubernativa; además, dice la sentencia, resultaría temporalmente imposible acomodarse a dicho procedimiento, lo que siendo cierto no tiene por qué comportar la total exención procedimental que la sentencia propugna.

<sup>43</sup> Por todos, véase, E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho ...*, op. cit., pp. 452 ss.

<sup>44</sup> E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho ...*, op. cit., p. 491, califican el trámite de vista y audiencia, siguiendo una consolidada jurisprudencia, como esencialísimo y sagrado.

Además de las alegaciones que los interesados en el procedimiento de fijación de servicios mínimos pudieran hacer —art. 79 LRJAP—, resulta obligado cumplir con el trámite esencial de audiencia de los interesados, en los siguientes términos: «Instruidos los procedimientos, e inmediatamente antes de redactar la propuesta de resolución, se pondrán de manifiesto a los interesados o, en su caso, a sus representantes, {...} Los interesados, en un plazo no inferior a diez días naturales ni superior a quince, podrán alegar y presentar los documentos y justificaciones que estimen pertinentes» (art. 84. 1 y 2 LRJAP).

La exigibilidad de este requisito o garantía no ofrece la menor duda. Sin embargo, el TC ha declarado que carece de alcance constitucional. Concretamente ha dicho: «No obstante, como con acierto recuerda el Ministerio Fiscal, permitir la posibilidad de consultas o negociaciones con los huelguistas al respecto es cosa muy distinta de imponer esa misma consulta hasta el punto de provocar la inconstitucionalidad del acto del poder público que, sin recurrir previamente a ella, ha fijado los servicios esenciales. 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» (STC 51/86, F. J. 3)<sup>45</sup>.

Esa doctrina ha sido con razón duramente criticada<sup>46</sup>, porque rompe con una jurisprudencia que venía exigiendo la audiencia<sup>47</sup>, porque pudiera alentar a las autoridades gubernativas a prescindir de la audiencia<sup>48</sup> y, sobre todo, porque debilita la

---

<sup>45</sup> Confirman la doctrina de la STC 51/86, entre otras muchas: STS (5ª), 24-6-88, Ar. 4727, F. J. 6; 13-2-89, Ar. 1056, F. J. 3; y STS, 15-9-95, Ar. 6654, F. J. 4.

El ATC 332/90, F. J. 3, confirma la falta de valor constitucional, incluso en el supuesto de que la consulta estuviera expresamente prevista en el RD del que el acto de fijación de servicios mínimos trajera causa.

<sup>46</sup> Por todos, véase, A. BAYLOS GRAU, *Derecho de huelga y ...*, op. cit., pp. 192 ss., quien se centra exclusivamente en la audiencia de los huelguistas.

<sup>47</sup> Así, STS (3ª), 2-2-84, Ar. 595, cdo. 3; SAN 6-2-86; y STS (5ª), 5-6-87, Ar. 4190, F. J. 2. Esta jurisprudencia seguía las recomendaciones del CLS de la OIT sobre el particular, según, A. BAYLOS GRAU, *Derecho de huelga y ...*, op. cit., p. 192, nota 63. Sin embargo, para el ATC 517/89 (referencia tomada de la Jurisprudencia constitucional del BOE) la interpretación que cabe efectuar de la doctrina del CLS de la OIT sobre la audiencia previa es semejante a la efectuada por la STC 51/86, en el sentido de recomendar la citada audiencia, pero no de convertirla en requisito de valor constitucional.

En una vía intermedia se sitúa la STS (4ª), 14-5-82, Ar. 3901, cdo. 3 de la sentencia apelada, para la que la falta de audiencia es relevante siempre que cause indefensión, si bien ésta no se produciría en las huelgas gracias a la institución del preaviso. No se comparte aquí esta opinión.

<sup>48</sup> La autoridad gubernativa venía utilizando el requisito de la audiencia. Así, entre otras disposiciones: RD 1228/83, 11-5 (Transmediterránea); RD 2771/83, 2-11 (Correos y Telégrafos); RD

imparcialidad exigible orgánica y funcionalmente<sup>49</sup>. No es indiferente, desde luego, desde la perspectiva de la imparcialidad, que la potestad de fijación de servicios mínimos se ejerza considerando la opinión de los interesados o se ejerza aisladamente. De hecho, la STC 26/81 entiende que una de las circunstancias a manejar por la autoridad gubernativa es la oferta de las partes<sup>50</sup>.

En todo caso, la audiencia de los interesados es un requisito o garantía imprescindible desde la perspectiva de la legalidad ordinaria, no porque así lo establezcan las disposiciones de fijación de servicios mínimos sino porque este trámite forma parte de las exigencias ineludibles del procedimiento administrativo ordinario, que, aunque sea de forma flexible, resulta aplicable a la imposición de servicios mínimos<sup>51</sup>. El problema radica en el hecho de que la impugnación de los servicios mínimos normalmente se

---

1807/83, 29-6 (Servicios portuarios); RD 681/86, 11-4 (Butano); y RD 727/86, 11-4 (Sevillana). Afortunadamente esta práctica ha continuado tras la STC 51/86. Así, por poner sólo un ejemplo, el RD 723/91, de 15 de marzo (Transporte marítimo).

<sup>49</sup> A. BAYLOS GRAU, *Derecho de huelga y ...*, op. cit., pp. 193-194, insiste en conectar la audiencia con la imparcialidad de la autoridad gubernativa, con la imparcialidad funcional habría que decir, y otorga mucha importancia en este sentido a la STC 26/81 que tempranamente había aludido a la oferta de servicios mínimos proveniente de las partes. Del mismo autor, véase, «Huelga en servicios ...», op. cit., pp. 503-505. M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, «La huelga en ...», op. cit., p. 134, critica que la jurisprudencia constitucional no haya considerado la audiencia como requisito esencial, ya que de haberlo hecho se contrarrestaría la unilateralidad heterorregulativa que caracteriza a nuestro actual sistema y que es causa principal de la insatisfacción que a casi todos los interesados en el tema produce.

Sin embargo, para el ATC 517/89 (referencia tomada de la Jurisprudencia constitucional del BOE) la falta de audiencia no comporta la falta de imparcialidad.

J. GARCÍA MURCIA, «Huelga en servicios ...», op. cit., p. 495, conecta la audiencia a los representantes de los trabajadores con las garantías de fondo: el principio de proporcionalidad y el de mínima restricción del derecho de huelga.

<sup>50</sup> En este sentido, A. BAYLOS GRAU, «Huelga en servicios ...», op. cit., p. 504 y S. TORRENTE GARI, *El ejercicio del ...*, op. cit., pp. 262-263.

<sup>51</sup> No se comparte, en consecuencia, la opinión de J. GÁRATE CASTRO, «Derecho de huelga ...», op. cit., p. 27, para quien este requisito tiene relevancia desde el plano de la legalidad ordinaria, siempre que haya sido expresamente previsto por alguna disposición de fijación de servicios mínimos. Esta tesis parece asumir, *obiter dicta*, la STS (3ª), 14-3-94, Ar. 2074, F. J. 2.

Tampoco se comparte la opinión de A. BAYLOS GRAU, *Derecho de huelga y ...*, op. cit., p. 193, quien recurre a la analogía con las garantías típicas del procedimiento administrativo sancionador, cuando no hace falta salir del procedimiento ordinario. La STS (3ª) 16-1-96, Ar. 401, F. J. 2, entiende que no es extensible a la fijación de servicios mínimos la audiencia que sí es exigida en los procedimientos sancionadores.

Por último, también se rechaza la tesis de M. ALONSO OLEA, *Jurisprudencia constitucional sobre ...*, op. cit. (1987), p. 328, quien basa la audiencia en el artículo 130.4 LPA, referido al procedimiento especial de elaboración de disposiciones de carácter general, cuando, como se ha dicho, no hace falta salir del procedimiento ordinario.

La audiencia de los interesados constituía una pieza clave del diseño efectuado por el PLOH, adquiriendo especial importancia en los casos de ausencia de acuerdo estable y consiguiente aprobación de norma reglamentaria sustitutoria —art. 14.2 PLOH—, y también en el procedimiento provisional establecido por la Disposición transitoria única.

canaliza por el procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales, en el cual no se podrá hacer valer esta exigencia<sup>52</sup>, que de este modo asume un papel ciertamente secundario: sólo se alegará la misma, por el procedimiento ordinario, cuando no haya un motivo impugnatorio con alcance constitucional.

Queda por despejar quiénes son los interesados en este procedimiento<sup>53</sup>. No hay inconveniente alguno en reconocer esta condición tanto a los huelguistas como a los empresarios. Los trabajadores huelguistas y los empresarios afectados por la huelga, individualmente considerados, son titulares de derechos subjetivos y como tales interesados, sin necesidad de promover el procedimiento o de personarse. Ahora bien, una elemental exigencia de eficacia aconseja considerar interesados más que a los trabajadores o empresarios individualmente considerados a sus sujetos colectivos de representación. Estos sujetos colectivos, que siempre pueden actuar como representantes —art. 32 LRJAP—, en realidad actuarían como titulares de derechos subjetivos, al menos por lo que a determinados representantes de los trabajadores se refiere: sujetos colectivos que hubieran convocado la huelga y el propio comité de huelga<sup>54</sup>.

Más problemática resulta la consideración de los usuarios como interesados. La posición jurídico-subjetiva de los usuarios de los servicios esenciales es especialmente compleja y no siempre se traduce en la titularidad de un derecho subjetivo. En todo caso, parece innegable que los mismos son titulares de intereses legítimos, sean o no directos. En tanto que portadores de un interés legítimo serán interesados siempre que decidieran

---

<sup>52</sup> Confirma esta opinión la STS (3ª), 20-1-89, Ar. 216, F. J. 3 de la sentencia apelada que se da por bueno. Ya las SSTs (3ª), 17-3-84, Ar. 1462 y 16-1-85, Ar. 411, habían entendido que las infracciones de la norma procedimental, la LPA, no son propias del proceso especial de la Ley 62/78.

<sup>53</sup> Sobre el concepto técnico-jurídico de interesados, véase, entre otros, J. M. BAÑO LEÓN, «Los interesados y los derechos y deberes de los ciudadanos ante la Administración», en J. Leguina Villa y M. Sánchez Morón, (editores), *La nueva Ley del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Tecnos, Madrid, 1993, pp. 84 ss.; R. PARADA, *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común. (Estudio, comentarios y texto de la Ley 30/92)*, Marcial Pons, Madrid, 1993, pp. 135 ss.; J. GONZÁLEZ PÉREZ y F. GONZÁLEZ NAVARRO, *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/92, de 26 de noviembre)*, Tomo I, Civitas, Madrid, 1999, pp. 851 ss.; y E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho ...*, op. cit., pp. 471-475.

<sup>54</sup> La doctrina cuando alude a los interesados, a propósito de la exigencia de audiencia, siempre se refiere a los sujetos colectivos de representación de los trabajadores y, en menor medida, de los empresarios. Así, por todos, A. BAYLOS GRAU, *Derecho de huelga y ...*, op. cit., pp. 192-194 y S. TORRENTE GARI, *El ejercicio del ...*, op. cit., pp. 261-263 y 279-280.

promover el procedimiento o personarse en el mismo. Lo normal, por cierto, será que los usuarios no intervengan por sí mismos, lo cual de ordinario sería materialmente imposible, sino a través de representantes, que bien pudieran ser las correspondientes organizaciones de usuarios y consumidores. Por otra parte, pudiera plantearse la intervención directa de las organizaciones de usuarios en tanto que portadoras *per se* de un interés legítimo colectivo o difuso —art. 31.2 LRJAP—<sup>55</sup>.

---

<sup>55</sup> Esta parece ser la tesis defendida por S. TORRENTE GARI, *El ejercicio del ...*, op. cit., pp. 279-280, al menos para determinados usuarios, concretamente aquellos que de manera estable utilizan los servicios esenciales afectados. J. CRUZ VILLALÓN, «La intervención de ...», op. cit., pp. 416-417, se muestra partidario de la intervención de los usuarios, aunque es consciente de la dificultad de identificar los colectivos perjudicados y sus organizaciones verdaderamente representativas. Esta dificultad de identificación, así como serias dudas sobre la operatividad del mecanismo llevan a M. R. ALARCÓN CARACUEL, «Un posible modelo ...», op. cit., p. 21 a proponer que la autoridad gubernativa represente *ex lege* a los usuarios.

Sobre la tutela de los intereses colectivos y difusos de los usuarios y consumidores, aunque desde una perspectiva procesal, puede verse P. GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CAVIEDES, *La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales: colectivos y difusos*, Aranzadi, Pamplona, 1999, *passim*.

En Italia no se discute la condición de interesados de las asociaciones de usuarios, cuyo papel ha salido reforzado tras la reforma de la Ley 146/90 por la Ley 83/2000: tanto desde el punto de vista procesal —art. 7 bis— como desde el punto de vista de la intervención de dichas asociaciones en el procedimiento de determinación de las medidas de garantía del mantenimiento de los servicios esenciales —art. 13 a—. El papel de las asociaciones de usuarios en el sistema italiano ha sido ya abordado en el apartado anterior de este mismo capítulo, al que se remite.

## **C. MOTIVACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO DE FIJACIÓN DE SERVICIOS MÍNIMOS, ADECUACIÓN MATERIAL Y OTROS REQUISITOS**

En temas tan complejos técnicamente como la fijación de servicios mínimos y tan fáciles de ser influenciados por condicionamientos políticos, ideológicos, empresariales, etc., resulta más fácil y eficaz acudir a las garantías formales que a las materiales. De ahí que en esta materia hayan sido las garantías formales las que más atención doctrinal y jurisprudencial han despertado<sup>1</sup>. En realidad, la distinción entre garantías formales y materiales que aquí se emplea es más un recurso pedagógico que otra cosa, pues las denominadas garantías formales no son meras formalidades sino requisitos de cuyo cumplimiento depende la correcta composición del conflicto de intereses que está detrás de la fórmula constitucional del mantenimiento de los servicios esenciales. Requisitos, eso sí, que operan en un plano formal. En la línea de lo apenas dicho, el control material o sustantivo de los servicios mínimos está funcionalmente condicionado por el cumplimiento de las garantías formales<sup>2</sup>.

Garantías formales ya estudiadas son, desde luego, la reserva de ley orgánica, la competencia para fijar servicios mínimos y el procedimiento administrativo a seguir. Junto a éstas existen otras garantías formales cuya regulación no se encuentra, como es lógico, en la inexistente ley de desarrollo del 28.2 CE<sup>3</sup>, sino en las normas administrativas

---

<sup>1</sup> Destacan la centralidad de las garantías formales, J. CRUZ VILLALÓN, «La intervención de ...», op. cit., p. 410., quien dedica precisamente su artículo al estudio del sujeto legitimado en la fijación de servicios mínimos; y A. BAYLOS GRAU, «Derecho de huelga en ...», op. cit., p. 209, para quien el alcance material de los servicios mínimos es indeterminado, por lo que resulta más fácil a los tribunales acudir al control de las garantías formales.

En este sentido, establece la STC 51/86: «En la medida en que el acto del poder público tiende, a la vez que a proteger intereses de la comunidad, a restringir el derecho de huelga de los trabajadores afectados, *debe estar rodeado de garantías también en el plano formal*, puesto que así se contribuye a asegurar el recto uso de la facultad reconocida en el art. 28.2 de la Constitución, y a eliminar la inseguridad de los trabajadores {...}» (mías las cursivas) (F. J. 3).

Sobre la importancia de la forma en el Derecho en general y en el Derecho Administrativo en particular, véase, M. BELADÍEZ ROJO, *Validez y eficacia de los actos administrativos*, Marcial Pons, Madrid, 1994, pp. 75 ss y 97 ss.

<sup>2</sup> Conectan necesariamente la apreciación material de la proporcionalidad con la garantía formal de la motivación, entre otros, M. R. ALARCÓN CARACUEL, «Un posible modelo ...», op. cit., p. 18; A. BAYLOS GRAU, «Diez años de ...», op. cit., p. 310; J. GÁRATE CASTRO, «Derecho de huelga ...», op. cit., p. 29; y A. MERINO SEGOVIA, «Servicios mínimos en ...», op. cit., p. 153.

Un buen ejemplo de la estrecha conexión entre la motivación y la valoración de fondo se encuentra en la STS (5ª), 17-1-89, Ar. 203, F. J. 5 y en la STS (3ª), 26-3-90, Ar. 2512, F. J. 3.

<sup>3</sup> Tampoco se encuentra en el artículo 10.2 DLRT, que lo único que hace es identificar a la autoridad gubernativa como la entidad decisora en la materia.



y, sobre todo, en la doctrina elaborada por el Tribunal Constitucional. Se va a considerar, en primer lugar, la garantía estrella, la motivación suficiente, tratando a continuación otras garantías formales, como la notificación y la publicación.

Desde el punto de vista material, esto es, del contenido del acto administrativo de fijación de servicios mínimos, se va a prestar especial atención al principio de proporcionalidad como técnica de control sustantivo de la potestad administrativa conferida a la autoridad gubernativa, que como ya se dijo supone la concreción de un concepto jurídico indeterminado, el de mantenimiento de los servicios esenciales.

## 1. LA MOTIVACIÓN SUFICIENTE DE LOS SERVICIOS MÍNIMOS

### 1. a. Fundamento constitucional de la motivación suficiente

La imposición de servicios mínimos supone la concreción de un concepto jurídico indeterminado que limita un derecho subjetivo, el de huelga. Por ambas circunstancias, concreción de concepto jurídico indeterminado y limitación de derecho subjetivo, el acto administrativo que pone fin al procedimiento de fijación de servicios mínimos habrá de estar suficientemente motivado, según el artículo 54.1, a) LRJAP y según la mejor doctrina<sup>4</sup>.

Una tercera circunstancia, de capital importancia, es que los servicios mínimos restringen no cualquier derecho subjetivo sino el derecho subjetivo y fundamental de

---

En cuanto al PLOH, no se encuentra referencia alguna a la necesidad de motivación, seguramente como consecuencia del carácter negociado de los servicios mínimos que resta importancia a esta garantía formal, propia de sistemas de heterorregulación. Más discutible es el hecho de que tampoco se exigiera motivación en los supuestos residuales de intervención unilateral de la autoridad gubernativa —art. 16—. Sí había, en cambio, numerosas referencias a la necesidad de motivación en el proyecto inicial del gobierno socialista.

En Italia la motivación no ha despertado la misma atención que en España, lo que no significa que no sea importante. Al contrario, tanto el control de la negociación colectiva por parte de la Comisión de garantías como, en su caso, la regulación provisional proveniente de ésta —art. 13. a) Ley 146/90 modificada por Ley 83/2000—, como, sobre todo, la *precettazione* —art. 8 Ley 146/90 modificada por la Ley 83/200— tienen que estar oportunamente motivados. Sobre el particular, véase, E. GRAGNOLI, «Le regole per ...», op. cit., pp. 36 ss. y G. ORLANDINI, «Il procedimento di ...», op. cit., pp. 160 ss.

<sup>4</sup> Sobre la motivación de determinados actos administrativos, entre lo que se encuentran los que limitan derechos subjetivos y los que concretan conceptos jurídicos indeterminados, véase, por todos, E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho ...*, op. cit., pp. 553-556. En general, M. FERNANDO PABLO, *La motivación del acto administrativo*, Tecnos, Madrid, 1993.

huelga. El carácter fundamental del derecho subjetivo limitado, el de huelga, otorga al requisito de la motivación alcance constitucional: no ha de olvidarse que uno de los límites de los límites de los derechos fundamentales es la motivación suficiente de los actos singulares de restricción de derechos fundamentales<sup>5</sup>, entre los que inequívocamente se encuentra la técnica de los servicios mínimos.

De este modo, la motivación de los servicios mínimos sin dejar de ser un requisito o garantía exigido por el artículo 54 LRJAP es algo más<sup>6</sup>: es un requisito de alcance constitucional, con las importantes consecuencias procesales que de ello se derivan; es, también, un requisito dotado de un régimen singular, el que ha ido progresivamente trazando el TC en sus distintos pronunciamientos.

En efecto, ha sido el TC el encargado de singularizar la motivación suficiente de los servicios mínimos, en los siguientes términos: «Ha de recordarse también, frente a lo que parece deducirse de las alegaciones del Abogado del Estado, que la motivación que se exige en estos supuestos no puede equipararse a la que debe acompañar a todo acto administrativo, pues aquélla afecta al ejercicio mismo de un derecho fundamental y condiciona, por ello mismo, la constitucionalidad de la medida restrictiva o limitadora» (STC 27/89, F. J. 4). La tajante intervención del TC se produce como consecuencia de la confusión reinante hasta ese momento: no faltaban quienes defendían que la motivación

---

<sup>5</sup> La motivación suficiente como límite de los límites de los derechos fundamentales ha sido estudiada en el capítulo tercero, apartado D, epígrafe 2.a. Simplemente recordar la STC 62/82, cuando establece: «A juicio de este Tribunal resulta claro que toda resolución que limite o restrinja el ejercicio de un derecho fundamental ha de estar motivada {...}» (F. J. 2. B).

En el epígrafe mencionado se vio que uno de esos límites o garantías era el principio de justificación constitucional, es decir, la necesidad de que toda limitación de derechos fundamentales encuentre fundamento mediato o inmediato en la propia Constitución. También se vio cómo esa garantía opera en la delimitación abstracta o normativa de los límites, convirtiéndose en motivación suficiente en el momento aplicativo o concreto. Pues bien, la fijación de servicios mínimos es una operación aplicativa, por lo que la garantía exigible no es tanto la justificación constitucional como la motivación suficiente. En realidad, uno de los contenidos de la motivación suficiente será la justificación constitucional de la medida adoptada, como ha tenido ocasión de señalar la STS (3ª), 6-6-98, Ar. 5523, en los siguientes términos: «{...} siendo preciso no sólo que exista una especial justificación, sino que tal justificación se exteriorice adecuadamente{...}» (F. J. 5).

<sup>6</sup> J. GARCÍA MURCIA, «Huelga en servicios ...», op. cit., pp. 496-497, distingue entre la motivación genérica de los actos administrativos y la específica de los actos de fijación de servicios mínimos, equiparable esta última, en tanto que restrictiva de derechos fundamentales, a la motivación de las resoluciones judiciales, exigida por el artículo 120.3 CE y objeto de abundante doctrina del TC. Esta equiparación es efectuada también por M. RODRÍGUEZ-PINERO, «Órgano competente y ...», op. cit., p. 26.

de los servicios mínimos era la genérica de determinados actos administrativos<sup>7</sup>, y ello pese a que la STC 26/81 ya se había ocupado de la cuestión, en los siguientes términos: «Es verdad que la exigencia de motivación no puede resultar de la aplicación de las normas relativas al procedimiento administrativo y de la necesidad de ofrecer una fundamentación a los actos administrativos. Sin embargo, cuando se coarta, como en este caso, el libre ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución, el acto es tan grave que necesita encontrar una especial causalización {...}» (F. J. 14).

Tras la contundente doctrina del TC no hay la menor duda de que la motivación suficiente de los servicios mínimos es una exigencia específica y especialmente reforzada frente a la genérica motivación de determinados actos administrativos<sup>8</sup>. La vulneración de esta garantía, en consecuencia, traspasa la legalidad ordinaria y comporta la lesión del derecho fundamental de huelga. Así lo ha declarado inequívocamente el TC<sup>9</sup>, pese a lo cual el Tribunal Supremo mantuvo durante muchos años una vacilante posición<sup>10</sup>, afortunadamente ya corregida<sup>11</sup>. De hecho, éste es el principal motivo por el que el Tribunal Supremo<sup>12</sup> y el Tribunal Constitucional<sup>13</sup> declaran la nulidad de buena parte de las disposiciones de fijación de servicios mínimos.

---

<sup>7</sup> Así parece entenderlo M. ALONSO OLEA, *Jurisprudencia Constitucional sobre ...*, op. cit., (1987), p. 175.

Alguna decisión aislada del Tribunal Supremo también defendió la motivación genérica de los actos administrativos. Es el caso de la STS (3ª), 27-1-87, Ar. 326, F. J. 2. Sin embargo, otras muchas sentencias se acomodan a la doctrina constitucional sentada por la STC 26/81 en relación con el carácter singular de la motivación de los servicios mínimos. Es el caso, entre otras, de las SSTS (3ª), 16-1-85, Ar. 216, cdo. 2 y 17-7-86, Ar. 4441, F. J. 5.

En este mar revuelto se inserta la postura de la Abogacía del Estado, en el recurso de amparo resuelto por la STC 27/89, del siguiente tenor: «También la objeción de falta de motivación o justificación pertenece al ámbito de la legalidad, pues el deber de motivación es general a todo procedimiento y ninguna singularidad ofrece en este caso {...}».

<sup>8</sup> Sorprende, en este sentido, la opción adoptada por S. TORRENTE GARI, *El ejercicio del ...*, op. cit., pp. 264 ss., quien sigue un esquema más apegado a las normas administrativas que a la específica doctrina del TC.

<sup>9</sup> De manera inequívoca establece la STC 26/81: «De este modo, la motivación es no sólo una elemental cortesía, sino un riguroso requisito del acto de sacrificio de los derechos» (F. J. 14, *in fine*). Doctrina ésta que ha sido reiterada en todas las sentencias posteriores sobre el particular.

<sup>10</sup> Entendieron que se trataba de una cuestión de mera legalidad ordinaria las siguientes sentencias: STS (5ª), 11-5-87, Ar. 3325, F. J. 3; STS (5ª) 26-5-87, Ar. 3486, F. J. 1; STS (5ª), 24-6-88, Ar. 4727, F. J. 6; STS (3ª), 21-3-89, Ar. 2110, F. J. 1; y STS (3ª), 17-5-89, Ar. 3784, F. J. 3.

<sup>11</sup> En los años noventa el Tribunal Supremo ha acomodado plenamente su doctrina a la del Constitucional. En este sentido, pueden citarse, entre otras muchas, las SSTS (3ª), 3-4-92, Ar. 2705, F. J. 2; 21-10-93, Ar. 7540, F. J. 4, con cita de doctrina anterior; 16-1-95, Ar. 421, F. J. 5; y 15-9-95, Ar. 6654, F. J. 2.

<sup>12</sup> El elenco de las sentencias del Supremo que han dictaminado la nulidad de buena parte de las disposiciones de fijación de servicios mínimos por carecer de motivación suficiente sería

## 1. b. Contenido y finalidad de la motivación

Antes de entrar en el contenido, finalidad y otros aspectos de la motivación conviene advertir que la misma debe proyectarse no sólo sobre los servicios mínimos, sobre su concreta intensidad podría decirse, sino también sobre la propia necesidad de los mismos y, más aún, sobre la esencialidad del servicio en el que pretendan dictarse. La necesaria proyección de la motivación sobre los conceptos aludidos es una realidad que tarda en abrirse camino en la jurisprudencia<sup>14</sup>. En la actualidad no hay la menor duda de que la motivación resulta aplicable a un conjunto de conceptos, si bien por comodidad sigue hablándose exclusivamente de motivación suficiente de los servicios mínimos<sup>15</sup>. A pesar de lo que se acaba de decir es muy frecuente que la autoridad gubernativa limite la motivación a la intensidad de los servicios mínimos, prescindiendo de los otros dos conceptos arriba mencionados<sup>16</sup>.

Ya se sabe qué se ha de motivar. Lo que no se sabe todavía es cómo se lleva a cabo la motivación y para qué se motiva, o sea, el contenido y la finalidad de la motivación.

---

extraordinariamente amplio. Baste, a título ejemplificativo, con citar algunas de las últimas sentencias. Así, SSTS (3ª), 15-9-95, Ar. 6654, F. J. 2; 6-6-97, Ar. 5523, F. J. 5; 20-2-98, Ar. 2362, F. J. 3; 11-6-98, Ar. 5525, F. J. 3; y 11-2-2000, Ar. 2641, F. J. 6.

<sup>13</sup> La falta de motivación, por sí sola o al lado de otros argumentos, está en la base de buena parte de los pronunciamientos del TC sobre el particular. Así, SSTC 26/81, F. J. 14; 53/86, FF. JJ. 7 y 8; 27/89, F. J. 4; y 8/92, F. J. 3.

En cambio, las SSTC 43/90 y 122/90 entienden cumplida la garantía de la motivación suficiente. En cuanto a la STC 51/86, se acepta parte de la motivación de la disposición impugnada —motivación por general conocimiento— y para el resto se considera incumplida la exigencia de motivación.

<sup>14</sup> La STC 8/92, FF. JJ. 3 y 4, aunque no muy claramente, exige que la motivación alcance no sólo a los servicios mínimos sino también a la propia esencialidad del servicio. Ya se había ocupado de esta cuestión, aunque de una manera poco elaborada, la STS (5ª), 3-10-87, Ar. 6694, F. J. 2. Posteriormente, son muchas las sentencias que aclaran la necesidad de proyectar la motivación sobre distintos conceptos y no sólo sobre los servicios mínimos. Así, entre otras, las SSTS (3ª), 15-9-95, Ar. 6654, F. J. 2; 15-1-96, Ar. 349, F. J. 4; 6-5-97, Ar. 3911, F. J. 5; 6-6-98, Ar. 5523, F. J. 6; y 11-2-2000, Ar. 2641, F. J. 6.

Sin ninguna duda la sentencia que aborda esta cuestión con mayor profundidad es la STS (3ª), 14-10-97, Ar. 7535, F. J. 4, en los siguientes términos: «Es preciso diferenciar entre los conceptos de servicios esenciales, servicios mínimos, y efectivos personales precisos para el desempeño de los últimos, debiendo referirse la motivación a esos 3 niveles conceptuales, y no sólo al primero». Esta doctrina había sido anticipada por el voto particular de Conde Martín de Hijas a la STS (3ª), 14-9-92, Ar. 6896, F. J. 2.

<sup>15</sup> J. GÁRATE CASTRO, «Derecho de huelga ...», op. cit., p. 29, aplica la motivación a los tres conceptos aquí citados. En cambio, J. M. RAMÍREZ MARTÍNEZ, «El derecho de ...», op. cit., p. 14, considera que la esencialidad no debe ser objeto de adecuada motivación.

Hablar del contenido de la motivación es extraordinariamente complejo, fundamentalmente por dos razones: porque son varios los conceptos a motivar y porque necesariamente se habrán de considerar las circunstancias del caso concreto. Se trata de una materia esencialmente casuística, por definición difícil de abordar en términos teóricos. Lo anterior no significa que se vaya a pasar por alto esta cuestión; simplemente se advierte de la imposibilidad de perfilarla con nitidez.

La motivación consiste en la explicitación por parte de la autoridad gubernativa de todos aquellos datos, de todas aquellas circunstancias que en cada concreto caso se barajen para considerar a un servicio como esencial, para entender que la garantía de su mantenimiento pasa por dictar servicios mínimos y, finalmente, para justificar unos concretos servicios mínimos: por qué esos servicios mínimos y no otros de menor o mayor intensidad. El TC se ha referido a esta cuestión en diversas sentencias, en los siguientes términos: «{...} el acto es tan grave que necesita encontrar una especial causalización y el hecho o el conjunto de hechos que lo justifican deben explicarse {...}» (STC 26/81, F. J. 14, y sentencias posteriores)<sup>17</sup>. Al mismo tiempo, ha entendido: «Sin que sean suficientes, por tanto, indicaciones genéricas, aplicables a cualquier conflicto, y de las cuales no pueden derivarse criterios para enjuiciar la ordenación y proporcionalidad de la restricción que al ejercicio del derecho de huelga se impone» (STC 53/86, F. J. 6)<sup>18</sup>. Entre las indicaciones genéricas que por sí solas no pueden servir como motivación se encuentran, desde luego, las frecuentes invocaciones a los preceptos

---

<sup>16</sup> Prácticamente ninguna de las disposiciones de la autoridad gubernativa motiva correctamente la esencialidad de los servicios; tampoco la necesidad de recurrir a la fijación de servicios mínimos. Sí suele motivarse, aunque en general insuficientemente, la intensidad de los servicios mínimos.

<sup>17</sup> Incidiendo en la misma idea, pero utilizando otras palabras, el TC ha dicho: «La justificación de las medidas adoptadas impone que la autoridad que las decidió esté en todo momento en condiciones de proporcionar datos que evidencien los criterios que manejó para determinarlas, de manera que se compruebe hasta qué punto decidió ajustándose lo más posible a los concretos hechos que inciden en cada conflicto {...}» (STC 51/86, F. J. 4); «{...} lo que requiere que en esa motivación figuren los factores o criterios cuya ponderación ha determinado cuáles son los servicios mínimos, y en qué nivel se fijan {...}» (STC 53/86, F. J. 6); «{...} la motivación ha de atender a las circunstancias concretas de cada huelga {...}» (STC 27/89, F. J. 4); y «La disposición impugnada se limita a proporcionar indicaciones genéricas, aplicables a cualquier conflicto, sin que sea posible saber con algún rigor cómo se ha llegado a valorar el carácter esencial del servicio y los factores o criterios técnicos cuya ponderación ha determinado que hayan de mantenerse en funcionamiento unas concretas actividades y no otras, y en los niveles y proporciones decididos» (STC 8/92, F. J. 4).

<sup>18</sup> También respecto de la motivación genérica de determinados actos administrativos se han rechazado las indicaciones genéricas o comodín. Así, por todos, E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho ...*, op. cit., p. 555.

normativos y a la doctrina jurisprudencial que avalan la intervención de la autoridad gubernativa<sup>19</sup>.

Los datos, circunstancias o variables que integran el contenido de la motivación pueden ser agrupados de la siguiente forma: de un lado todas las circunstancias que rodean a una concreta huelga y de otro las variables relacionadas con el pretendido servicio esencial. Son estos mismos datos o variables los que permiten efectuar el control material de la actuación de la autoridad gubernativa a través del principio de proporcionalidad. La motivación es garantía formal y, además y sobre todo, presupuesto ineludible del control material o sustantivo. De hecho, la mención inicial de las variables y su agrupación se produce con ocasión del control material, para posteriormente integrar también el contenido de la motivación suficiente<sup>20</sup>.

Entre las circunstancias que rodean a una concreta huelga hay que mencionar, fundamentalmente, a su ámbito geográfico, funcional y personal, así como a su duración<sup>21</sup>. Igualmente importante puede ser el periodo del año en el que la huelga tenga lugar, especialmente en el sector transportes —periodos punta o vacacionales y periodos

---

<sup>19</sup> Rechazan expresamente este tipo de motivación tan frecuente entre las disposiciones de la autoridad gubernativa las SSTS (3ª), 19-12-88, Ar. 9996, F. J. 2; 15-9-95, Ar. 6654, F. J. 2; y 17-5-96, Ar. 4629, F. J. 2.

Sí la admite la STS (5ª), 24-6-88, Ar. 4727, FF. JJ. 3 y 6, que precisamente será anulada por la STC 8/92. También admite este tipo de motivación la STS (3ª), 17-5-89, Ar. 3784, F. J. 3, que sin ninguna duda ha sido superada por la doctrina arriba recogida.

<sup>20</sup> Esta agrupación de circunstancias tiene sus orígenes en la jurisprudencia del TC —sentencia 26/81, F. J. 15— acerca de los criterios de fondo con arreglo a los que controlar la proporcionalidad de la actuación de la autoridad gubernativa. En todo caso, quedaba implícito en dicha jurisprudencia que esos criterios constituirían precisamente el contenido de la motivación. De hecho, en la STC 51/86, FF. JJ. 4 y 5, se establece lo siguiente: «Como requisito {la motivación} es distinto de la valoración de la proporcionalidad de las medidas tomadas, que no es sino la consecuencia ulterior de aquella valoración»; o, más claramente: «{...} se trata de valorar si las medidas adoptadas son proporcionadas al fin perseguido, en una efectiva ponderación de los intereses en juego, tal y como han sido definidos y delimitados mediante los criterios anteriormente mencionados {expresados en la motivación}, que constituyen su presupuesto» (míos los paréntesis).

También doctrinalmente se habló por primera vez de las variables o criterios y de su agrupación a propósito de aspectos materiales. Así, entre otros, A. MARTÍN VALVERDE, «El de huelga ...», op. cit., pp. 246-247; F. VALDÉS DAL-RÉ, «Servicios esenciales y ...», op. cit., pp. 136-137; y A. BAYLOS GRAU, *Derecho de huelga y ...*, op. cit., pp. 194 ss. Posteriormente, estos mismos autores y otros han reconocido que son precisamente esas variables las integrantes del contenido de la motivación. En este sentido, por todos, A. BAYLOS GRAU, «Derecho de huelga en ...», op. cit., pp. 209-212.

<sup>21</sup> Ya la STC 26/81, hablaba de: «{...} la extensión de la huelga, la duración prevista, la que ya hubiese tenido, {...}» (F. J. 15).

electorales—<sup>22</sup>. Dentro de este grupo de circunstancias cabe citar, también, la modalidad de huelga que se haya elegido, la representatividad de los sujetos convocantes<sup>23</sup> y otras que en el caso concreto pudieran ser relevantes<sup>24</sup>.

En cuanto a las circunstancias o variables relacionadas con el pretendido servicio esencial se encuentran, entre otras, las siguientes: los derechos fundamentales o los bienes constitucionalmente protegidos afectados por el ejercicio del derecho de huelga<sup>25</sup>; el grado de incidencia del servicio esencial afectado en la satisfacción de los intereses constitucionales de los usuarios, que dependerá, entre otros factores, de la naturaleza de los bienes y servicios afectados —no es lo mismo que el bien sea o no perecedero y que el servicio sea o no aplazable— y de la existencia o no de servicios alternativos<sup>26</sup>; el porcentaje que los trabajadores designados para cubrir servicios mínimos representan sobre la plantilla total<sup>27</sup>; y la oferta de mantenimiento que las partes implicadas hayan efectuado, especialmente la oferta proveniente de los convocantes de la huelga<sup>28</sup>.

En todo caso, las circunstancias anteriormente mencionadas, a pesar de su importancia, no tienen carácter necesario y taxativo, es decir, no siempre aparecerán

---

<sup>22</sup> Esta variable fue introducida, por lo que a la jurisprudencia constitucional se refiere, por la STC 43/90, F. J. 6. Esta polémica variable será desarrollada posteriormente con detenimiento.

<sup>23</sup> A la representatividad de los sujetos convocantes se refieren, A. BAYLOS GRAU, *Derecho de huelga y ...*, op. cit., p. 196 y J. COSCUBIELA I CONESA y M. A. FALGUERA I BARÓ, «El ejercicio del ...», op. cit., p. 366.

<sup>24</sup> Entre estas otras circunstancias, A. BAYLOS GRAU, *Derecho de huelga y ...*, op. cit., p. 195, menciona las características del sector, las causas de la huelga y las necesidades de la concreta coyuntura. Parece más conveniente, sin embargo, incluir las características del sector y las necesidades de la concreta coyuntura dentro del segundo grupo de circunstancias, las relacionadas con el pretendido servicio esencial. En cuanto a las causas de la huelga, simplemente no se han de considerar, so pena de hacer peligrar por la vía del mantenimiento de los servicios esenciales la función político-jurídica del derecho fundamental de huelga.

<sup>25</sup> La STC 53/86 se refiere a «{...} la naturaleza de los derechos o bienes constitucionalmente protegidos sobre los que repercute» (F. J. 3).

<sup>26</sup> La STC 27/89 alude a «{...} comunidad afectada, existencia o no de servicios alternativos, etc.» (F. J. 1). Anteriormente la STC 26/81 había aludido a «{...} las necesidades que en la concreta coyuntura existan{...}» (F. J. 15).

Doctrinalmente se ha prestado mucha importancia a la existencia o no de servicios alternativos. Vid., por todos, A. BAYLOS GRAU, *Derecho de huelga y ...*, op. cit., p. 197, nota 71, con la bibliografía allí citada.

<sup>27</sup> Esta circunstancia ha sido expresamente admitida, entre otras muchas, por la STS (3ª), 15-1-96, Ar. 349, FF. JJ. 7 y 8.

Doctrinalmente es mencionada por J. GÁRATE CASTRO, «Derecho de huelga ...», op. cit., p. 29, bajo la denominación de criterio técnico determinante de la proporción del personal llamado a prestar los servicios mínimos.

<sup>28</sup> Esta circunstancia fue mencionada tempranamente por la STC 26/81, F. J. 15.

conjuntamente y, lo que es más importante, pueden existir otras muchas circunstancias no mencionadas. En efecto, la más elaborada exposición de los hechos integrantes de la motivación, la efectuada por la STC 27/89, abunda en el carácter abierto de los mismos, en los siguientes términos: «{...} el tipo de garantías que hayan de dispensarse con ese fin, no pueden ser determinados de manera apriorística, sino tras una ponderación y valoración de los bienes o derechos afectados, del ámbito personal, funcional o territorial de la huelga, de la duración y demás características de esa medida de presión y, en fin, *de las restantes circunstancias que concurran en su ejercicio y que puedan ser de relevancia para alcanzar el equilibrio más ponderado entre el derecho de huelga y aquellos otros bienes* (comunidad afectada, existencia o no de servicios alternativos, etc.), sin olvidar la oferta de preservación o mantenimiento de servicios que realicen los sujetos convocantes o trabajadores afectados» (mías las cursivas) (F. J. 1, *in fine*).

No son, en cambio, hechos o circunstancias a considerar, a integrar en la motivación, la comodidad, rapidez o eficiencia del servicio afectado por la huelga, las necesidades de la organización prestadora del servicio, así como los criterios ajenos a la esencialidad de los servicios, como la continuidad de los servicios públicos, el perjuicio para el interés general, el perjuicio para la economía nacional o la condición de funcionarios públicos de los convocados a la huelga. En todo caso, de esas circunstancias y criterios es preferible ocuparse al hilo del control material de la actuación de la autoridad gubernativa.

La motivación de la que se ha hablado hasta el momento es la que tiene que proporcionar la autoridad gubernativa en la exteriorización del acto administrativo mediante el que proceda a garantizar el mantenimiento de un determinado servicio esencial. Además de esa motivación, la autoridad gubernativa tiene que motivar de nuevo aquellas disposiciones que hayan sido impugnadas ante los tribunales. Puede distinguirse, en este sentido, entre una motivación *ex ante* y una motivación *ex post*<sup>29</sup>. Como en tantas

---

<sup>29</sup> Se debe a M. ALONSO OLEA, *Jurisprudencia constitucional sobre ...*, op. cit. (1984), pp. 40-41, la distinción entre la motivación *ex ante* y la motivación *ex post*, con ocasión del comentario que efectúa a la STC 26/81. Dice literalmente la mencionada sentencia «{...} cuando se ha producido una limitación o un parcial sacrificio de derechos básicos que la Constitución reconoce a los ciudadanos, dado que el supuesto que se produce es modificativo o extintivo de tales derechos, la autoridad que realiza el acto debe estar en todo momento en condiciones de ofrecer la justificación. Lo anterior no significa como es obvio negarle a la autoridad la prerrogativa de probidad y de actuación racional.



otras materias ha sido el TC el encargado de distinguir ambas motivaciones, en los siguientes términos: «{...} la justificación {...} puede y debe proporcionarse, tanto en el momento de emanarse la resolución, en la que deben estar enunciados aun sucintamente los criterios utilizados para realizarla, como en un momento posterior, si los interesados instan la revisión jurisdiccional del acto, tiempo en que deben ser alegados por la autoridad los citados criterios y debe ser aportada la base fáctica —incluidos estudios técnicos, en su caso— con la que la decisión se adoptó» (STC 51/86, F. J. 4). La diferencia fundamental entre ambas motivaciones, al margen del momento en el que tienen lugar, se centra en la mayor densidad del contenido de la efectuada en sede judicial —*ex post*—, por la sencilla razón de que una vez aplicados los servicios mínimos serán más numerosos y ricos los datos en poder de la autoridad gubernativa y, también, por la propia naturaleza del proceso judicial<sup>30</sup>.

Una aclaración de suma importancia referida a la relación de ambas motivaciones es efectuada por la STC 53/86, según la cual: «La eventual justificación *ex post* no libera a la autoridad competente de su obligación de motivar adecuadamente el acto desde el momento en que éste se realiza, lo que requiere que en esa motivación figuren los factores o criterios cuya ponderación ha conducido a determinar cuáles son los servicios mínimos, y en qué nivel se fijan {...} Sin que sean suficientes, por tanto, indicaciones genéricas, aplicables a cualquier conflicto {...}» (F. J. 6)<sup>31</sup>. En todo caso, de la motivación en sede judicial y de la inversión del *onus probandi* que la misma implica se hablará con más detenimiento en un apartado posterior.

---

Significa simplemente que la limitación del derecho es una excepción puesta a su normal ejercicio, y que la prueba de las excepciones compete siempre al demandado» (F. J. 16). En realidad, la distinción se encuentra implícita, pues la preocupación de la sentencia se centra en subrayar la inversión del *onus probandi* que rige en esta materia y de la que se hablará en otro apartado posterior.

Posteriormente, el resto de la doctrina ha hablado de doble motivación de los servicios mínimos. Así, por todos, A. BAYLOS GRAU, *Derecho de huelga y ...*, op. cit., pp. 185 ss.

<sup>30</sup> Insiste en esta circunstancia la STC 53/86, en los siguientes términos: «{...} debe distinguirse entre la motivación expresa del acto, que puede responder a criterios de concisión y claridad propios de la actuación administrativa, y las razones que, en un proceso, se pueden alegar para justificar la decisión tomada, que deben tener la entidad suficiente como para legitimar la restricción del derecho. Ambos planos están diferenciados {...}» (F. J. 6).

Doctrinalmente, por todos, A. BAYLOS GRAU, *Derecho de huelga y ...*, op. cit., p. 188.

<sup>31</sup> La STS (3ª) 3-6-98, Ar. 5519, F. J. 5, confirma que la motivación *ex post* no libera de la obligación de motivación *ex ante*, corrigiendo la solución contraria admitida por la SAN (sala de lo contencioso-administrativo) 17-11-94, en una errónea interpretación de la doctrina sentada por la STC 8/92, F. J. 3, párrafo 3º *in fine*. Vid, también, la STS (3ª), 14-3-94, Ar. 2074, F. J. 3.

Tema de especial interés es el relativo a la finalidad de la motivación. En un primer momento el TC conectó la motivación suficiente de los servicios mínimos con el conocimiento de los interesados, singularmente de los trabajadores huelguistas<sup>32</sup>. En un pronunciamiento posterior, la STC 53/86, se insiste en la anterior finalidad cognoscitiva y se explicita algo de enorme importancia, que estaba implícito en la sentencia de 1981. Se trata de la conexión de la motivación con el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva —art. 24 CE—. En efecto, entiende la sentencia: «{...} la precisa motivación {...} tiene, como ya se dijo, el sustancial efecto de facilitar posteriormente la defensa de los afectados {...}» (F. J. 8). Por lo tanto, la primera finalidad de la motivación es el conocimiento de los interesados, que de este modo estarán en condiciones de adoptar las decisiones oportunas, incluyendo el recurso a la tutela judicial<sup>33</sup>.

Junto a la finalidad cognoscitiva la motivación cumple también una finalidad a la que podría denominarse fiscalizadora. Se trata de que los tribunales, en su caso, puedan fiscalizar desde un punto de vista material las decisiones adoptadas por la autoridad gubernativa. A esta finalidad se refiere la STC 51/86, del siguiente modo: «{...} a la vez que permite este conocimiento {de los interesados}, permitirá en su momento que los Tribunales de justicia puedan fiscalizar adecuadamente la corrección constitucional del acto del poder público» (F. J. 4).

La consideración de estas dos finalidades permite concluir que la motivación no es sólo una garantía formal, sino también una garantía sustancial<sup>34</sup>.

---

<sup>32</sup> Literalmente establece la STC 26/81: «{...} el hecho o el conjunto de hechos que lo justifican deben explicarse con el fin de que los destinatarios conozcan las razones por las cuales su derecho se sacrificó y los intereses a los que se sacrificó» (F. J. 14, *in fine*).

<sup>33</sup> La conexión de la motivación de las resoluciones, judiciales o administrativas, restrictivas de derechos fundamentales con el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva fue tempranamente puesta de manifiesto por la STC 62/82, en los siguientes términos: «A juicio de este Tribunal resulta claro que toda resolución que limite o restrinja el ejercicio de un derecho fundamental ha de estar motivada, de forma tal que la razón determinante de la decisión pueda ser conocida por el afectado. De otro modo, se infringe el derecho a la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de los derechos (art. 24.1 de la Constitución), ya que se afectaría el ejercicio del derecho a un proceso público por una resolución no fundada en Derecho, dificultando con ello gravemente las posibilidades de defensa en la vía ordinaria, en su caso, y en último extremo por la vía del recurso de amparo» (F. J. 2. B).

F. MARÍN RIAÑO, «La necesaria motivación del establecimiento de servicios mínimos», en *La Ley*, 1989 II, p. 634, conecta necesariamente la motivación con el derecho a la tutela judicial.

<sup>34</sup> Se comprende así, por ejemplo, la alusión de M. C. PALOMEQUE LÓPEZ y M. ÁLVAREZ DE LA ROSA, *Derecho del Trabajo*, op. cit., p. 591, a la motivación como exigencia material.

Consideración sustancial de la motivación que también se predica de la ordinaria de determinados actos administrativos. Así, por ejemplo, E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de*

Dos aclaraciones más resultan oportunas: primera, a pesar de la estrecha conexión existente entre ambas finalidades no se han de confundir, ya que mientras la finalidad fiscalizadora sólo surtirá efectos en caso de impugnación judicial de las decisiones de la autoridad gubernativa, la finalidad cognoscitiva, y más concretamente su conexión con la tutela judicial efectiva, siempre estará presente: los interesados deben disponer de todos los datos necesarios para decidir si impugnar o no la actuación de la autoridad gubernativa. Segunda, y muy relacionada con la anterior, es precisamente la diferencia entre ambas finalidades la que permite sostener que la motivación *ex post* no libera a la autoridad gubernativa de la obligación de motivación *ex ante*, pues el hecho de que los tribunales puedan fiscalizar materialmente las decisiones adoptadas, a resultas exclusivamente de la motivación *ex post*, no puede encubrir el desconocimiento que en su momento hubieran tenido los interesados, con las consiguientes dificultades para preparar adecuadamente la defensa jurídica ante los tribunales<sup>35</sup>.

### 1. c. El cumplimiento de la motivación: “divorcio” entre la teoría y la práctica

La motivación tal y como ha sido perfilada raramente es respetada escrupulosamente por la autoridad gubernativa<sup>36</sup>, siendo de lejos la principal causa de nulidad de las disposiciones de fijación de servicios mínimos. El necesario respeto de esta garantía, casi siempre diáfano para el TC, ha acabado también imponiéndose en la

---

*Derecho ...*, op. cit., p. 555. Esta relevancia sustancial y no sólo formal de la motivación puede apreciarse también en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, según F. MARÍN RIAÑO, «La necesaria motivación ...», op. cit., p. 635.

<sup>35</sup> Para M. ALONSO OLEA, *Jurisprudencia constitucional sobre ...*, op. cit. (1987), p. 169, existe una correlación entre las dos finalidades de la motivación y los dos momentos en que ha de producirse: la motivación *ex ante* cumpliría la finalidad cognoscitiva y la *ex post* la fiscalizadora. En esta misma idea insiste la alegación efectuada por la Abogacía del Estado en la STC 43/90, al distinguir entre finalidad cognoscitiva y finalidad defensiva, pretendiendo que sólo la primera no pudiera ser subsanada por la motivación *ex post*.

<sup>36</sup> Si se efectúa un análisis de las disposiciones impugnadas ante la jurisdicción contencioso-administrativa, especialmente en los años noventa, se advierte claramente que son muy pocas las que cumplen íntegramente la garantía formal de la que se está hablando. Lo mismo podría decirse de todas aquellas disposiciones que por las razones que sea no son impugnadas.

Especialmente evidente y radical resulta la falta de motivación de los Reales Decretos que se dictaron a finales de los setenta y a principios de los ochenta, con alguna excepción como el RD 1554/82, de 18 de junio (Autopistas de peaje) y el RD 333/85, de 15 de marzo (Aguas del Ter).

También en Italia se denuncia el frecuente incumplimiento de la exigencia de motivación por parte de la autoridad administrativa encargada de la *precettazione* —art. 8 Ley 144/90 modificada por la Ley 83/2000—. Incumplimiento derivado las más de las veces del recurso a fórmulas genéricas de motivación y a criterios ajenos a la protección de los derechos constitucionales. Vid., por todos, G. ORLANDINI, «Il procedimento di ...», op. cit., p. 166.

jurisdicción ordinaria<sup>37</sup>, tras los titubeos que caracterizaron la década de los ochenta<sup>38</sup>. No se comparte, en este orden de ideas, la opinión de quienes entienden que los tribunales, especialmente el TC, han convertido la exigencia de motivación en una mera formalidad, en un mero tecnicismo constitucionalista, aplicado inflexiblemente sin conexión con sus finalidades y con lo que pudiera resultar de la motivación *ex post*<sup>39</sup>. Un análisis detenido de la aplicación judicial de la garantía sirve para desmentir la anterior opinión y corroborar la exquisita atención que en general los tribunales han prestado al cumplimiento por parte de la motivación de las finalidades que le dan sentido<sup>40</sup>.

Dos cuestiones extraordinariamente polémicas y litigiosas en materia de motivación son: en primer lugar, la posibilidad excepcional de prescindir de la misma ante circunstancias obvias o de general conocimiento; en segundo lugar, las distintas maneras de cumplir esta garantía.

---

<sup>37</sup> Influenciado por la jurisprudencia del TC, desde la sentencia 26/81 hasta la 8/92, especialmente esta última, el Tribunal Supremo ha acabado aplicando rigurosamente la exigencia de motivación. Como ejemplo pueden citarse, entre otras muchas, las siguientes: SSTS (3ª), 16-1-95, Ar. 421, varios FF. JJ.; 15-9-95, Ar. 6654, F. J. 2; y 20-2-98, Ar. 2362, F. J. 3.

<sup>38</sup> En los años ochenta contrasta la sólida jurisprudencia del TC y previamente de la Audiencia Nacional —cuya sentencia 6-6-80, cdos. 5 y 6, recoge los elementos fundamentales de la motivación que posteriormente asumirá la STC 26/81, F. J. 14—, con la vacilante doctrina del Tribunal Supremo. Las primeras sentencias del Tribunal Supremo, las del año 1980, directamente prescinden de la exigencia de motivación. Posteriormente, tras la STC 26/81, el TS no niega la exigencia de motivación, pero en la práctica se alternan pronunciamientos que la exigen con rigurosidad con otros que la exceptúan o la atenúan por distintas razones, no siempre comprensibles.

Como ejemplos de la línea dura pueden citarse, entre otras, las siguientes: STS (3ª), 2-2-84, Ar. 595; STS (3ª), 17-6-86, Ar. 3421, F. J. 6; STS (3ª), 18-9-86, Ar. 4635, F. J. 3; STS (3ª), 9-12-86, Ar. 7132, F. J. 2; STS (3ª), 20-5-86, Ar. 2385, F. J. 3; STS (3ª), 17-7-86, Ar. 4441, FF. JJ. 4 y 5; STS (5ª), 5-6-87, Ar. 4190, F. J. 3; STS (5ª), 7-6-87, Ar. 4008, F. J. 2; STS (3ª), 9-3-89, Ar. 2001, FF. JJ. 3 y 4; y STS (3ª), 12-9-89, Ar. 6333, F. J. 3. De la línea flexibilizadora se aportarán algunos ejemplos en notas posteriores, al hilo de las distintas cuestiones que justificaron la atenuación o la exceptuación de la motivación.

<sup>39</sup> En este sentido, M. ALONSO OLEA, *Jurisprudencia Constitucional sobre ...*, op. cit. (1987), pp. 173 ss., en relación con la STC 53/86, aunque parece que lo haga extensible a otras muchas sentencias. El argumento esgrimido por el autor es en términos teóricos irreprochable y desde luego aquí se comparte plenamente. Con lo que, empero, no se está de acuerdo es con el hecho de que precisamente la citada sentencia haya hecho un uso de la motivación meramente formalista. M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, «Órgano competente y ...», op. cit., p. 26, entiende que la doctrina constitucional sobre la motivación no pretende convertirla en un formalismo enervante sino en una garantía sustancial del derecho de huelga.

<sup>40</sup> Así, por poner sólo un ejemplo, las SSTC 53/86, F. J. 6 y 27/89, F. J. 4, tienen en todo momento en cuenta las finalidades que la motivación satisface y es justamente la frustración de las mismas la que está detrás de la estimación de los respectivos recursos de amparo. O desde otro punto de vista, las SSTC 43/90 y 122/90 entienden la suficiencia de la motivación en atención al cumplimiento de las finalidades que le dan sentido. Igualmente, la STS (3ª), 10-6-89, Ar. 4467, F. J. 3, huye del rigor formal al considerar que la falta de motivación no tiene relevancia si no produce indefensión a los interesados.

En cuanto a la exceptuación de la motivación por notoriedad de las circunstancias hay que partir de lo establecido por la STC 51/86, que dice así: «No obstante, en este caso concreto no puede decirse que se haya frustrado por completo el fin perseguido por la imposición de fundamentación expresa de los servicios mínimos. Al menos no se ha frustrado en aquellos casos en que la justificación necesaria es de tal naturaleza que, excepcionalmente pertenece al general conocimiento, reduciéndose la necesidad de aportar datos o cifras adicionales que, aunque siempre convenientes, abundaría en algo ya de todos conocido» (F. J. 4). Esta doctrina, a pesar de su inequívoco carácter excepcional, introduce un nuevo factor de litigiosidad en una materia de por sí litigiosa, ya que posibilita que la autoridad gubernativa recurra continuamente a la misma para amparar su persistente incumplimiento de la exigencia de motivación<sup>41</sup>. De hecho, se ha convertido en argumento habitual de la autoridad gubernativa, muchas veces avalado por el Tribunal Supremo<sup>42</sup>.

Contra esta situación reacciona la STC 8/92, FF. JJ. 3 y 4, que exige necesariamente la motivación y rechaza la argumentación de la Abogacía del Estado favorable a la aplicación de la excepción por notoriedad. A partir de esta última sentencia el Tribunal Supremo se muestra reacio a la aplicación de la excepción citada<sup>43</sup>. En este confuso contexto pudiera entenderse que la exceptuación de la motivación por notoriedad ha quedado definitivamente aparcada.

---

<sup>41</sup> A. BAYLOS GRAU, *Derecho de huelga y ...*, op. cit., p. 187, valora negativamente esta doctrina, ya que entiende que puede ser continuamente alegada por la autoridad gubernativa para justificar sus habituales irregularidades en la materia. Igualmente, centrándose en los concretos argumentos utilizados por la STC 51/86, M. R. ALARCÓN CARACUEL, «Un posible modelo ...», op. cit., pp. 16-17.

<sup>42</sup> Han aplicado la doctrina de la exceptuación de la motivación por notoriedad de las circunstancias, entre otras, las siguientes sentencias: STS (5ª), 23-3-87, Ar. 1579, F. J. 4; y SSTS (3ª), 20-1-89, Ar. 216, F. J. 4; 19-7-89, Ar. 5393, F. J. 1; 27-9-89, Ar. 6372, F. J. 2; y 27-9-90, Ar. 6967, F. J. 2.

El antecedente de la STC 51/86 se encuentra en la STS (3ª) 24-9-80, Ar. 3249, cdo. 2, en la que se establece que no hace falta justificar los criterios o circunstancias que ha manejado la autoridad administrativa al ser bien notorias.

<sup>43</sup> Rechazan la aplicación de la doctrina de la notoriedad a partir de la STC 8/92, entre otras, las siguientes sentencias: SSTS (3ª), 2-4-93, Ar. 2762, F. J. 5; 16-1-95, Ar. 421, F. J. 4; 15-9-95, Ar. 6654, F. J. 2; 4-12-97, Ar. 9576, F. J. 2, que contiene numerosas referencias jurisprudenciales sobre el particular; 20-2-98, Ar. 2362, F. J. 3; 6-6-98, Ar. 5523, FF. JJ. 6 y 7; y 11-2-2000, Ar. 2641, F. J. 6.

Sí aplican la excepción por notoriedad, las SSTS (3ª), 20-3-92, Ar. 2028, F. J. 3 y 30-11-94, Ar. 9310, F. J. 4.

En realidad, parece más correcto seguir sosteniendo la aplicabilidad excepcional de la doctrina siempre que se parta de la siguiente matización: sólo puede excepcionalmente exceptuarse la motivación de la esencialidad del servicio y quizá de la necesidad de dictar servicios mínimos, pero en ningún caso de los concretos servicios mínimos<sup>44</sup>.

Mucho más complejo es el argumento relativo a las distintas maneras de cumplir con la motivación. Lo normal será que la motivación se contenga de forma escrita en la propia disposición emanada por la autoridad gubernativa<sup>45</sup>. Pero junto a este supuesto, que no ofrece dudas, la *praxis* ofrece otros de cuando menos dudosa admisibilidad. Así, en primer lugar, la motivación por remisión a otras disposiciones. Aquí hay que distinguir tres supuestos: primero, que la disposición a la que se remite se hubiera dictado para otro conflicto huelguístico, en cuyo caso la motivación por remisión será inaceptable, pues el TC ha ligado la motivación a un concreto conflicto, no a cualquier conflicto o a conflictos con similares características<sup>46</sup>. Segundo, que la disposición a la que se remite tenga carácter abstracto y naturaleza reglamentaria, en cuyo caso tampoco será aceptable, por la razón anteriormente apuntada y además porque difícilmente puede

---

<sup>44</sup> En este sentido, la STS (3ª), 15-1-96, Ar. 349, F. J. 6, al tiempo que establece el carácter de *obiter dictum* de la doctrina constitucional sobre el particular, lo que es más que discutible, entiende que sólo es aplicable en relación con la esencialidad, pero no con los servicios mínimos.

En cambio, para J. GÁRATE CASTRO, «Derecho de huelga ...», op. cit., p. 30, la excepción de la motivación por notoriedad puede aplicarse tanto a la esencialidad como a la intensidad de los servicios mínimos, entendiendo que el giro dado por STC 8/92 sobre este particular es excesivamente formalista. M. ALONSO OLEA, «Huelga y mantenimiento ...», op. cit., pp. 206-207, critica la STC 8/92 por no haber aplicado la doctrina de la excepción por general conocimiento.

<sup>45</sup> La regla general de la forma escrita de los actos administrativos —art. 55 LRJAP— encuentra en la exigencia de motivación una de sus causas. Así, E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho ...*, op. cit., p. 554.

<sup>46</sup> A este respecto establece la STC 27/89 «Los demandantes aducen que la decisión impugnada carece por completo de esas exigencias, carencia que no puede convalidarse, en contra de lo que entiende el Tribunal Supremo, por la remisión implícita a los motivos y fundamentos manejados para la fijación de servicios mínimos con ocasión de huelga desarrollada anteriormente en el mismo centro de trabajo, entre otras razones, porque la motivación ha de atender a las circunstancias concretas de cada huelga y porque la huelga anterior había sido convocada por sujetos distintos y con un alcance diferente. Esta queja de los demandantes también merece la estimación, como pide el Ministerio Fiscal. La ausencia de justificación no puede quedar subsanada ni por la documentación preparada con ocasión de anteriores huelgas ni {...}» (F. J. 4). Esta sentencia desautoriza el criterio mantenido por la sentencia recurrida en amparo, la STS (3ª), 22-9-86, Ar. 4640, FF. JJ. 8 y 9, para la que la motivación resulta cumplida mediante la remisión a unos servicios mínimos fijados para una huelga anterior de similares características, siempre que hubieran sido negociados. Asume plenamente el criterio de la STC 27/89, la STS (3ª), 17-5-96, Ar. 4629, F. J. 2.

Contraviene el criterio del TC, la STS (5ª) 13-2-89, Ar. 1056, F.J. 4, para la que la motivación queda cumplida mediante la remisión a una precedente orden de fijación de servicios mínimos, a pesar de que fuese dictada para una huelga con ámbitos temporal y personal diferentes. Esta última sentencia

servir de cobertura una disposición que vulnera la garantía constitucional de la reserva de ley<sup>47</sup>. Tercero, que la disposición haya sido emanada para concretar o complementar lo dispuesto por otra disposición dictada para el mismo conflicto huelguístico, en cuyo caso la motivación por remisión será válida siempre que sea suficiente la motivación de la primera disposición<sup>48</sup>.

En segundo lugar, la motivación *in aliunde*, o sea, la motivación a través de los documentos y de las actuaciones que figuren en el expediente administrativo. El conjunto de hechos manejados por la autoridad gubernativa no estarían explicitados o no estarían suficientemente explicitados en el acto administrativo emanado por ésta sino en el expediente administrativo que sirve de antecedente y fundamento al acto. Dentro de los documentos y de las actuaciones que integran el expediente administrativo tienen especial importancia las reuniones entre los distintos interesados, siempre que se hayan expuesto los hechos y criterios que justifican las medidas a adoptar. La jurisprudencia del TC, no sin titubeos, ha admitido este tipo de motivación<sup>49</sup>, mientras la última

---

ha sido comentada y acertadamente criticada en este extremo por A. BAYLOS GRAU, «Huelga en servicios ...», op. cit., p. 503.

<sup>47</sup> Rechazan la motivación mediante la remisión a una previa norma reglamentaria, entre otras muchas, las siguientes sentencias: SSTS (3<sup>a</sup>), 2-4-93, Ar. 2762, F. J. 5; 8-7-94, Ar. 5680, F. J. 3; 16-1-95, Ar. 421, F. J. 7; 5-2-96, Ar. 2637, F. J. 3; 14-10-97, Ar. 7535, F. J. 3; y 3-6-98, Ar. 5519, F. J. 5.

En cambio, otras sentencias, actualmente superadas, sí admitieron la motivación por remisión al RD habilitador, como las SSTS (3<sup>a</sup>), 14-9-92, Ar. 6896, F. J. 3; 25-11-93, Ar. 8723, F. J. 2; y 30-11-94, Ar. 9310, F. J. 4.

<sup>48</sup> Es, por ejemplo, el caso resuelto por el ATC 332/90, en los siguientes términos: «{...} no siendo en principio incorrecto motivar por remisión a la motivación contenida en otra norma con la que la primera guarda tan estrecha conexión hasta el punto de que es aplicación y consecuencia obligada (art. 3.1 del R. D. 1479/1988) de la misma. {...} no puede olvidarse que en la presente ocasión tanto el Real Decreto como la resolución impugnada afrontaban una misma huelga (la convocada para el 14 de diciembre de 1988). Por lo tanto, si esta última objeción quizá pudiera ser relevante en futuras aplicaciones de la norma reglamentaria, en las que habría que motivar la conformidad con las circunstancias entonces concurrentes, no lo es en el presente caso» (F. J. 2). Adviértase, en todo caso, las cautelas puestas por el Auto transcrito a otros tipos de motivación por remisión distintos del que se le somete a consideración.

<sup>49</sup> La STC 122/90, F. J. 3, convalida la STS (5<sup>a</sup>) 8-2-88, Ar. 1280, F. J. 3, que establece la suficiencia de la motivación mediante remisión a las actuaciones efectuadas en el marco del expediente al que el acto de fijación de servicios mínimos pone fin —que en este concreto caso eran los informes de las direcciones de los centros afectados, la contrapropuesta del sindicato y el informe técnico de la Consejería competente—. Véase el comentario que de la sentencia del TC efectúa M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, «Órgano competente y ...», op. cit., pp. 22-27. En cambio, la STC 27/89 entiende: «La ausencia de justificación no puede quedar subsanada ni por la documentación preparada con ocasión de anteriores huelgas ni por la mera referencia, efectuada por el Delegado del Gobierno en los trámites previos a este recurso, a reuniones previas de los distintos estamentos del Hospital, puesto que esas alegaciones, sirvieran o no para justificar la posterior restricción del derecho de huelga, no se tradujeron ni reflejaron en la decisión que determinaba los servicios mínimos» (F. J. 4). En todo caso, hay que tener

jurisprudencia del TS la rechaza<sup>50</sup>. Ante la confusión reinante no estaría de más para evitar problemas que en estos supuestos la autoridad gubernativa mencionara expresamente en el acto administrativo los documentos y actuaciones que integran el expediente administrativo e incluyera sintéticamente las circunstancias tenidas en cuenta<sup>51</sup>. Se cumpliría, de este modo, lo preceptuado en el artículo 89.5 LRJAP<sup>52</sup>.

Para concluir, no puede compartirse la opinión de quienes entienden que en determinados supuestos la motivación podrá tener un contenido más escueto de lo normal: disposiciones de carácter abstracto y reglamentario, servicios mínimos de escasa entidad, servicios mínimos en el curso de huelgas generales y disposiciones que remitan al expediente administrativo<sup>53</sup>.

---

en cuenta que la doctrina de la STC 27/89 tiene carácter de *obiter dicta* mientras que la argumentación de la STC 122/90 actúa como *ratio decidendi*.

En cuanto a la jurisdicción ordinaria, la sentencia más elaborada es la STS (3ª), 24-6-91, Ar. 7170, F. J. 3, que establece lo siguiente: «Es cierto que en esa jurisprudencia se refiere la necesaria motivación, no tanto a un elemento formal del acto, cuando a una exigencia sustancial y objetiva; de ahí que, aunque el razonamiento motivador en cada caso fuera en su expresión formal general y vago, las Sentencias citadas aceptaron la existencia de la motivación cuando, al margen de la resolución, en el propio expediente administrativo constaban elementos suficientes, informes, dictámenes, memorias, comunicaciones, etc., anteriores o posteriores a la resolución, que de por sí evidenciaban la justificación y adecuada proporcionalidad de los servicios mínimos ordenados {...}». También aceptan la motivación *in aliunde*, entre otras, las siguientes sentencias: STS (5ª), 19-1-88, Ar. 285, F. J. 4; STS (5ª), 15-2-89, Ar. 1063, F. J. 3, así como el voto particular presentado por el magistrado Mendizabal Allende a la STC 362/93, en su punto 2, que debiera haber resuelto el recurso de amparo presentado contra la anteriores sentencias; STS (3ª), 8-11-89, Ar. 8153, F. J. 2; STS (3ª), 23-11-89, Ar. 8096, F. J. 5; STS (3ª), 30-5-90, Ar. 4136, F. J. 2; STS (3ª), 16-7-90, Ar. 6130, F. J. 1; STS (3ª), 11-4-91, Ar. 3206, F. J. 2; STS (3ª), 27-5-91, Ar. 4208, F. J. 1, aunque en este caso no resulte cumplida en el expediente administrativo; y STSJ Canarias/ Santa Cruz, contencioso-administrativo, 14-5-97, Aa. 1082, F. J. 2.

<sup>50</sup> Así, entre otras sentencias, las siguientes: SSTS (3ª), 22-4-90, Ar. 3558, FF. JJ. 2 y 3; 16-1-95, Ar. 421, FF. JJ. 6 y 8; 17-5-96, Ar. 4629, F. J. 2; 14-1-98, Ar. 824, F. J. 2; y 11-6-98, Ar. 5525, F. J. 3. Argumentación común de alguna de estas sentencias es que las reuniones previas con los sindicatos no satisfacen la exigencia formal de motivación porque el derecho de huelga es de titularidad individual.

<sup>51</sup> Ésta postura matizada parece mantener J. GÁRATE CASTRO, «Derecho de huelga ...», op. cit., p. 31, cuando entiende: «{...} el hecho de que la disposición gubernativa remita o se refiera a la justificación que se deduzca de esas u otras actuaciones anteriores, de cuyo contenido tengan cabal conocimiento los huelguistas, le permite ser más simple o escueta en su motivación».

Acepta, sin matizaciones, la motivación *in aliunde*, M. ALONSO OLEA, *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social, t. VIII, 1990*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 326-327. La crítica, en cambio, B. VALDÉS DE LA VEGA, «Los bienes constitucionalmente ...», op. cit., pp. 358-359.

<sup>52</sup> Dice así: «La aceptación de informes o dictámenes servirá de motivación a la resolución cuando se incorporen al texto de la misma». Vid., S. TORRENTE GARI, *El ejercicio del ...*, op. cit., p. 265.

<sup>53</sup> Es el caso de J. GÁRATE CASTRO, «Derecho de huelga ...», op. cit., pp. 30-31.

En cuanto a las disposiciones de carácter reglamentario simplemente vulnerarían la garantía constitucional de la reserva de ley, por lo que es irrelevante plantearse su motivación.

En las disposiciones que establezcan servicios mínimos de escasa entidad la motivación tendrá que ser igualmente detallada, entre otras cosas para justificar la necesidad de dictarlos, ya que pudieran ser innecesarios.



## 2. OTROS REQUISITOS FORMALES: NOTIFICACIÓN Y PUBLICACIÓN

Junto a la garantía estrella de la motivación suficiente existen otras garantías formales de menor importancia, como la notificación y la publicación<sup>54</sup>. De menor importancia, entre otras cuestiones, porque en principio carecen de alcance constitucional.

El estudio de ambas se ve dificultado por la escasa importancia de la doctrina del TC, a diferencia de lo que sucede con la motivación y con el principio de proporcionalidad, y por la discutida naturaleza de las disposiciones de fijación de servicios mínimos: no es lo mismo a efectos de esas garantías que sean normas reglamentarias a que sean actos administrativos. Recuérdese que aquí se ha apostado, en coherencia con la última jurisprudencia del TS, por su carácter de actos administrativos.

La notificación y la publicación son requisitos de eficacia de los actos administrativos<sup>55</sup>, a diferencia de los requisitos que hasta el momento se han visto, que son condiciones de validez.

En cuanto a la notificación, no hay la menor duda de que resulta exigible a los actos administrativos de fijación de servicios mínimos, pues éstos afectan derechos e intereses<sup>56</sup>; constitucionales, por cierto. La relevancia ordinaria de esta garantía formal es

---

En relación con las huelgas generales, las primeras sentencias admitieron una atenuación de la motivación —SSTS (3ª), 19-2-91, Ar. 3176, F. J. 4 y 16-11-92, Ar. 10029, F. J. 4—, que ha sido rechazada por la última jurisprudencia, partidaria de la motivación ordinaria —SSTS (3ª), 14-7-95, Ar. 5747, F. J. 2, con sólidos fundamentos, y 15-1-96, Ar. 349, F. J. 3—.

Finalmente, las disposiciones que remitan a las actuaciones que figuren en el expediente administrativo han sido analizadas anteriormente.

<sup>54</sup> De estas garantías se ocupan, entre otros, A. BAYLOS GRAU, *Derecho de huelga y ...*, op. cit., pp. 188 ss. y, con mayor detenimiento, S. TORRENTE GARI, *El ejercicio del ...*, op. cit., pp. 276 ss.

Sobre la notificación y divulgación de la *precettazione* italiana, vid., por todos, G. ORLANDINI, «Il procedimento di ...», op. cit., pp. 182 ss.

<sup>55</sup> Dice el artículo 57.2 LRJAP: «La eficacia quedará demorada cuando así lo exija el contenido del acto o esté supeditada a su notificación, publicación o aprobación superior». Sobre estos requisitos de eficacia, véase, por todos, M. BELADÍEZ ROJO, *Validez y eficacia ...*, op. cit., pp. 161 ss. y E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho ...*, op. cit., pp. 570 ss. S. TORRENTE GARI, *El ejercicio del ...*, op. cit., pp. 276 ss., se ocupa de estos requisitos desde la perspectiva de la legalidad ordinaria —primero LPA y después LRJAP—.

<sup>56</sup> Dice el artículo 58.1 LRJAP: «Se notificarán a los interesados las resoluciones y actos administrativos que afecten a sus derechos e intereses, en los términos previstos en el artículo siguiente».

indiscutible. Cuestión distinta es que carezca de alcance constitucional, como ha dicho el TC. Literalmente: «Puede concederse que, efectivamente, la comunicación fue irregular, realizada sin observar todas las garantías que al efecto prevé la normativa ordinaria, pero el problema planteado por la infracción de tales normas sería de pura legalidad, quedando salvaguardados los aspectos constitucionales de la cuestión con la constancia de que los eventualmente afectados por la Orden tuvieron conocimiento de ella» (STC 51/86, F. J. 3)<sup>57</sup>. Por tanto, sólo el desconocimiento que provoque indefensión a los interesados, ya sea por ausencia total de notificación ya por deficiencias de tal envergadura que conduzcan al desconocimiento y a la indefensión, tiene valor constitucional<sup>58</sup>. El resto de cuestiones relacionadas con la garantía formal de la notificación no trascienden la legalidad ordinaria y, en su caso, se ventilarán ante la jurisdicción ordinaria y por el procedimiento ordinario<sup>59</sup>.

No se pretende aquí repasar el entero régimen jurídico de la notificación, centrandose exclusivamente la atención en los destinatarios y en el plazo. Destinatarios de la notificación son según el artículo 58.1 LRJAP los interesados en el procedimiento de que se trate. En el apartado anterior se ha dicho que interesados en el procedimiento de fijación de servicios mínimos son los representantes de los trabajadores huelguistas, los empresarios y sus representantes y los representantes de los usuarios, por lo que todos ellos habrán de ser notificados<sup>60</sup>. En el caso de las organizaciones de usuarios sólo procederá la notificación cuando se hayan personado en el procedimiento o cuando lo hayan promovido, en cuyo caso tendrán la condición de interesado.

---

La STS (3ª) 20-2-96, Ar. 1618, F. J. 3, confirma la obligación de notificación de los servicios mínimos. Doctrinalmente, por todos, S. TORRENTE GARI, *El ejercicio del ...*, op. cit., p. 281.

<sup>57</sup> En el caso enjuiciado por esta sentencia el TC llega al convencimiento de que pese a las irregularidades cometidas los interesados tuvieron conocimiento de la existencia de la Orden de fijación de servicios mínimos, como consecuencia del hecho de que cumplieran los servicios mínimos y de que consultaran a la empresa acerca de algunos extremos relativos a la Orden. En la misma línea se sitúa el ATC 332/90, F. J. 4. A. BAYLOS GRAU, *Derecho de huelga y ...*, op. cit., pp. 189 ss., critica duramente la doctrina del TC. Parece que J. GÁRATE CASTRO, «Derecho de huelga ...», op. cit., pp. 32-33, la acepta pacíficamente.

<sup>58</sup> En este sentido, A. BAYLOS GRAU, *Derecho de huelga y ...*, op. cit., pp. 190-192 y S. TORRENTE GARI, *El ejercicio del ...*, op. cit., p. 285.

La STC 51/86, establece al respecto: «En cuanto a la falta de comunicación de la Orden a los representantes de los trabajadores, si concurriera, es evidente que acarrearía la nulidad de la propia Orden» (F. J. 3).

<sup>59</sup> El caso, por ejemplo, de la STS (3ª) 20-2-96, Ar. 1618.

<sup>60</sup> Para la STS (3ª), 22-9-86, Ar. 4640, F. J. 7, es suficiente desde el punto de vista constitucional la notificación hecha al comité de huelga.

En cuanto al plazo para llevar a cabo la notificación, resulta patente que no puede ser el preceptuado por el artículo 58.2 LRJAP: 10 días. Parece evidente, entonces, que ante la ausencia de norma genérica o específica<sup>61</sup> sobre el particular la notificación tenga lugar lo antes posible y, en todo caso, antes del inicio de la huelga<sup>62</sup>, para de este modo posibilitar la adecuada defensa judicial de los interesados, instando en su caso la suspensión cautelar del acto de fijación de servicios mínimos<sup>63</sup>. La notificación injustificadamente tardía, que obedezca a una táctica dilatoria y que imposibilite temporalmente la suspensión cautelar del acto de imposición de servicios mínimos constituye una irregularidad de alcance constitucional, además de ordinario.

No ha de confundirse la notificación del acto administrativo de fijación de servicios mínimos, que es una obligación de la autoridad gubernativa y un requisito de eficacia del acto, con la comunicación a los trabajadores con nombres y apellidos designados para cubrir los servicios mínimos, que se efectuará de acuerdo con lo que se haya establecido en la fase denominada complemento técnico y funcional y que normalmente se canalizará a través de una orden empresarial<sup>64</sup>.

En cuanto a la exigencia de publicación, los actos administrativos de fijación de servicios mínimos además de ser convenientemente notificados deben ser publicados. Se

---

<sup>61</sup> Para la STS (5ª), 26-5-87, Ar. 3486, F. J. 2, en la legislación vigente no se ha establecido plazo alguno para la fijación de servicios mínimos, sin que sea aplicable la Ley Orgánica 9/83 que regula el derecho de reunión.

<sup>62</sup> Para la STS (3ª), 10-5-86, Ar. 2363, F. J. 6, la notificación no puede producirse el mismo día señalado para el inicio de la huelga, si bien no concede a este hecho mayor importancia al existir motivos de mayor peso y de valor constitucional.

El CLS de la OIT establece la necesidad de que los interesados tengan un conocimiento tempestivo de los servicios mínimos. Vid., OIT, *La libertad sindical* ..., op. cit., párrafo 559.

<sup>63</sup> La STS (3ª), 17-7-91, Ar. 6736, F. J. 1, entiende que la notificación tardía no vulnera el derecho a la tutela judicial del artículo 24 CE si subjetivamente no hay ánimo dilatorio y objetivamente no hay tiempo material para una resolución judicial suspensiva del acto impugnado. En parecidos términos, STS (5ª), 5-6-87, Ar. 4190, F. J. 1; STS (3ª), 10-6-89, Ar. 4467, F. J. 4; y STS (3ª), 26-7-90, Ar. 6347, F. J. 2.

Para A. BAYLOS GRAU, «Procedimientos de fijación ...», op. cit., p. 95, la posibilidad de suspensión cautelar obliga a la autoridad gubernativa a establecer tempestivamente los servicios mínimos, dando tiempo suficiente para que, en su caso, la suspensión pueda producirse, pues de lo contrario se estaría ante una actitud dilatoria vulneradora del artículo 24 CE.

<sup>64</sup> El PLOH no se ocupaba de esta cuestión, dando por sentado que serían los acuerdos estables, así como los acuerdos de aplicación de los mismos, los encargados de regular esta cuestión. La Disposición transitoria única del PLOH al regular el procedimiento aplicable transitoriamente, siguiendo el diseño

trata de la publicación por razones de interés público, del artículo 60 LRJAP, que no sustituye a la notificación sino que la complementa. No hay la menor duda de que la composición de intereses constitucionales en conflicto a que se dirige la imposición de servicios mínimos constituye una materia de interés público. Si además se considera la compleja posición en la que se encuentran los usuarios, la necesidad de publicación resulta patente<sup>65</sup>. Otra cosa es que carezca de valor constitucional<sup>66</sup>. Empero, buena parte de los actos de fijación de servicios mínimos no se publican y los que ven la luz pública no lo hacen en tanto que actos administrativos sino como normas reglamentarias<sup>67</sup>. Ausencia de publicación que pasa desapercibida como consecuencia de la falta de impugnación por este motivo, al concurrir de ordinario otros argumentos de alcance constitucional a los que los tribunales conceden mayor crédito, como la falta de motivación o la desproporción.

### **3. ADECUACIÓN MATERIAL: EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD**

Si importantes son los requisitos “formales” que rodean la fijación de servicios mínimos, tan importante o más es la adecuación material de los servicios mínimos. En su momento se dijo que el establecimiento de servicios mínimos supone la concreción administrativa de un concepto jurídico indeterminado, el de mantenimiento de los servicios esenciales. Siendo eso así la adecuación material se corresponde con la correcta

---

del proyecto inicial del gobierno socialista, encomendaba al empresario la obligación de notificación a los trabajadores designados para cubrir los servicios mínimos.

<sup>65</sup> S. TORRENTE GARI, *El ejercicio del ...*, op. cit., pp. 281-284, se muestra partidaria de la publicación por razones de interés público en atención especialmente a los intereses de los usuarios.

<sup>66</sup> Téngase en cuenta que el TC no entra a valorar los argumentos que los recurrentes en los recursos resueltos respectivamente por la STC 27/89 y por el ATC 332/90 efectúan a la falta de publicación. Para J. GÁRATE CASTRO, «Derecho de huelga ...», op. cit., pp. 32-33, la publicidad no es un requisito formal de valor constitucional. Entiende que la falta de publicidad carece de valor constitucional la sentencia de la Audiencia Territorial de Madrid, 7-4-88, F. J. 5.

<sup>67</sup> La publicación de las disposiciones generales de carácter reglamentario es un requisito que afecta a la vigencia de las mismas, según los artículos 9.3 CE, 1.5 Código Civil y 24.4 LOFAGE. Para E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho ...*, op. cit., p. 573, no ha de confundirse la publicación de determinados actos administrativos con la publicación de las normas jurídicas. Plantearse esta última publicación en relación con las disposiciones de fijación de servicios mínimos carece de sentido, pues ya se ha dicho que no pueden Vid., STS (3ª), 20-1-89, Ar. 216, F. J. 2 de la sentencia apelada. Algunos autores, sin embargo, siguen abogando por la publicación de las disposiciones de fijación de servicios mínimos que tengan naturaleza reglamentaria. Por todos, véase, S. TORRENTE GARI, *El ejercicio del ...*, op. cit., p. 281.

Los distintos textos manejados en los años 1992-93 establecían la publicación de los acuerdos estables, tanto si éstos eran aprobados mediante norma reglamentaria —proyecto inicial y PLOH—,

concreción del citado concepto jurídico indeterminado o, lo que es lo mismo, con la correcta y equilibrada composición del conflicto de intereses que está detrás de la previsión del artículo 28.2 CE.

También se dijo que no resulta nada fácil para la autoridad gubernativa encontrar la única solución justa y que en el proceso cognoscitivo, que no volitivo, de búsqueda de dicha solución la autoridad dispone de un mínimo margen de apreciación, que no ha de confundirse con el margen de estimación subjetiva propio de las potestades discrecionales. Pues bien, en la práctica la adecuación material de los servicios mínimos se consigue siempre que la autoridad gubernativa no exceda el mínimo margen de apreciación de que dispone. Y para saber cuándo se ha producido o no un exceso nada mejor que acudir al principio de proporcionalidad: los servicios mínimos desproporcionados no son materialmente adecuados, es decir, no suponen una correcta concreción del concepto jurídico indeterminado de mantenimiento de los servicios esenciales<sup>68</sup>.

### **3. a. Fundamento del principio de proporcionalidad y conceptos sobre los que se proyecta**

Al margen de lo apenas dicho, no es casual que el TC haya recurrido al principio de proporcionalidad como técnica de control material de los servicios mínimos si se tiene en cuenta que el citado principio ha acabado convirtiéndose en la más importante técnica de control de las limitaciones de los derechos fundamentales, por delante del respeto al contenido esencial<sup>69</sup>. No se olvide, a este respecto, que la técnica de los servicios mínimos restringe un derecho fundamental, el de huelga. Desde esta perspectiva se comprende que el respeto de esta garantía tenga alcance constitucional, tal y como ha manifestado el TC<sup>70</sup>. Por otra parte, tanto la doctrina<sup>71</sup> como la jurisprudencia<sup>72</sup> se

---

como si no necesitaban tal aprobación —propuesta sindical—. Necesidad de publicación coherente con el carácter normativo y la eficacia general de esos acuerdos estables.

<sup>68</sup> La calificación del establecimiento de servicios mínimos como concreción de un concepto jurídico indeterminado y las implicaciones que de dicha calificación se derivan han sido estudiadas en el capítulo tercero, apartado B, epígrafe 4.

<sup>69</sup> El principio de proporcionalidad ha sido estudiado en el capítulo tercero, apartado D, epígrafe 2.b., al que se remite.

<sup>70</sup> STC 26/81, F. J. 15 y pronunciamientos posteriores.

mostraron desde el principio partidarias de la aplicación del principio de proporcionalidad a la entonces incipiente técnica de los servicios mínimos.

Además de valor constitucional esta garantía o requisito tiene valor ordinario, al ser la proporcionalidad un principio general del Derecho Administrativo que actúa como límite de toda actuación administrativa de intervención y limitación de situaciones jurídicas de particulares<sup>73</sup>. Finalmente, este principio se encuentra implícito en el deber legal de adecuación de los actos administrativos —art. 53.2 LRJAP—<sup>74</sup>.

Para evitar malentendidos resulta conveniente aclarar que aquí sólo se considera el juego que este principio tiene en relación con la composición de intereses en conflicto que está detrás de la fórmula constitucional mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad, y no, en cambio, otros posibles ámbitos de aplicación, como la propia licitud de la huelga<sup>75</sup>. O lo que es lo mismo, el principio de proporcionalidad que aquí se

---

<sup>71</sup> Así, entre otros, G. BARREIRO GONZÁLEZ, «La huelga, el cierre ...», op. cit., p. 72, nota 33, importándolo del Derecho alemán; y J. M. RAMÍREZ MARTÍNEZ, «Huelga y cierre ...», op. cit., p. 447.

<sup>72</sup> Literalmente establece la STC 26/81: «El juicio sobre la corrección de la llamada “elección de nivel” es un juicio sobre su razonable ajuste a las circunstancias y sobre la observancia de la regla de la proporcionalidad de los sacrificios» (F. J. 15). Al principio de proporcionalidad se referirá el TC en todos sus pronunciamientos posteriores.

También el CLS de la OIT se ha referido al principio de proporcionalidad en relación con la adopción de medidas tendentes a asegurar la prestación de los servicios esenciales. Vid, a este respecto, OIT, *La libertad sindical ...*, op. cit., párrafo 600.

En cuanto a Italia, también se entiende que una de las técnicas capaces de controlar la concreción del concepto genérico de *contemperamento tra il diritto di sciopero e i diritti costituzionali degli utenti*, que equivale al concepto español de mantenimiento de los servicios esenciales, es el principio de proporcionalidad. En este sentido, por todos, T. TREU, «Le prestazioni indispensabili», op. cit., pp. 47-49; M. V. BALLESTRERO, en U. Romagnoli y M. V. Ballestrero, *Norme sull'esercizio ...*, op. cit., pp. 152-154; y C. LA MACCHIA, «L'organizzazione de i ...», op. cit., p. 203.

<sup>73</sup> En este sentido, J. I. LÓPEZ GONZÁLEZ, «El principio de ...», op. cit., *passim*.

<sup>74</sup> Dice así: «El contenido de los actos de ajustará a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico y será determinado y adecuado a los fines de aquéllos». Para E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho ...*, op. cit., p. 545, en este precepto se contienen expresa e implícitamente los elementos objetivos del acto administrativo, entre ellos la adecuación y proporcionalidad. Igualmente, J. I. LÓPEZ GONZÁLEZ, «El principio de ...», op. cit., pp. 148-149.

<sup>75</sup> El principio de proporcionalidad actúa en Alemania como parámetro básico para determinar la licitud del ejercicio del derecho de huelga en general. Sobre el principio de proporcionalidad en el Derecho alemán, vid., M. ZUNFT, «El principio de proporcionalidad en el Derecho Alemán de los conflictos colectivos de trabajo», en *El derecho de huelga. Seminario Hispano-Alemán en honor de los profesores Manuel Alonso Olea y Franz Gamillscheg*, editado por A. Montoya Melgar, *RFDUCM*, 1993 núm. monográfico 17, pp. 117-120. En cuanto al Derecho argentino, véase, J. C. CASSAGNE, *La huelga en ...*, op. cit., pp. 110-113.

También en España el principio de proporcionalidad es utilizado para determinar la licitud de las huelgas, al ser considerado uno de los posibles modos de descubrimiento del abuso del derecho de huelga. Sobre este particular, vid., J. MATÍA PRIM, *El abuso del ...*, op. cit., pp. 69 ss. Igualmente, STC 11/81, F. J. 10.

estudia es el de los sacrificios entre los huelguistas y los usuarios de los servicios esenciales<sup>76</sup> y no el de los sacrificios entre los huelguistas y los empresarios: mientras que el primero es un instrumento de control de las decisiones de la autoridad gubernativa, el segundo lo es del comportamiento de los huelguistas.

El principio de proporcionalidad se compone de tres principios, a saber, adecuación, indispensabilidad y proporcionalidad *stricto sensu*. La fijación de servicios mínimos es una actividad donde se aprecia fácilmente el juego complementario de los tres principios que integran el principio general de proporcionalidad<sup>77</sup>. En efecto, el establecimiento de unos concretos servicios mínimos es la consecuencia última de cuando menos dos operaciones previas: primera, determinación de la esencialidad de la organización prestacional en la que se pretenden dictar servicios mínimos; segunda, consideración de que atendidas la totalidad de circunstancias concurrentes el mantenimiento del servicio esencial afectado pasa necesariamente por el establecimiento de servicios mínimos y no por otras garantías menos incisivas, como la publicidad del conflicto dirigida a los usuarios. Pues bien, los principios de adecuación e indispensabilidad permiten el control de la decisión de recurrir a la técnica de los servicios mínimos, y el principio de proporcionalidad *stricto sensu* de la concreta configuración de los servicios mínimos dictados.

Los principios de adecuación, indispensabilidad y proporcionalidad *stricto sensu* permiten el control de fondo de decisiones proyectadas sobre conceptos distintos, aunque estrechamente interrelacionados, como la necesidad de garantizar el mantenimiento de un servicio esencial mediante la técnica de los servicios mínimos y la concreta intensidad de éstos<sup>78</sup>. Adviértase que son estos mismos conceptos, junto al de esencialidad, los necesitados de motivación. Se pone aquí de manifiesto la estrecha

---

<sup>76</sup> Dice a este respecto la STC 26/81: «{...} la proporcionalidad de los sacrificios impuestos a los huelguistas y a los usuarios de los servicios, pues es claro que entre unos y otros debe existir siempre una razonable proporción» (F. J. 15).

<sup>77</sup> Aluden a los tres principios que integran el principio general de proporcionalidad y los aplican a la fijación administrativa de servicios mínimos, J. R. MERCADER UGUINA y C. TOLOSA TRIVIÑO, *Derecho Administrativo Laboral*, op. cit., pp. 404-405.

<sup>78</sup> J. GÁRATE CASTRO, «Derecho de huelga ...», op. cit., pp. 16 ss., aplica el principio de proporcionalidad no sólo a la intensidad de los servicios mínimos sino también a la previa elección de los servicios mínimos como medida garantizadora del mantenimiento de los servicios esenciales.

conexión entre la garantía “formal” de la motivación y la material de la proporcionalidad, ya vista en el anterior epígrafe.

En la práctica, sin embargo, el control material se ha limitado generalmente a la intensidad de los servicios mínimos, sin cuestionar las dos operaciones que los preceden, o sea, la esencialidad de los servicios<sup>79</sup> y, sobre todo, la necesidad de recurrir a la concreta técnica garantizadora de los servicios mínimos en lugar de a otras técnicas o simplemente a ninguna<sup>80</sup>. Esta *praxis* irregular no puede de ningún modo aceptarse, volviendo a recalcar la necesidad de fiscalizar materialmente todas y cada una de las operaciones que están detrás de la fijación de servicios mínimos, cosa que últimamente ha corroborado el TS<sup>81</sup>.

Lo anterior, por cierto, no es sino una manifestación extrema de las reticencias que tradicionalmente muestran los tribunales en esta materia y es que resulta frecuente prescindir de consideraciones de tipo material amparándose en el incumplimiento de las garantías formales. La declaración de nulidad de una disposición de fijación de servicios

---

<sup>79</sup> En la mayoría de las ocasiones el control material de la esencialidad no se efectúa porque no es cuestionada por los recurrentes. Es el caso, por ejemplo, de las SSTC 51/86 y 53/86. Sí se efectúa un control material de la esencialidad, más o menos elaborado, en las SSTC 43/90 y 8/92, al haber sido cuestionada por los recurrentes.

<sup>80</sup> No es frecuente que los recurrentes aleguen la innecesariedad de los servicios mínimos, centrando sus argumentaciones en otros extremos, como su falta de motivación, su desproporción, etc. Así sucede, por ejemplo, en la STC 51/86, F. J. 2.

En todo caso, incluso cuando se alega la innecesariedad no suele considerarse, como si hubiese una relación automática entre servicios esenciales y servicios mínimos. Esta cuestión fue extensamente tratada y criticada en el apartado A del capítulo tercero, al que se remite.

<sup>81</sup> Una sentencia muy importante en la que se controlan tanto la esencialidad del servicio, como la necesidad de fijar servicios mínimos, como, finalmente, la intensidad de éstos, es la STS (3ª), 15-9-95, Ar. 6654, FF.JJ. 2 y 5. En la misma se rechaza, en primer lugar, los servicios mínimos dirigidos al mantenimiento de una programación grabada en los horarios habituales de emisión televisiva, ya que ésta no es una prestación esencial —control de la concreción de un concepto jurídico indeterminado—. En segundo lugar, entiende que en una huelga parcial de dos horas de duración los servicios mínimos dirigidos al mantenimiento de los normales servicios de información y de los espacios gratuitos de campaña electoral no son necesarios al ser menos restrictiva para el derecho de huelga e igualmente satisfactoria para el derecho de información de los usuarios una reordenación de los horarios de emisión por parte de la empresa —juicio de adecuación e indispensabilidad—. En tercer lugar, incluso en el supuesto de una huelga cuya duración se extendiera a la jornada completa, entiende que la normal programación informativa es desproporcionada al ofrecer una inaceptable apariencia de normalidad —juicio de proporcionalidad *stricto sensu*—. Esta importante sentencia ha sido comentada por A. BAYLOS GRAU, «Interpretación jurisprudencial del ...», op. cit., pp. 37-62. Otra sentencia que también entra en cuestiones materiales, recogiendo parte de los planteamientos de la anterior, es la STS (3ª) 6-5-97, Ar. 3911, F. J. 3. También, STS (3ª), 12-3-99, Ar. 2895, F. J. 3, incluso después de haber entendido que no había motivación suficiente. Otro ejemplo reciente lo constituye la STS (3ª), 11-2-2000, Ar. 2642, F. J. 5, aunque con una escasa elaboración.



mínimos por algún motivo formal, normalmente por la ausencia de motivación suficiente, cosa que sucede las más de las veces, comporta por regla general que los tribunales no entren en el control material de la disposición<sup>82</sup>. Consecuencia de todo esto es que el control material de las disposiciones de la autoridad gubernativa carezca de la elaboración jurisprudencial y doctrinal de otras garantías, singularmente de la motivación suficiente. En la medida de lo posible se intentará aquí poner remedio a esta deficiente elaboración.

### **3. b. Articulación del juicio de proporcionalidad**

A través del juicio de adecuación e indispensabilidad se determina si en una huelga en los servicios esenciales la composición de intereses constitucionales en conflicto pasa necesariamente por la técnica de los servicios mínimos, por ser ésta una medida adecuada a tal fin y, además y sobre todo, necesaria o indispensable, es decir, preferible a otras menos restrictivas para el derecho de huelga<sup>83</sup>. El mínimo margen de apreciación de que dispone la autoridad gubernativa no ampara, desde luego, la aplicación automática e invariable de servicios mínimos: en determinados conflictos huelguísticos en los servicios esenciales la imposición de servicios mínimos será innecesaria, al existir otras técnicas menos gravosas para el derecho de huelga, al tiempo que adecuadas al fin de la composición de intereses, como la publicidad del conflicto dirigida a los usuarios<sup>84</sup>.

---

<sup>82</sup> Un ejemplo paradigmático lo constituye la STC 8/92 en la que, pese a la riqueza de argumentos planteados por la recurrente, el TC se limita a enjuiciar la suficiencia de la motivación y la condición de la autoridad decisora, desechando los demás argumentos de tipo material, al ser los dos anteriores suficientes como para estimar el amparo solicitado.

En cuanto a la jurisdicción ordinaria, puede citarse a título ejemplificativo la STS (3ª) 20-2-98, Ar. 2362, F.J. 3.

Doctrinalmente, M. ALONSO OLEA, *Jurisprudencia constitucional sobre ...*, op. cit. (1987), pp. 176-177, critica que la jurisprudencia constitucional no haya profundizado más en las cuestiones de fondo, utilizando como excusa el requisito formal, que él denomina tecnicismo constitucionalista, de la falta de motivación suficiente. También critican esa falta de profundización, J. GARCÍA MURCIA, «Huelga en servicios ...», op. cit., pp. 489-490, aunque sea consciente de la dificultad de la citada tarea cuando no se haya cumplido previamente con el requisito de la motivación suficiente; y M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, «La huelga en ...», op. cit., p. 138.

<sup>83</sup> En realidad, en esta materia el juicio de adecuación o idoneidad tiene escasa importancia, ya que los servicios mínimos son inequívocamente una técnica idónea para el mantenimiento de los servicios esenciales. Cuestión distinta es el juicio de necesidad o indispensabilidad de los servicios mínimos.

<sup>84</sup> Véase, en este sentido, la STS (3ª), 15-9-95, Ar. 6654, FF. JJ. 2 y 5.

Mediante el juicio de proporcionalidad *stricto sensu* se controla la intensidad de los servicios mínimos dictados: por qué estos servicios mínimos y no unos más o menos intensos. Es en esta decisión donde más se deja sentir el margen de apreciación de que dispone la autoridad gubernativa en la concreción del concepto jurídico indeterminado de mantenimiento de los servicios esenciales, sin que ello signifique otorgar una patente de corso a la autoridad gubernativa. Es donde más se deja sentir el mínimo margen de apreciación y, por tanto, donde más importancia asume el principio de proporcionalidad. Más importancia y más complejidad: en muchos casos será extraordinariamente difícil trazar la frontera entre lo proporcionado y lo desproporcionado<sup>85</sup>. En los casos más complejos técnicamente, donde no sea posible llevar a cabo juicio de proporcionalidad alguno, siempre cabrá el menos elaborado técnicamente juicio de razonabilidad<sup>86</sup>.

El juicio de proporcionalidad, mejor dicho, los juicios de adecuación, indispensabilidad y proporcionalidad *stricto sensu* requieren el manejo de un complejo conjunto de circunstancias o variables, que son las ya mencionadas a propósito del contenido de la motivación suficiente. A pesar de que tanto el TC<sup>87</sup> como la doctrina<sup>88</sup>

---

<sup>85</sup> Para M. R. ALARCÓN CARACUEL, «Un posible modelo ...», op. cit., p. 16, la proporcionalidad es difícil de aplicar, pero resplandece en los casos flagrantes. Para J. BARNES, «El principio de ...», op. cit., p. 16: «{...} el test {de proporcionalidad} sólo dará positivo, nótese bien, cuando la medida limitadora desborde algunas de esas prohibiciones de forma *evidente* y *manifiesta*, lo que implica, desde luego, que tan sólo la desproporción extrema y objetivable adquiera relevancia jurídica {...}».

Un ejemplo anecdótico de servicios mínimos manifiestamente desproporcionados lo proporciona un cónsul español en una ciudad europea que ante la fijación de servicios mínimos a cumplir por su oficina administrativa, acordada por las autoridades del Ministerio, contestó con un telegrama en el que expresaba su lamento por no poder cumplirlos, ya que el personal adscrito a la oficina consular en situaciones de normalidad resultaba insuficiente. La anécdota está extraída del «Informe al Defensor del pueblo sobre el proyecto de regulación por ley del derecho de huelga», presentada por CC.OO., en *RL*, 1989 I, p. 1334.

<sup>86</sup> Para F. DURÁN LÓPEZ, *Jurisprudencia constitucional y Derecho del trabajo*, MTSS, Madrid, 1992, p. 25, no puede olvidarse que resulta extraordinariamente difícil acreditar la necesidad de unas determinadas medidas en términos objetivos, por lo que sería conveniente que el juicio se centrara en la razonabilidad de las medidas adoptadas. Igualmente, no puede olvidarse el juego que en las decisiones adoptadas asumen determinados criterios extranormativos o de conciencia social, tal y como manifiestan E. GONZÁLEZ BIEDMA, *Derecho de huelga ...*, op. cit., p. 47 y M. O. SÁNCHEZ MARTÍNEZ, *La huelga ante ...*, op. cit., p. 220.

Para la STC 26/81: «El juicio sobre la corrección de la llamada “elección de nivel” es un juicio sobre su razonable ajuste a las circunstancias y sobre {...}» (F. J. 15).

La difícil distinción entre la proporcionalidad y la razonabilidad es afrontada por J. BARNES, «El principio de ...», op. cit., pp. 37-38.

<sup>87</sup> La STC 26/81 establece al respecto: «El juicio sobre la corrección de la llamada “elección de nivel” es un juicio sobre su razonable ajuste a las circunstancias y sobre la observancia de la regla de la proporcionalidad de los sacrificios. La decisión debe tomarse teniendo en cuenta la extensión de la huelga, la duración prevista, la que ya hubiese tenido, las necesidades que en la concreta coyuntura

tuvieran claro desde el inicio que el control de fondo había de articularse a partir de las circunstancias explicitadas en la motivación, el TS tarda tiempo en aceptar esto, sustituyendo el control meramente cuantitativo que venía efectuando y que consideraba exclusivamente la proporción que los trabajadores designados para cubrir servicios mínimos representaban respecto de la plantilla total del colectivo en huelga<sup>89</sup>.

Oportunamente aclarado que el juicio de proporcionalidad es un juicio cualitativo y no meramente cuantitativo, resulta imposible analizar la incidencia que cada una de las circunstancias que rodean a una huelga y a un servicio esencial está llamada a desempeñar en dicho juicio. Y resulta imposible porque ésta es una materia esencialmente casuística. En todo caso, van a ser consideradas en la medida de lo posible aquellas circunstancias que han planteado mayores problemas.

---

existan, sin olvidar ni desoír la oferta de mantenimiento o de preservación de servicios que los convocantes de la huelga y las organizaciones sindicales hayan hecho. Sólo conjugando todos estos criterios, y haciéndolo con un criterio restrictivo, la excepcional potestad que a la Autoridad Gubernativa se confiere, se ejercita de una manera funcionalmente correcta» (F. J. 15). Esta doctrina ha sido reiterada en numerosos pronunciamientos posteriores.

<sup>88</sup> Véase, entre otros muchos, A. MARTÍN VALVERDE, «El derecho de ...», op. cit., pp. 246-247 y F. VALDÉS DAL-RÉ, «Servicios esenciales y ...», op. cit., pp. 136-137.

A. BAYLOS GRAU, *Derecho de huelga y ...*, op. cit., pp. 197 ss., entiende inicialmente que el principio de proporcionalidad se articula a partir de las circunstancias que integran el segundo grupo, el que aquí se ha denominado relativas al servicio esencial afectado. El mismo autor en «Diez años de ...», op. cit., pp. 309-310, aclara posteriormente este tema, incluyendo también las circunstancias relativas a la huelga.

<sup>89</sup> Llevan a cabo un control material meramente cuantitativo la mayoría de las sentencias de los años ochenta. Así, entre otras, las siguientes sentencias: STS (3ª) 11-7-80, Ar. 2950, cdo. 8, que incluso llega a rechazar como criterio válido la duración de la huelga; STS (3ª), 24-9-80, Ar. 3248, cdo. 2; STS (4ª), 14-5-82, Ar. 3901, cdo. 5 sentencia a quo; STS (3ª), 31-3-82, Ar. 1308, cdo. 9; STS (3ª), 16-1-85, Ar. 411, cdo. 4; STS (3ª), 9-12-86, Ar. 7132, FF. JJ. 3 a 6; STS (5ª), 7-6-87, Ar. 4008, F. J. 2; STS (3ª), 12-5-88, Ar. 4154, F. J. 3; STS (5ª), 17-1-89, Ar. 203, F. J. 6, utilizando como parámetro de comparación la plantilla del día previsto para la huelga y no la plantilla total; STS (3ª) 9-6-89, Ar. 4375, F. J. 5; STS (3ª), 13-6-89, Ar. 4383, F. J. 5; STS (3ª), 11-10-89, Ar. 7255, F. J. 3; y STS (3ª), 8-11-89, Ar. 8153, F. J. 3. S. TORRENTE GARI, *El ejercicio del ...*, op. cit., pp. 238-239, critica la utilización de este control material meramente cuantitativo. Por contra, E. BARRACHINA JUAN, *La función pública. Su ordenamiento jurídico*, t. II, Vol. 1, PPU, Barcelona, 1991, pp. 371-372, no sólo acepta este criterio sino que se atreve a dar porcentajes que en ningún caso debieran ser superados.

Poco a poco fueron apareciendo sentencias que efectúan el control de fondo a través de la ponderación de algunas de las variables que se han mencionado, aunque de manera poco elaborada. Es el caso de la STS (3ª), 27-1-87, Ar. 326, F. J. 2 y de la STS (5ª), 23-3-87, Ar. 1579, F. J. 6. Mayor elaboración puede encontrarse en las SSTS (3ª), 13-6-90, Ar. 5094, F. J. 3 y 16-7-90, Ar. 6130, F. J. 1 y fundamentos de la sentencia apelada. En los años noventa, con alguna que otra excepción, ha acabado triunfando el control de fondo cualitativo, articulado a partir del conjunto de circunstancias concurrentes en una concreta huelga y en un concreto servicio esencial.

Cabe destacar cómo ya la SAN 6-6-80, cdo. 6 y 7, planteaba un control de fondo basado en las circunstancias integrantes de la motivación, o sea, un control cualitativo en vez de meramente cuantitativo.

Así, en primer lugar, el periodo del año en el que la huelga tenga lugar, especialmente importante en el sector transportes —periodos punta o vacacionales y periodos electorales—<sup>90</sup>, aunque también pueda darse fuera del mismo<sup>91</sup>. La STC 43/90 se ha referido a esta singular circunstancia, en los siguientes términos: «El razonamiento anterior no tiene otra pretensión que la de señalar que los sacrificios que soportan los usuarios de los servicios de transporte en huelgas convocadas en dichas fechas son cualitativa y cuantitativamente muy superiores a los que aquéllos padecen con las medidas de conflicto practicadas en fechas distintas en las que, entre otros factores, ni existe un número de usuarios ni de desplazamientos tan enorme, ni existe la necesidad de reservar las plazas con tanta antelación, ni, en fin, resulta impracticable la utilización de servicios alternativos. Existe así una desproporción entre los sacrificios impuestos a los huelguistas y a los usuarios de los servicios de transporte, que perjudica notablemente a estos últimos. {...} en caso de producirse huelgas en dichos servicios en las fechas indicadas, y siempre, naturalmente, que los mismos sean esenciales para la comunidad, el mantenimiento de tales servicios podrá establecerse en niveles superiores a los que serían constitucionalmente admisibles en huelgas convocadas en otras fechas y en las que no concurren las circunstancias señaladas. Así se evita la en otra forma notable desproporción de los sacrificios impuestos a los usuarios de los servicios en relación con los realizados por los huelguistas, y el interés de la comunidad se perturba hasta extremos razonables y no desmesurados» (F. J. 6).

A pesar de las críticas<sup>92</sup> que dicha doctrina ha suscitado aquí se comparte plenamente, siempre que se haga una lectura matizada de la misma, en el sentido de que

---

<sup>90</sup> Respecto a los periodos punta o vacacionales, véase, STC 43/90. En cuanto a los periodos electorales, vid., STS (3ª), 11-2-2000, Ar. 2642.

<sup>91</sup> Un supuesto ajeno al sector transportes puede encontrarse en una huelga convocada en el periodo de elecciones en aquellos medios de comunicación que tengan encomendada la difusión gratuita de espacios electorales. A este supuesto se refieren J. COSCUBIELA I CONESA y M. A. FALGUERA I BARÓ, «El ejercicio del ...», op. cit., p. 366.

<sup>92</sup> La mayor crítica se debe a L. E. DE LA VILLA, «Servicios mínimos en ...», op. cit., pp. 444 ss., quien entiende que con esta sentencia el concepto de servicios esenciales pasa de ser indeterminado a ser ilimitado, dando lugar a dos regímenes de mantenimiento de los servicios esenciales: uno normal, en el que los servicios mínimos habrán de ser los indispensables, y otro, cuando se esté en un periodo punta, en el que se podrán fijar unos servicios mínimos máximos. El mismo autor afirma que con esta sentencia se ataca al principio *non bis in idem*, puesto que el periodo punta sería doblemente considerado, por un lado para determinar la esencialidad y por otro para dictar unos servicios mínimos de máxima intensidad. No se comparte aquí ninguna de las críticas del citado autor. También critican la última opinión de De la Villa, S. TORRENTE GARI y SOLANS LATRE, «Servicios esenciales y ... », op. cit., pp. 377-378.

el periodo vacacional, como el periodo electoral, habrá de conjugarse necesariamente con el resto de circunstancias concurrentes, es decir, que no se trata de una variable que por sí sola permita establecer cualesquiera servicios mínimos. Lo que probablemente sí permitirá son unos servicios mínimos de mayor intensidad, pero no cualesquiera servicios mínimos<sup>93</sup>. El juicio de proporcionalidad no desaparece en estos casos, simplemente se alteran los términos de la composición equilibrada de intereses en conflicto a la que se dirige la imposición de servicios mínimos<sup>94</sup>.

En segundo lugar, la necesidad de dictar servicios mínimos y su concreta intensidad resultan especialmente condicionadas por la incidencia que el servicio esencial afectado tenga en la satisfacción de los intereses constitucionales de los usuarios, lo que equivale a admitir una graduación entre los servicios esenciales<sup>95</sup>. En efecto, no es lo mismo que el servicio esencial satisfaga el derecho fundamental a la vida —un Hospital— a que satisfaga el derecho fundamental a la libertad de circulación —Transportes— o el bien constitucional acceso a la cultura —Museo del Prado—. Incluso dentro de un mismo servicio esencial, ni todas las prestaciones son esenciales ni entre las que lo son se da el mismo grado de incidencia en los intereses constitucionales de los usuarios: en un Hospital posiblemente las tareas administrativas no sean esenciales y entre las distintas atenciones médicas, que sí son esenciales, no serán lo mismo las urgencias que los controles preventivos. En atención a esta circunstancia, y a otras más, no siempre será necesario acudir a la técnica de los servicios mínimos y cuando se acuda la intensidad de los mismos será directamente proporcional al grado de esencialidad del servicio y, con mayor precisión, al grado de esencialidad de las prestaciones esenciales que integran el servicio globalmente considerado esencial.

---

Igualmente crítica con la doctrina de la STC 43/90 se muestra S. TORRENTE GARI, *El ejercicio del ...*, op. cit., pp. 234 ss., al entender que está apoyada en consideraciones cuantitativas que nada tienen que ver con la finalidad que los servicios mínimos debieran cumplir. Tampoco se comparte la tesis de esta autora.

<sup>93</sup> Ésa parece ser la línea que sigue la reciente STS (3<sup>a</sup>), 11-2-2000, Ar. 2642, F. J. 5, que contempla una huelga en el sector transportes en período electoral.

<sup>94</sup> Así, por ejemplo, la STS (3<sup>a</sup>), 17-7-91, Ar. 6736, F. J. 2, aplica la doctrina del periodo punta y sin embargo considera que los servicios mínimos dictados son desproporcionados.

Dudoso es, en cambio, el caso de la STSJ Aragón, social, 18-7-97, As. 2909, F. J. 6, que justifica unos servicios mínimos de mayor intensidad como consecuencia del incremento en la demanda de transporte urbano motivado por un concierto de M. Jackson.

Lo apenas dicho permite traer a colación la “categoría” de los servicios esenciales por asimilación. En su momento se dijo que caracteriza a tales servicios carecer de usuarios inmediatos; más bien usuarios son el conjunto de ciudadanos<sup>96</sup>. Es el caso, por ejemplo, del Parlamento. También se dijo que a dichos servicios no debiera aplicarse idéntico tratamiento jurídico que a los servicios esenciales ordinarios. La razón por la que no debieran ser objeto del mismo tratamiento es que al carecer de usuarios inmediatos los perjuicios para los ciudadanos sólo se aprecian ante huelgas de larga duración, por lo que sólo corresponde recurrir a la técnica de los servicios mínimos ante ese tipo de huelgas y no por ejemplo ante una huelga de uno o dos días de duración. Lo que se acaba de decir, en todo caso, no es un elemento exclusivo de los servicios esenciales por asimilación; es, eso sí, un elemento de necesaria aplicación en dichos servicios. El recurso a la técnica de los servicios mínimos en el ámbito de los servicios esenciales por asimilación debiera ser excepcional so pena de vulnerar el principio de proporcionalidad.

Estrechamente relacionada con la incidencia variable de los servicios los intereses esenciales se encuentra la existencia o no de servicios alternativos al servicio esencial afectado<sup>97</sup>. A pesar de las reticencias que en alguna ocasión se han mostrado no cabe la menor duda de la influencia decisiva de este factor: no es lo mismo una huelga del transporte aéreo entre Canarias y la Península, donde no existen servicios alternativos, que una huelga en RTVE, donde podría acudir a los servicios informativos del resto de televisiones, radios, prensa escrita, internet y un cada vez más largo etcétera. Es precisamente la inexistencia de servicios alternativos lo que pudiera justificar unos

---

<sup>95</sup> La graduación de los servicios esenciales ha sido tratada en el capítulo segundo, apartado C, epígrafe 2. b. y apartado E, epígrafe 4.

<sup>96</sup> Vid., *supra*, capítulo segundo, apartado C, epígrafe 2.d.

<sup>97</sup> Para F. VALDÉS DAL-RÉ, «Servicios esenciales y ...», op. cit., pp. 14-15: «{...} a mayor dificultad de sustitución, la garantía precisa para el mantenimiento del servicio esencial se tornará más rigurosa y estricta y, viceversa, cuantas mayores sean las dificultades para una prestación alternativa de servicios, menor intensidad ha de alcanzar esa garantía, que incluso puede hacerse innecesaria al no comprometer el libre ejercicio de los derechos fundamentales y bienes constitucionalmente protegidos o al hacerlo en términos que, de adoptarse una medida de restricción de la huelga, quebraría por completo la citada regla de la proporcionalidad de los sacrificios».

Resultan inaceptables las SSTS (3ª), 8-5-85, Ar. 2338, cdo. 2 y 8-2-91, Ar. 1248, F. J. 2, que rechazan el criterio de la sustituibilidad con razonamientos gratuitos. Sí lo acepta, en cambio, la STS (5ª), 17-1-89, Ar. 203, FF. JJ. 4 y 5. La reciente STS (3ª), 11-2-2000, Ar. 2642, F. J. 3, no considera el criterio de la existencia de servicios alternativos invocado por el sindicato recurrente.

servicios mínimos de mayor intensidad en el contexto de una huelga general<sup>98</sup>, siempre y cuando ésta tuviera una cierta duración.

En tercer lugar, circunstancia extraordinariamente controvertida es el porcentaje que los trabajadores designados para cubrir servicios mínimos representan sobre la plantilla global. Durante los años ochenta es exclusivamente esta circunstancia la utilizada por el TS para efectuar el control material de los servicios mínimos. Esta proporcionalidad meramente cuantitativa resulta absolutamente reprobable, como ha acabado reconociendo el mismo TS<sup>99</sup>. En consecuencia, no es admisible un control material basado exclusivamente en el porcentaje de plantilla, sin perjuicio de que esta circunstancia también sea considerada, junto a otras muchas, a la hora de efectuar el control material<sup>100</sup>. En este último sentido, se trata de una variable que puede servir para traducir en términos cuantitativos la siempre difícil proporcionalidad cualitativa resultante del resto de variables<sup>101</sup>. En todo caso, la plantilla a utilizar como parámetro

---

<sup>98</sup> Para J. M. RAMÍREZ MARTÍNEZ, «El derecho de ...», op. cit., p. 19, la circunstancia de que una huelga sea general permite fijar unos servicios mínimos más extensos que en una huelga limitada a uno o varios servicios esenciales, ya que la capacidad de presión de la huelga, al ser general, es mayor.

<sup>99</sup> Rechazan efectuar el control material en base exclusivamente al criterio cuantitativo del porcentaje de plantilla las SSTS (3ª), 15-1-91, Ar. 251, FF. JJ. 3 y 4 y 4-12-97, Ar. 9576, F. J. 3, que entiende «{...} de escasa utilidad cualquier criterio generalizador referido a proporciones matemáticas». Sí aplica el control exclusivamente cuantitativo la STS (3ª), 16-1-96, Ar. 401, F. J. 3.

<sup>100</sup> En este sentido se pronuncia A. BAYLOS GRAU, *Derecho de huelga y ...*, op. cit., p. 199, para quien resulta reprobable el criterio cuantitativo del porcentaje de plantilla si utilizado como parámetro definitivo, admitiendo su utilización como parámetro adicional. Igualmente, M. C. PALOMEQUE LÓPEZ y M. ÁLVAREZ DE LA ROSA, *Derecho del Trabajo*, op. cit., pp. 588-590.

Una de las novedades más sorprendentes de la reciente reforma italiana de la Ley 146/90 a través de la Ley 83/2000 es precisamente la introducción *ex lege* —art. 13.1.a) de la mencionada ley tal y como resulta de la reforma— de parámetros cuantitativos acerca de los servicios mínimos —50 % de los normales servicios— y del personal destinado a los mismos —33% del normal—. Parámetros que han sido fuertemente criticados por la doctrina, porque no se corresponden con la tradición anterior a la reforma. Está por ver cuál será su verdadero alcance, ya que existe la posibilidad excepcional de no respetarlos y quizá esta vía sea menos excepcional de lo que en principio pudiera parecer. Sobre el particular, véase, E. GRAGNOLI, «Le regole per ...», op. cit., p. 54; C. LA MACCHIA, «L'organizzazione de i ...», op. cit., pp. 226-229; y P. PASCUCI, «La riforma della ...», op. cit., pp. 750-751.

<sup>101</sup> Utilizan el criterio cuantitativo con un alcance explicativo del resultado alcanzando a través del resto de criterios cualitativos las SSTC 51/86, F. J. 5 y 43/90, F. J. 7. También la reciente STS (3ª), 11-2-2000, Ar. 2642, F. J. 5.

Especialmente curiosa es la STS (4ª), u. d., 12-3-97, Ar. 2892, F. J. 2, que distingue dos tipos de proporcionalidad: la cuantitativa y la cualitativa, siendo ambas ineludibles. En la misma línea parece situarse la STS (3ª), 15-1-96, Ar. 349, FF. JJ. 7 y 8.

de referencia debiera ser la del día o días señalados para la huelga y no la plantilla total de la empresa afectada, que seguramente será mayor y falseará los datos<sup>102</sup>.

Determinadas circunstancias, ya mencionadas al hilo del contenido de la motivación suficiente, no pueden ser consideradas a la hora de dictar servicios mínimos<sup>103</sup>, como por ejemplo: la comodidad, rapidez o eficiencia del servicio esencial afectado<sup>104</sup>; las necesidades o intereses de la organización prestadora del servicio; y los criterios ajenos a la esencialidad de los servicios, como la continuidad de los servicios públicos, el perjuicio para el interés general, el perjuicio para la economía nacional<sup>105</sup>, el perjuicio genérico para los intereses de los usuarios o la condición de funcionarios públicos de los convocados a la huelga. En cuanto al criterio de la equiparación de los servicios mínimos a los prestados en días festivos, no puede aceptarse sin más y aisladamente, pero tampoco cabe rechazarlo categóricamente<sup>106</sup>. Lo más conveniente será considerarlo junto al resto de criterios.

Si la autoridad gubernativa y, en su caso, los tribunales efectúan el juicio de proporcionalidad correctamente, esto es, manejando el conjunto de circunstancias que en el caso concreto rodean a la huelga y al servicio esencial afectado, el mínimo margen de apreciación de que dispone la autoridad gubernativa podrá dar lugar a situaciones más o

---

<sup>102</sup> La STS (5ª), 17-1-89, Ar. 203, F. J. 6, utiliza como parámetro de comparación la plantilla del día previsto para la huelga y no la plantilla total de la empresa. En todo caso, la mayoría de las sentencias de los años ochenta utilizan como parámetro la totalidad de la plantilla.

<sup>103</sup> A. BAYLOS GRAU, «Derecho de huelga y ...», op. cit., pp. 198-199, rechaza algunos parámetros, como el criterio meramente cuantitativo del porcentaje de plantilla afectado, las necesidades de la empresa y la comodidad, rapidez o eficiencia del servicio.

<sup>104</sup> Estos parámetros de eficiencia, rapidez o comodidad son tempranamente rechazados por J. GARCÍA BLASCO, *El derecho de ...*, op. cit., p. 116.

M. V. BALLESTRERO, en U. Romagnoli y M. V. Ballestrero, *Norme sull'esercizio ...*, op. cit., p. 80, da cuenta de la dificultad de diferenciar la adecuada satisfacción del derecho a la libertad de circulación de la comodidad en el desplazamiento, al ser la frontera entre ambos conceptos extraordinariamente lábil e influenciada por factores sociales.

<sup>105</sup> Resultan radicalmente reprobables las SSTS (5ª), 23-3-87, Ar. 1579, F. J. 4 y 11-5-87, Ar. 3325, F. J. 4, que justifican unos mayores servicios mínimos como consecuencia del perjuicio a la economía nacional.

<sup>106</sup> Rechazan la equiparación, entre otras, las siguientes sentencias: STS (3ª), 22-9-86, Ar. 4640, F. J. 10, en relación con servicios sanitarios; STS, (5ª), 8-2-88, Ar. 1280, F. J. 4, en relación con centros asistenciales; STS (3ª), 8-11-89, Ar. 8153, F. J. 2, con servicios municipales; STS (3ª), 2-7-90, Ar. 5956, F. J. 2; STS (3ª), 26-7-90, Ar. 6347, F. J. 3, en relación con limpieza de hospitales; y STS (3ª), 19-2-91, Ar. 3176, F. J. 5. También el ATC 304/97, de 17 de septiembre, F. J. 4.

Acepta, sin embargo, la equiparación la STS (3ª), 10-5-86, Ar. 2363, F. J. 8, en relación con los servicios prestados por una corporación local.



menos satisfactorias para los huelguistas o para los usuarios, pero de ningún modo cabrán decisiones manifiestamente innecesarias o manifiestamente desproporcionadas.

Finalmente, la proporcionalidad de los servicios mínimos no desaparece en un sistema basado en la autonomía colectiva, ya que la previsión constitucional de mantenimiento de los servicios esenciales no ampara cualesquiera servicios mínimos procedentes de las partes interesadas, sino sólo servicios mínimos que cumplan escrupulosamente con la finalidad constitucional. Con ser eso cierto no hay la menor duda de que en un sistema basado en la autonomía colectiva la adecuación material de los servicios mínimos, su proporcionalidad, no tiene el protagonismo que en el sistema actual, basado en la heterorregulación administrativa. Con la intervención de las partes en conflicto, con la participación de las organizaciones de usuarios y con la tutela de un tercero imparcial la adecuación material de los servicios mínimos pasa a un segundo plano; casi podría decirse que se sobreentiende<sup>107</sup>.

En todo caso, y para evitar cualquier malentendido, la intervención de los interesados no convierte esta materia en discrecional e inmune al control judicial, sino que sigue consistiendo en la concreción de un concepto jurídico indeterminado<sup>108</sup>. Por

---

<sup>107</sup> A este propósito el PLOH actuaba más como fuente de fuentes que como fuente en sí misma: se confiaba a los negociadores de los acuerdos estables y a los aplicadores de dichos acuerdos el contenido de los mismos, a partir de unas indicaciones absolutamente genéricas —arts. 13. 4. a) y 13. 4. b)—. El artículo 19.1.c) del proyecto inicial del gobierno socialista (1992) sí contenía una alusión expresa al principio de proporcionalidad y a la consideración, entre otros criterios, de la esencialidad del servicio y de las características de la huelga convocada, tales como las relativas a su extensión o duración.

A diferencia de lo que sucedía en la versión original de la Ley italiana 146/90 —arts. 2.2 y 13. a)— la versión modificada por la Ley 83/2000 sí contiene algunas variantes que deben ser consideradas tanto por la autonomía colectiva como, sobre todo, por la Comisión de garantías, como por ejemplo la existencia de servicios alternativos y determinados porcentajes meramente cuantitativos. Vid., por todos, C. PISANI, «Prestazioni indispensabili e ...», op. cit., pp. 27 ss.

También contiene referencias de tipo material el tantas veces mencionado Acuerdo Vasco. Concretamente establece lo siguiente: «El alcance o intensidad de la actividad y prestaciones propuestas indispensables para asegurar el disfrute exigido constitucionalmente de los derechos fundamentales y bienes afectados por el ejercicio de la huelga, habrá de venir determinado por los siguientes elementos: La modalidad de la huelga. La duración de la huelga. La concurrencia con otras huelgas convocadas en la misma actividad. La incidencia efectiva o el grado de afectación de la huelga sobre el ejercicio de los derechos de la persona incididos por la medida conflictiva. Las demás circunstancias concurrentes en el supuesto contemplado» (II. 2). Adviértase que el procedimiento instaurado por este Acuerdo sólo tiene fase aplicativa, a diferencia del PLOH, como se sabe articulado en dos fases —normativa y aplicativa—, lo que seguramente explica el pronunciamiento expreso acerca de los criterios a manejar.

<sup>108</sup> También en Italia, aunque ésta no sea una cuestión del todo pacífica, se reconduce el mantenimiento de los servicios esenciales a categorías sino idénticas sí emparentadas con la de concepto jurídico indeterminado, como las cláusulas generales que contienen normas abiertas pero completas. Vid., por todos, P. CURZIO, *Autonomia collettiva e ...*, op. cit., pp. 124 ss.

supuesto, el mínimo margen de apreciación que necesariamente deriva de la dificultad de encontrar la única solución justa aumenta considerablemente cuando el legislador manda al poder público imparcial controlar lo previamente negociado por las partes en conflicto. El control judicial siempre es posible; otra cosa es que los tribunales deban desde un punto de vista material corregir lo menos posible a los operadores jurídicos habilitados por el legislador orgánico, limitándose a los casos más flagrantes, si es que los hubiere. En un sistema basado en la autonomía colectiva y posterior control de un tercero imparcial ni puede haber excesiva litigiosidad ni todavía menos frecuentes correcciones judiciales sobre el fondo de los servicios mínimos. Si eso sucediera el sistema estaría condenado al fracaso<sup>109</sup>.

### **3. c. Otras posibles técnicas de control de la adecuación material de los servicios mínimos**

Además de por el principio de proporcionalidad, la imposición de servicios mínimos está limitada por el conjunto de técnicas de control material que conoce el Derecho Administrativo —desviación de poder, etc.—<sup>110</sup> y que no van a ser consideradas por no presentar singularidad alguna destacable. Una mínima reflexión merecen dos garantías materiales que son invocadas frecuentemente: el principio de restricción menor del derecho de huelga y el respeto del contenido esencial.

En cuanto al principio de restricción menor del derecho de huelga, pese a que doctrina<sup>111</sup> y jurisprudencia<sup>112</sup> lo hayan mencionado insistentemente junto al principio de

---

<sup>109</sup> En Italia se discute si el eventual control judicial puede entrar o no en el fondo de lo acordado por las partes y en el fondo de las normas transitoriamente aprobadas por la Comisión de garantías en ausencia de acuerdo idóneo de las partes. Se mantienen posturas encontradas, si bien en todos los casos se afirma que los tribunales, a diferencia de lo que era práctica habitual en el pasado, tienen que autolimitarse en esta materia. Sobre el particular, véase, por todos, P. CURZIO, «Autonomia collettiva e ...», op. cit., pp. 201 ss. y P. PASCUCI, *Tecniche regolative dello ...*, op. cit., pp. 151 ss. y 207 ss.

<sup>110</sup> Vid., por todos, E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho ...*, op. cit., pp. 457 ss.

<sup>111</sup> Aluden al principio de restricción menor del derecho fundamental de huelga, entre otros muchos, A. BAYLOS GRAU, *Derecho de huelga y ...*, op. cit., p. 198 y J. GÁRATE CASTRO, «Derecho de huelga ...», op. cit., pp. 18-21.

En cambio, para J. C. CASSAGNE, *La huelga en ...*, op. cit., pp. 93-94 y 110-113, los servicios mínimos no han de ser interpretados restrictivamente, en atención a la primacía del interés de los usuarios sobre el de los huelguistas. La opinión de este autor, que desde luego no se comparte, ya ha sido criticada en otro lugar.

<sup>112</sup> Ya la STC 26/81 establecía lo siguiente: «Sólo conjugando todos estos criterios, y haciéndolo con un criterio restrictivo, la excepcional potestad que a la Autoridad Gubernativa se confiere, se ejercita de una manera funcionalmente correcta» (F. J. 15). Posteriormente, la STC 51/86, establece: «Se trata

proporcionalidad, no es sino un corolario necesario de este último, pues forma parte del principio de proporcionalidad alcanzar una composición equilibrada de los intereses constitucionales en conflicto en la que tanto el derecho fundamental de huelga como el resto de derechos o bienes constitucionales involucrados resulten mínimamente afectados, mínimamente restringidos. En realidad, el principio de restricción menor no es sino el principio de indispensabilidad o necesidad, que es uno de los tres principios que integran el principio general de proporcionalidad.

Finalmente, cabe preguntarse si además del principio de proporcionalidad el establecimiento de servicios mínimos ha de respetar el contenido esencial del derecho fundamental de huelga<sup>113</sup>. Lo cierto es que en esta concreta materia resulta más fácil defender la tesis relativa<sup>114</sup>, según la cual la garantía del contenido esencial no añade nada nuevo al control ejercido a partir del principio de proporcionalidad, por lo que su invocación doctrinal o jurisprudencial es más retórica que real<sup>115</sup>. De hecho, doctrina y jurisprudencia aluden al contenido esencial con ocasión de cualquiera de las garantías formales y materiales con las que el TC ha rodeado la imposición de servicios mínimos: motivación, proporcionalidad, etc.<sup>116</sup>.

---

de fijar el programa de servicios mínimos con un criterio restrictivo {...} 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 sus objetivos frente a la Empresa {...}» (F. J. 5).

Tanto la jurisprudencia ordinaria como las disposiciones de la autoridad gubernativa han apelado constantemente al criterio restrictivo.

<sup>113</sup> Para J. L. MONEREO PÉREZ, «La huelga como ...», op. cit., p. 34, nota 255, la garantía del contenido esencial debe también aplicarse al mantenimiento de los servicios esenciales, aunque no explica cómo, lo que resta importancia a su afirmación. Lo mismo puede decirse de M. L. BALAGUER CALLEJÓN, «El contenido esencial ...», op. cit., pp. 133-138.

<sup>114</sup> Defiende la tesis relativa en relación con la invocación del contenido esencial en la Ley 146/90, P. CURZIO, *Autonomia collettiva e ...*, op. cit., p. 123.

<sup>115</sup> La garantía del contenido esencial y las diferentes tesis han sido tratadas en el capítulo tercero, apartado D, epígrafe 2. c.

En todo caso, en esta investigación ya se había acogido la tesis relativa al admitir en supuestos excepcionales —servicio de urgencias de un Hospital— el sacrificio prácticamente íntegro del derecho fundamental de huelga, lo que casa mal con la tesis absoluta.

<sup>116</sup> Muchas sentencias entienden que los servicios mínimos excesivos vulneran el contenido esencial del derecho de huelga. Ahora bien, resulta más fácil controlar el exceso en el establecimiento de servicios mínimos a partir del principio de proporcionalidad que a partir de la siempre confusa garantía del contenido esencial. A título ejemplificativo, invoca retóricamente el contenido esencial la STS (3ª), 16-1-85, Ar. 216, cdo. 3. También la invocación de la STC 11/81, F. J. 18, tiene más carácter retórico que otra cosa.

Doctrinalmente, por todos, I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, *El proyecto de ...*, op. cit., pp. 15 ss., quien alude al contenido esencial cuando en realidad se ocupa del conjunto de garantías formales y materiales.

## **D. EFECTOS DEL ESTABLECIMIENTO DE SERVICIOS MÍNIMOS**

El establecimiento de servicios mínimos deja sentir sus efectos sobre el ejercicio del derecho de huelga, sobre los poderes del empresario y sobre los intereses constitucionales de los usuarios de los servicios esenciales. Lógicamente, estos efectos son diferentes según se cumplan o no los servicios mínimos.

### **1. EFECTOS EN CASO DE CUMPLIMIENTO DE LOS SERVICIOS MÍNIMOS**

Este epígrafe se limita a recoger y ordenar algunas de las ideas que de manera dispersa se han ido vertiendo en la tesis. De ahí la brevedad del mismo y la escasez de notas.

La técnica de los servicios mínimos no incide por definición sobre la titularidad del derecho de huelga sino sobre su ejercicio. En principio, se trata de una restricción directa sobre el ejercicio del derecho de huelga, que alcanza tanto a su plano individual como al colectivo. Se dice en principio porque también es posible que los servicios mínimos sean total o parcialmente asignados al personal no huelguista, en cuyo caso o no habría restricción directa o ésta sería de una menor intensidad. Pero lo normal es que los servicios mínimos en mayor o menor medida restrinjan directamente el derecho de huelga.

Por lo que al plano individual se refiere, la técnica de los servicios mínimos priva del ejercicio del derecho de huelga a los trabajadores concretamente designados para cubrirlos. Al mismo tiempo, y en relación con el plano colectivo, disminuye notablemente la eficacia del movimiento huelguístico al reducir la pluralidad de adhesiones posibles. Por otra parte, el establecimiento de servicios mínimos seguramente influya en la estrategia de los sujetos colectivos organizadores de la medida conflictiva, que harán lo posible por contrarrestar tal obstáculo, así como en la decisión de los trabajadores individualmente considerados, aunque no sea fácil colegir en qué dirección.

En cuanto a los efectos para el empresario<sup>1</sup>, de una parte la técnica de los servicios mínimos limita la libertad empresarial, ya que impide al empleador adoptar otras

---

<sup>1</sup> Véase, M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, «La huelga en ...», op. cit., p. 129.

alternativas posiblemente menos costosas, como la suspensión plena de las actividades: tanto la suspensión amparada en el cierre legal —arts. 37.2 CE y 12 DLRT— como la basada en el mutuo acuerdo de las partes —art. 45.1.a) ET—. Igualmente, le impide paralizar las actividades comprendidas en los servicios mínimos invocando el poder de dirección y lógicamente abonando los salarios, como si de la concesión unilateral de una interrupción remunerada se tratase. Téngase en cuenta, además, que el ejercicio del derecho fundamental de huelga, se produzca o no en el ámbito de los servicios esenciales, «{...} produce {...} el efecto de reducir y en cierto modo anestesiar, paralizar o mantener en una vida vegetativa, latente, los derechos que en situación de normalidad pueden y deben desplegar toda su capacidad potencial. Tal sucede con la potestad directiva del empresario, regulada en el artículo 20 del Estatuto de los Trabajadores {...}» (STC 123/92, F. J. 5).

De este modo, los poderes del empresario, de por sí limitados durante el ejercicio del derecho fundamental de huelga<sup>2</sup>, resultan adicionalmente restringidos como consecuencia de la técnica de los servicios mínimos.

Desde otro punto de vista el empresario está obligado a acatar el papel que la autoridad gubernativa le reserve en la fase denominada complemento técnico y funcional de los servicios mínimos. Designados los trabajadores encargados de cumplir los servicios mínimos el empresario ejerce sobre los mismos los poderes de dirección y control y, en su caso, el poder disciplinario. No es la autoridad gubernativa quien dirige y controla a los trabajadores designados sino, lógicamente, el empresario.

En todo caso, en el vigente sistema el empresario asume una posición de escasa importancia que contrasta con el complejo de obligaciones que el mismo tiene en el sistema italiano: la Ley 146/90 modificada por la Ley 83/2000 contiene determinadas obligaciones de los empresarios funcionales al objetivo del mantenimiento de los

---

Significativamente la STC 123/90 establece al respecto: «Dada la primacía que sobre el derecho de huelga concede la Constitución al mantenimiento de los servicios esenciales, que *impone deberes adicionales tanto al empleador como a los trabajadores asignados a esos servicios {...}*» (F. J. 5) (más las cursivas).

<sup>2</sup> Vid., sobre esta cuestión, por todos, J. I. GARCÍA NINET y J. GARCÍA VIÑA, «Algunas consideraciones acerca ...», op. cit., pp. 17-45 y F. FERRANDO GARCÍA, *Los efectos de ...*, op. cit., pp. 257 ss.

servicios esenciales, cuyo incumplimiento genera una importante responsabilidad administrativa pecuniaria<sup>3</sup>.

Finalmente, los efectos para los usuarios de los servicios esenciales, cuya protección está detrás de la fórmula constitucional del 28.2 y de las técnicas que a su amparo se adopten, como los servicios mínimos, consisten en la continuidad de las prestaciones esenciales a un nivel menor del habitual pero lo suficiente como para satisfacer adecuadamente sus intereses constitucionales.

## **2. EFECTOS EN CASO DE INCUMPLIMIENTO DE LOS SERVICIOS MÍNIMOS**

El incumplimiento de los servicios mínimos, es decir, la falta de prestación de los mismos, sin entrar ahora en disquisiciones sobre grados y tipos de incumplimiento, proyecta sus efectos, al igual que el cumplimiento, sobre el ejercicio del derecho de huelga, sobre el empresario y sobre los usuarios de los servicios esenciales<sup>4</sup>.

Los efectos más complejos son los que se refieren al ejercicio del derecho de huelga, concretamente a la calificación jurídica de la huelga y a las responsabilidades de distinta naturaleza de los concretos trabajadores infractores y de los sujetos colectivos que hayan intervenido<sup>5</sup>.

En cuanto al empresario, el incumplimiento de los servicios mínimos le restituye parte del poder directivo que en otro caso no podría utilizar y le permite ejercer el poder disciplinario.

---

<sup>3</sup> Cfr., haciendo especial hincapié en las sanciones, P. PASCUCCI, «Le sanzioni», op. cit., pp. 103 y 125 ss. y A. VALLEBONA, «Le sanzioni», en L. Menghini, M. Miscione y A. Vallebona (a cura di), *La nuova disciplina dello sciopero nei servizi pubblici essenziali*, Cedam, Padova, 2000, pp. 118-119. Igualmente, aunque incidiendo exclusivamente en las obligaciones de los empresarios, véase, SANTORO PASSARELLI, G.: «Vecchi e nuovi problemi in materia di sciopero nei servizi pubblici essenziali», en *RIDL*, 1999 I, pp. 47-48.

<sup>4</sup> Un anticipo de lo que sobre este tema se dice en este epígrafe se encuentra en mi artículo «El despido disciplinario por incumplimiento de los servicios mínimos en caso de huelga en los servicios esenciales», en *AL*, 1998-3, pp. 671-684.

<sup>5</sup> Del estudio de estas responsabilidades, desde la perspectiva del Derecho argentino, se ocupa J. C. CASSAGNE, *La huelga en ...*, op. cit., pp. 117 ss.

Finalmente, la protección efectiva de los intereses constitucionales de los usuarios de los servicios esenciales habilita a la autoridad gubernativa para ejercitar determinados poderes, ya sean ordinarios pero de mayor intensidad limitativa, ya extraordinarios.

En general, puede afirmarse que uno de los mayores defectos de la disciplina española de la huelga en los servicios esenciales es no contener una regulación específica de la responsabilidad derivada del incumplimiento de las normas reguladoras del mantenimiento de los servicios esenciales; normas que por otra parte tampoco regulan como debieran las obligaciones propias de cada uno de los sujetos implicados: trabajadores individualmente considerados, sujetos colectivos de representación de los trabajadores y empresarios públicos o privados. En esta materia, como en otras muchas, se aprecia la enorme distancia existente entre la prácticamente inexistente normativa española y la minuciosa experiencia italiana, que a pesar de innumerables problemas otorga una seguridad jurídica que brilla por su ausencia en España<sup>6</sup>.

Lógicamente, la ausencia en España de un específico cuadro sancionador no significa que no haya responsabilidades sino que éstas han de buscarse en la correspondiente normativa general, ya sea laboral, administrativa, civil o penal.

## **2. a. Efectos sobre el ejercicio del derecho de huelga**

La aproximación inicial al tema de los efectos del incumplimiento de los servicios mínimos sobre el ejercicio del derecho de huelga arroja un balance deficitario: inexistencia de obra alguna que aborde frontalmente toda la problemática que el incumplimiento de los servicios mínimos plantea, limitándose los escritos existentes a

---

<sup>6</sup> La doctrina italiana ha estudiado hasta la saciedad el específico cuadro sancionador creado por la Ley 146/90. Cuadro sancionador que ha originado numerosos problemas, que ha merecido un pronunciamiento desfavorable de la Corte Constitucional y que ha sido finalmente reformado por la Ley 83/2000. Antes de la reforma, entre otros muchos, puede verse, R. ROMEI, «Articolo 4», en M. Rusciano y G. Santoro Passarelli (a cura di), *Lo sciopero nei servizi essenziali*, Giuffrè, Milano, 1991, pp. 48 ss.; P. PASCUCCI, «L'apparato sanzionario», en T. Treu y otros, *Sciopero e servizi essenziali*, Cedam, Padova, 1991, pp. 96 ss.; U. ROMAGNOLI, en U. Romagnoli y M. V. Ballestrero, *Norme sull'esercizio ...*, op. cit., pp. 180 ss.; y F. SANTONI, «Illegittimità dello sciopero nei servizi pubblici essenziali ed evoluzione dei regimi di responsabilità», en *Il Diritto del Lavoro*, 1997 I, pp. 421 ss. Tras la importante reforma del artículo 4 de la Ley 146/90 por la Ley 83/2000, véase, P. PASCUCCI, «Le sanzioni», op. cit., pp. 92 ss. y A. VALLEBONA, «Le sanzioni», op. cit., pp. 107 ss.

una visión accesoria y de pasada del citado incumplimiento<sup>7</sup>; contraste entre las posiciones doctrinales sobre el particular; jurisprudencia escasísima; etc. ¿Quiere ello decir qué no plantea problemas reales? Seguramente no. Sucede que esos problemas no han hecho sino ivernar al resguardo de pactos de fin de huelga que excluyen la imposición de sanciones y al traslado de responsabilidades hacia los organizadores de las medidas conflictivas, y que cualquier día pueden despertarse sin encontrar una elaboración doctrinal y jurisprudencial suficiente. En este semidesértico contexto se insertan las líneas que siguen.

Especialmente significativa es la ausencia de jurisprudencia<sup>8</sup>, tanto social como contencioso-administrativa, con la consiguiente imposibilidad de contrastar con la práctica judicial los problemas existentes y las soluciones teóricas que se proponen. Las razones de esta ausencia han sido apuntadas en el párrafo anterior: en primer lugar, la tarea mitigadora de responsabilidades que en materia de irregularidades con ocasión de huelga, incluidos los incumplimientos de servicios mínimos, llevan a cabo con frecuencia los pactos de fin de huelga<sup>9</sup>. En segundo lugar, el frecuente desplazamiento de responsabilidades hacia los organizadores de los conflictos, en lugar de imponer sanciones a los trabajadores o funcionarios infractores<sup>10</sup>.

### **2. a. 1. Efectos sobre la calificación jurídica de la huelga**

Lo primero que hay que tratar es la relevancia que el incumplimiento de los servicios

---

<sup>7</sup> Sobre este tema, con diferente alcance, véase, J. L. GIL GIL, «Ilegalidad e incumplimiento de servicios mínimos en la huelga (Comentario a la sentencia 141/89 del Juzgado de lo Social nº 5 de Madrid)», en *REDT*, 1989, núm. 39, pp. 507-517; A. BAYLOS GRAU, «La regulación del ...», op. cit., pp. 17-20; del mismo autor, «Derecho de huelga en ...», op. cit., pp. 191-222; R. MARTÍNEZ EMPERADOR, «La participación en ...», op. cit.; J. RIVERO LAMAS, «Infracciones y sanciones ...», op. cit.; M. GARCÍA FERNÁNDEZ-LOMANA, «Fijación de servicios mínimos y sanciones individuales», en *El Derecho de huelga. Seminario Hispano-Alemán en honor de los Profesores Manuel Alonso Olea y Franz Gamillscheg*, edición preparada por A. Montoya Melgar, *RFDUCM*, 1993, núm. monográfico 17, pp. 243-249; J. M. GOERLICH PESET, *Los efectos de la huelga*, Tirant lo blanch, Valencia, 1994; A. BAYLOS GRAU, «Sobre los despidos ...», op. cit.; y F. FERRANDO GARCÍA, *Los efectos de ...*, op. cit., pp. 89 ss.

<sup>8</sup> Después de una minuciosa búsqueda son muy pocas las sentencias encontradas que tengan alguna relación con el tema objeto de análisis. Estas pocas sentencias serán expuestas en su momento oportuno.

<sup>9</sup> En este sentido se pronuncian, J. RENTERO JOVER, «Reflexiones sobre los pactos de fin de huelga», en *Aranzadi Social*, 1992, núm. 2, p. 2617 y J. M. GOERLICH PESET, *Los efectos de ...*, op. cit., pp. 66 ss.

<sup>10</sup> Así lo entiende, J. RIVERO LAMAS, «Infracciones y sanciones ...» op. cit., p. 22. Este es el caso enjuiciado por la STSJ de Madrid, 17-3-93, As. 1165 y por la 141/89 del Juzgado de lo Social nº 5



mínimos tiene en la calificación jurídica de la huelga, es decir, en su juridicidad o antijuridicidad o, si se prefiere, en su licitud o ilicitud<sup>11</sup>. Calificación que como se sabe viene efectuándose por la jurisdicción *a posteriori*, con motivo de algún pleito que requiera tal calificación, rechazándose la admisibilidad de acciones declarativas en esta materia, aunque la última jurisprudencia parezca apuntar lo contrario<sup>12</sup>.

La solución que se adopte en este punto no es neutra, antes al contrario, conlleva importantes y diversos efectos jurídicos sobre la relación individual de trabajo y sobre la relación de seguridad social de los huelguistas, así como sobre la posibilidad de sustituirlos, además de las responsabilidades, especialmente las disciplinarias, en que pueda incurrirse. Efectivamente, sin entrar en la concreción de las múltiples y complejas consecuencias jurídicas<sup>13</sup>, interesa resaltar cómo de sostenerse la ilicitud de la medida conflictiva, consecuencia del incumplimiento de los servicios mínimos, el régimen

---

de Madrid (la referencia de esta última está tomada de J. L. GIL GIL, «Ilegalidad e incumplimiento ...» op. cit.

<sup>11</sup> J. MATÍA PRIM, *El abuso del ...*, op. cit., pp. 89 ss., utiliza el término ilicitud como *genus*, siendo sus *species* la ilegalidad, ex art. 11 DLRT, y la abusividad, ex art. 7 DLRT. La diferencia entre estas formas de ilicitud radica, según este autor, no en sus finalidades y efectos, sino en la distinta técnica de valoración que suponen y en el sujeto que interviene: la voluntad del “Gobierno legislador” en el caso de la ilegalidad y la apreciación judicial en el caso de la abusividad.

<sup>12</sup> La STS (4ª), unificación de doctrina, 17-12-99, Ar. 522, admite las acciones meramente declarativas de la licitud o ilicitud de una huelga, siempre que haya un interés legítimo y efectivo, cosa que inequívocamente sucede cuando en el momento de presentación de la demanda la huelga no ha concluido. La jurisprudencia de los tribunales superiores, por contra, viene rechazando la admisibilidad de acciones declarativas en materia de calificación jurídica de la huelga, al entender que no existe interés legítimo —actual, objetivo y concreto— protegible. Así, entre otras, STSJ del País Vasco, de 28-4-92, As. 1833, F. J. 1; STSJ de Cataluña, de 5-7-95, As. 3066, F. J. 2, quizá la más elaborada de todas; STSJ de Andalucía, 31-1-95, As. 233, F. J. 2; y STSJ de Cataluña, 12-6-98, As. 2782, F. J. 3. Una excepción la constituye la STSJ de Andalucía, 4-5-95, As. 2160, F. J. único, que parece admitir la mera calificación jurídica.

Doctrinalmente, A. OJEDA AVILÉS, *Derecho Sindical*, op. cit., pp. 533-535 y J. M. MARÍN CORREA, «Notas sobre una posible “modalidad procesal especial” de huelga», en *El derecho de huelga. Seminario Hispano-Alemán en honor de los Profesores Manuel Alonso Olea y Franz Gamillscheg*, edición preparada por A. Montoya Melgar, RFDUCM, 1993, núm. monográfico 17, pp. 129-133, se muestran favorables a la declaración judicial previa sobre la licitud de la huelga.

Téngase en cuenta que existe una numerosa jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia que viene admitiendo las acciones declarativas —unas veces meramente declarativas, como la STSJ Cataluña, 7-10-92, Ar. 5087, y otras declarativas de condena, como la STSJ Cantabria, 27-10-93, Ar. 4412— en materia de calificación jurídica del cierre empresarial. Esta tendencia ha sido confirmada por la STS (4ª), 5-10-98, Ar. 7314, F. J. 4. Por otra parte, la STSJ Asturias, sala de lo social, 14-5-97, As. 1689, F. J. 2, admite la procedencia de una acción meramente declarativa con el objetivo de determinar *ad futurum* si determinadas actividades deben integrar los servicios de mantenimiento, pues existe una controversia real y concreta.

<sup>13</sup> Sobre los concretos efectos de la ilicitud de la huelga en las situaciones jurídicas citadas, vid., J. GARCÍA BLASCO, *El derecho de ...*, op. cit.; J. M. GOERLICH PESET, *Los efectos de ...*, op. cit.; y F. FERRANDO GARCÍA, *Los efectos de ...*, op. cit.

jurídico propio de la huelga ilegal, obviamente gravoso, se proyectará sobre la totalidad de los trabajadores participantes en la misma, mientras si se sostiene la irrelevancia del incumplimiento de los servicios mínimos en la legalidad o ilegalidad de la huelga, la falta de prestación de los citados servicios por parte de los trabajadores designados para cubrirlos afectará únicamente a éstos<sup>14</sup>. Lo mismo puede decirse en relación con los funcionarios públicos<sup>15</sup>.

La solución a este problema exige partir de la tesis mantenida por PALOMEQUE sobre la titularidad diferenciada del derecho de huelga<sup>16</sup>. Esta tesis responde a la necesidad de superar la insatisfacción planteada por la teoría tradicional, concretada en el

---

<sup>14</sup> La doctrina se ha dividido ante esta cuestión. Para R. MARTÍNEZ EMPERADOR, «la participación en ...», op. cit., pp. 351 ss, el incumplimiento de los servicios mínimos constituye una causa de ilegalidad ex art. 11 d) DLRT. Otros entienden, en cambio, que se trata de comportamientos individuales ilícitos, en el marco de una huelga legal —art. 6.1 DLRT—. Es el caso de J. M. GOERLICH PESET, *Los efectos de ...*, op. cit., pp. 56 ss.; A. BAYLOS GRAU, «Derecho de huelga en ...», op. cit., pp. 216; y J. RIVERO LAMAS, «Infracciones y sanciones ...», op. cit., pp. 21 ss. para quien es indiferente que la huelga sea legal o ilegal, pues lo que hay es un incumplimiento contractual de imputación individual. Finalmente, para M. E. CASAS BAAMONDE, «Las huelgas atípicas ...», op. cit., p. 527, se trata de un supuesto de presunta abusividad.

En cuanto a la jurisprudencia, parece que la STS (4ª), 28-11-88, Ar. 8898, F. J. 3, avala la tesis de Martínez Emperador, aunque no haya que concederle excesiva importancia, pues se limita a dar por buenos los hechos probados recogidos por la sentencia *a quo*. Con las mismas reservas hay que apuntar que la STSJ de Madrid, 17-3-94, As. 1165 y la STSJ de Cataluña, 5-2-96, As. 402, avalan la tesis de Goerlich y Baylos.

<sup>15</sup> Sobre el particular, véase, E. BARRACHINA JUAN, *La Función Pública*, op. cit., pp. 372 ss. y T. SALA FRANCO y R. ROQUETA BUJ, *Los derechos sindicales ...*, op. cit., pp. 309 ss.

<sup>16</sup> M. C. PALOMEQUE LÓPEZ, «La titularidad diferenciada del derecho de huelga», en *AL*, 1992, núm. 20, pp. 357-364. El mismo autor en su *Derecho sindical español*, op. cit., pp. 299 ss. Ésta es sin duda la tesis que adoptó el frustrado PLOH, en sus artículos 2.3 y 3.

Teoría aparentemente próxima a la anterior, aunque radicalmente distinta, es la del ex magistrado del TC, F. RUBIO LLORENTE, quien sostuvo en su voto particular a la STC 123/90, sobre la que se volverá más adelante, la existencia de una disociación entre el derecho de huelga del sujeto colectivo y el derecho de huelga de los trabajadores. Es precisamente esa disociación o separación radical, excesivamente formalista y desconocedora de las interrelaciones entre las dimensiones colectiva e individual del derecho, lo que separa esta tesis de la del Profesor Palomeque. La disociación efectuada le permite al citado magistrado entender que la fijación de servicios mínimos sólo afecta al derecho colectivo, puesto que el derecho individual de huelga sólo sería ejercitable dentro del margen permitido por la autoridad gubernativa, siendo su fiscalización competencia exclusiva de la jurisdicción contencioso-administrativa. Implícitamente parte de la anterior doctrina la STSJ Cataluña, 10-5-99, As. 1471, que entiende que la sustitución ilegal de trabajadores huelguistas sólo vulnera el derecho individual de huelga de aquellos huelguistas cuyos puestos de trabajo hayan sido sustituidos y no de los demás, lo que desconoce la dimensión colectiva que todo fenómeno huelguístico tiene. También defiende la dualidad de derechos de huelga, T. SALA FRANCO, «La titularidad del ...», op. cit., pp. 25-27. Tesis contraria a la anterior es la defendida por J. L. MONEREO PÉREZ, «La huelga como ...», op. cit., pp. 28 ss., para quien las facultades individuales y las de ejercicio colectivo forman un todo unitario, a saber, el complejo contenido del derecho de huelga, cuya titularidad es siempre individual y su ejercicio necesariamente colectivo.

En general, sobre las distintas teorías acerca de la titularidad del derecho de huelga, véase, R. GONZÁLEZ DE LA ALEJA, *La titularidad del ...*, op. cit., pp. 97 ss.

binomio titularidad individual/ejercicio colectivo, asumida por la STC 11/81, F.J. 11, y reposa en la distinción entre una titularidad colectiva y otra individual del derecho de huelga en función de su contenido, ciertamente plural. De este modo, aquellas facultades propias del contenido colectivo del derecho de huelga —convocatoria, elección de la modalidad, desarrollo colectivo y desconvocatoria— serán de titularidad colectiva, mientras que aquellas otras pertenecientes al contenido individual del derecho — adhesión a la huelga convocada, participación individual en el desarrollo de la huelga y dar por terminada su intervención en la misma— serán de titularidad individual.

Esta tesis ya ha sido aplicada a los despidos por el ejercicio irregular del derecho de huelga, como incumplimiento contractual específico, con el objetivo de determinar correctamente las responsabilidades exigibles en las esferas individual y colectiva. La conclusión a la que se llega es que en unos casos sólo deberían exigirse responsabilidades en la esfera colectiva, en otros sólo en la individual, no faltando, incluso, fenómenos de permeabilidad de las responsabilidades<sup>17</sup>.

Llegados a este punto se está en condiciones de proponer una respuesta a la interrogante sobre la relevancia del incumplimiento de los servicios mínimos en la calificación jurídica de la huelga. Respuesta que dependerá de la influencia del sujeto colectivo convocante y del comité de huelga en el citado incumplimiento.

Efectivamente, en el supuesto frecuente de que el incumplimiento sea consecuencia de las instrucciones impartidas por el sujeto colectivo la huelga será ilegal, a tenor del artículo 11. d) DLRT, en relación con el artículo 10.2 de la misma norma<sup>18</sup>. La ilegalidad

---

<sup>17</sup> Así lo entiende A. BAYLOS GRAU, «Sobre los despidos ...», op. cit., pp. 227 ss. Sigue esta misma tesis, S. GONZÁLEZ ORTEGA, «Las formalidades del ...», op. cit., p. 62, quien entiende que el trabajador individualmente considerado no debería responder en ningún caso por un incumplimiento formal, de base necesariamente colectiva, que no le es achacable. J. MATÍA PRIM, *El abuso del ...*, op. cit., pp. 111-112, entiende que las opiniones de Baylos Grau tienen sentido como propuestas de *lege ferenda*, pero no como interpretación del derecho vigente, puesto que el modelo de responsabilidades diseñado por el DLRT descansa en los trabajadores participantes en la huelga ilícita, cualquiera que sea su causa.

<sup>18</sup> La frecuencia de este supuesto lleva a A. BAYLOS GRAU, «Derecho de huelga en ...», op. cit., p. 215, a circunscribir su estudio a los incumplimientos de los servicios mínimos decididos por los sindicatos. Sería el caso, por ejemplo, del conflicto analizado por la STC 123/90 y del de la STSJ de Madrid, 17-3-94, As. 1165.

Para A. MERINO SEGOVIA, «Servicios mínimos en ...», op. cit., pp. 177-178, la huelga no sería ilegal cuando el comportamiento del sujeto colectivo estuviese basado en la manifiesta irregularidad del

de la huelga, además de las responsabilidades de todo tipo que pudieran depurarse, supondrá determinadas consecuencias negativas sobre la relación de servicios —laboral, funcional o administrativa— y sobre la relación de seguridad social de los participantes en la misma, posibilitando, asimismo, la sustitución de los huelguistas.

En el supuesto contrario, el incumplimiento sin influencia alguna del sujeto colectivo, decidido, por tanto, individualmente por alguno o algunos de los trabajadores designados para cubrir los servicios mínimos la huelga será legal, sin perjuicio de la ilicitud que pudiera provenir de otras causas —artículos 7 y 11 DLRT—.

Además de estos dos casos extremos hay otros dos intermedios. El primero, cuando la actividad del sujeto colectivo sea meramente propagandística o recomendatoria del incumplimiento, sin llegar a imponerlo. La solución a este supuesto sólo puede producirse en el momento de la interpretación y aplicación judicial del Derecho, cuando a la vista de las circunstancias del caso concreto el juez se sitúe a uno u otro lado del grueso trazo que separa la actividad informativa de la impositiva y que determinará, en el primer caso, la legalidad de la huelga, sin perjuicio de otras causas de ilicitud, y, en el segundo, la ilegalidad.

El segundo caso intermedio, se produce cuando sin mediar influencia del sujeto colectivo los trabajadores designados para prestar los servicios mínimos decidan colectivamente incumplirlos. En esta hipótesis la huelga será ilegal, salvo que el sujeto colectivo convocante o el comité de huelga mostraran su disconformidad e intentaran cubrir los citados servicios con otros trabajadores, aunque no llegaran a conseguirlo íntegramente.

Las soluciones propuestas parten de una concepción de la huelga como fenómeno esencialmente colectivo, aunque la titularidad del derecho sea atribuida *uti singuli*, que motiva una posición favorable a la ilegalidad de la misma cuando el incumplimiento de los servicios mínimos tenga una base predominantemente colectiva, mientras cuando

---

acto administrativo de fijación de servicios mínimos (en el caso de RTVE que la autora comenta, la disposición de fijación de servicios mínimos copiaba miméticamente una disposición anterior que ya había sido declarada nula).

dicha base sea fundamentalmente individual se optará por la legalidad de la medida conflictiva, evitando, de esta forma, que la actuación individualizada de unos pocos, por grave que pueda ser, conlleve la antijuridicidad de la medida conflictiva en su conjunto y acabe afectando a la totalidad de los huelguistas<sup>19</sup>.

Asimismo, las citadas soluciones valoran la doble condición limitadora del mantenimiento de los servicios esenciales a través de la técnica de los servicios mínimos: límite funcional o procedimental del derecho de huelga, que actúa sobre su dimensión colectiva, y límite subjetivo, que se proyecta sobre los concretos trabajadores designados<sup>20</sup>. En atención a esta doble condición la ilegalidad de las huelgas en las que se hubiera producido un incumplimiento de los servicios mínimos colectivamente dirigido reposaría no en la transgresión de la limitación subjetiva que los servicios mínimos suponen sino en la conculcación del mantenimiento de los servicios esenciales como límite funcional. Por cierto, una huelga en los servicios esenciales puede ser ilegal aunque no haya sido necesario recurrir a la técnica de los servicios mínimos, siempre y cuando por parte de los sujetos colectivos haya habido un comportamiento claramente transgresor del límite procedimental que en sí mismo es el mantenimiento de los servicios esenciales: por ejemplo, incumpliendo gravemente la obligación de publicidad dirigida a los usuarios.

Estas propuestas no se sitúan en el terreno *de iure condendo*, sino en el de la interpretación del vigente marco regulador del derecho de huelga; marco que hace reposar la ilicitud en el ejercicio antijurídico de las facultades integrantes de su contenido colectivo. En todo caso, *de lege ferenda*, debiera establecerse claramente que sólo el

---

<sup>19</sup> E. GONZÁLEZ BIEDMA, *Derecho de huelga ...*, op. cit., pp. 136-138, llega también a la conclusión de que la huelga será legal cuando el incumplimiento de los servicios de seguridad y mantenimiento, ex art. 6.7 DLRT, haya sido decidido individualmente, mientras cuando haya sido acordado colectivamente la huelga pudiera ser ilegal. En igual sentido, I. ALBIOL MONTESINOS y T. SALA FRANCO, «El mantenimiento de ...», op. cit., p. 1244, si bien para estos autores el incumplimiento colectivo de los servicios mínimos ex artículo 10.2 DLRT no comporta la ilicitud de la huelga, pues el comité de huelga no asume en esta materia obligación de garantía alguna.

Interesante resulta consultar la obra de F. PÉREZ DE LOS COBOS, «El régimen jurídico ...», op. cit., pp. 240-242, en relación con la licitud o ilicitud —por abusividad, según entiende él— de las huelgas en las que hayan actuado piquetes coactivos, llegando a unos resultados parecidos a los aquí apuntados.

<sup>20</sup> Esta compleja configuración del mantenimiento de los servicios esenciales y del establecimiento de servicios mínimos como límites del derecho fundamental de huelga ha sido estudiada en el capítulo tercero, apartado D, epígrafes 1.b. y 1.c.

ejercicio de facultades colectivas dirigidas al incumplimiento de los servicios mínimos puede determinar la ilegalidad de la huelga y no el mero incumplimiento individualizado. En esta línea se situaba el art. 5.1 c) del frustrado PLOH<sup>21</sup>.

## **2. a. 2. Efectos sobre los trabajadores infractores: responsabilidad disciplinaria**

Del incumplimiento de los servicios mínimos pueden derivarse distintos tipos de responsabilidad: disciplinaria, civil, penal y administrativa<sup>22</sup>.

Dentro de la responsabilidad disciplinaria, que es la que aquí va a ser fundamentalmente tratada, hay que distinguir entre la laboral, aplicable a los trabajadores *stricto sensu*, con contrato de trabajo, y la administrativa, propia de los funcionarios públicos.

En cuanto a la responsabilidad disciplinaria laboral, interesa especialmente el despido disciplinario<sup>23</sup>. No serán tratadas, por tanto, el resto de sanciones que el empresario pudiera imponer como consecuencia del incumplimiento de los servicios

---

<sup>21</sup> Decía así: «Las huelgas en las que las facultades colectivas previstas en el artículo 3.1 se hayan ejercitado ignorando o infringiendo deliberada y gravemente el régimen legal o convencionalmente establecido para su realización o el específicamente prevenido para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad». Sobre este particular, ver, M. R. ALARCÓN CARACUEL, «Ilegalidad y abusividad de la huelga», en AA. VV., *Ley de huelga*, ISE, Madrid, 1993, pp. 93-94, quien señalaba el importante cambio que el art. 5.1.c) suponía respecto de los artículos. 8.c) y 22.1 del proyecto inicial del gobierno, que declaraban la ilegalidad de la huelga por el simple incumplimiento individual de los servicios mínimos. Por otra parte, también el artículo 8.d) del proyecto inicial posibilitaba la ilegalidad, por abusivas, de aquellas huelgas en las que concurriera un perjuicio desproporcionado para los usuarios de los servicios. Esta última previsión era acertadamente criticada por S. TORRENTE GARI, *El ejercicio del ...*, op. cit., pp. 365-367.

<sup>22</sup> El artículo 31 del proyecto inicial de regulación del derecho de huelga del gobierno socialista recordaba pedagógicamente la posibilidad de incurrir en distintos tipos de responsabilidad, en los siguientes términos: «Quienes, actuando contra lo dispuesto en la presente Ley, provoquen la lesión de derechos o bienes protegidos por el ordenamiento jurídico, incurrirán en responsabilidad de carácter civil, penal o administrativa de conformidad con lo dispuesto en la respectiva esfera del ordenamiento jurídico y con las previsiones específicas de esta Ley». Lo mismo hacía el artículo 22.1, para el caso específico de los incumplimientos relativos al mantenimiento de los servicios esenciales. Estos preceptos no fueron incluidos en el frustrado PLOH, sin que ello tenga mayor importancia, habida cuenta de su carácter fundamentalmente pedagógico.

<sup>23</sup> La normativa italiana —art. 4.1 Ley 146/90— prohíbe el despido disciplinario en esta materia, así como también las sanciones que consistan en la modificación definitiva de las condiciones de trabajo. Sobre el particular, vid., F. SANTONI, *Lo sciopero*, op. cit., pp. 165-166 y P. PASCUCI, «Le sanzioni», op. cit., pp. 100 ss.

En cuanto a Francia, véase, P. TERNEYRE, *La grève dans ...*, op. cit., pp. 126 ss.

mínimos, sea porque éste no reúna la gravedad suficiente, sea porque el empleador así lo decida, unilateralmente o mediante pacto de fin de huelga<sup>24</sup>.

Lo primero que cabe advertir es que la regulación legal del derecho de huelga — DLRT— no contiene una causa de despido que específicamente se refiera al incumplimiento de los servicios mínimos. Efectivamente, el artículo 16.1 DLRT se refiere a la participación en huelga ilegal y el artículo 16.2 al incumplimiento de los servicios de seguridad y mantenimiento *ex art. 6.7*. En puridad, el incumplimiento de los servicios mínimos no puede subsumirse en ninguno de los dos preceptos anteriores: en el primero, porque tal y como se manifestaba anteriormente los incumplimientos de base predominantemente individual no suponen la ilegalidad de la huelga; en el segundo, porque se trata de un supuesto de limitación del ejercicio del derecho de huelga distinto, con un régimen jurídico diferente<sup>25</sup>.

De este modo, hay que acudir a la regulación genérica del despido disciplinario del artículo 54 ET<sup>26</sup>. Situados en este marco el problema se plantea más que en la

---

<sup>24</sup> L. E. DE LA VILLA, «Servicios mínimos en ...», *op. cit.*, pp. 449-450, denuncia la desigualdad de trato en materia disciplinaria que los empresarios practican en función de la fuerza efectiva de los sindicatos convocantes, habiendo dado entrada de esta forma y por la puerta de atrás a la autorregulación sindical.

En Italia, tras la reforma de la Ley 146/90 por parte de la Ley 83/2000 —art. 13. i), *in fine*— el empresario no tiene plena libertad para sancionar o no a los trabajadores infractores, debiendo respetar las indicaciones que a tal efecto le efectúe la Comisión de garantías. Se configura de este modo un poder disciplinario dotado de un régimen singular, que algunos autores no consideran tal sino el ejercicio por parte del empresario de una función pública. Sobre el particular, antes y después de la reforma, *vid.*, A. PILATI, «Il potere disciplinare nella legge sullo sciopero nei servizi essenziali», en *Argomenti di Diritto del Lavoro*, 1998, núm. 3, pp. 815 ss y P. PASCUCCI, «Le sanzioni», *op. cit.*, pp. 95 ss y 102 ss.

<sup>25</sup> La entrada en vigor del Estatuto de los Trabajadores desató una fuerte polémica doctrinal y jurisprudencial sobre la vigencia o derogación de las causas de despido de los apartados j y k del artículo 33 DLRT, saldada con la consideración del ejercicio irregular del derecho de huelga, al que de ordinario y de manera omnicomprensiva se denomina participación activa en huelga ilegal, como un incumplimiento contractual específico, si bien sometido a los criterios generales del artículo 54 ET sobre culpabilidad y gravedad de la conducta del trabajador. En este sentido, A. BAYLOS GRAU, «Sobre los despidos ...», *op. cit.*, pp. 222 ss.

Una reproducción de esta polémica doctrinal y jurisprudencial puede consultarse en R. MARTÍNEZ EMPERADOR, «La participación en ...», *op. cit.*, pp.337-347. Este autor, tras restar importancia a la polémica, se decanta por la derogación del art. 33 DLRT. Por cierto, la discusión no dejaba de tener importancia, al menos teórica, ya que de sostenerse la vigencia del artículo 33, podría haberse mantenido que el mero incumplimiento de los servicios de seguridad y mantenimiento *ex art. 6.7* posibilitaría el despido disciplinario, sin necesidad de apreciar otras circunstancias; incluso, podría haber dado lugar a una aplicación analógica del citado precepto a los supuestos de incumplimiento de los servicios mínimos *ex art. 10.2*, con idénticas consecuencias.

<sup>26</sup> Sobre el despido disciplinario, en general, M. ALONSO OLEA, *El despido*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958; I. ALBIOL MONTESINOS, *El despido disciplinario y otras sanciones en la empresa*, Deusto, Bilbao, 1990; AA.VV., *Estudios sobre el despido disciplinario*, ACARL, Madrid, 1992; AA.VV., *El despido. Comentarios a las Leyes Laborales. La reforma del*

incardinación del incumplimiento de los servicios mínimos en alguna de las causas justificativas del artículo 54.2 en la verificación de que en dicho incumplimiento se dan las notas esenciales del incumplimiento punible —art. 54.1—. Efectivamente, varias de las causas del artículo 54.2 pueden servir para encauzar el despido disciplinario por el incumplimiento analizado. Así: «las faltas repetidas e injustificadas de asistencia o puntualidad al trabajo» {54. 2. a)}<sup>27</sup>; «la indisciplina o desobediencia en el trabajo» {54. 2. b)}<sup>28</sup>; y «la transgresión de la buena fe contractual» {54. 2. d)}<sup>29</sup>.

Tal y como pone de manifiesto la doctrina<sup>30</sup> las notas esenciales del incumplimiento punible son tres: carácter contractual, gravedad y culpabilidad. De lo que se trata a continuación es de constatar en qué condiciones el incumplimiento de los servicios mínimos reúne estas tres notas, pudiendo, por tanto, dar lugar a despido disciplinario.

En primer lugar, el incumplimiento tiene que ser contractual, es decir, «{...} de las obligaciones estrictamente derivadas del contrato de trabajo, o en una perspectiva distinta, encuadradas en él»<sup>31</sup>. Parece claro que el trabajador que se niegue a cumplir los servicios mínimos, siempre que éstos estén adecuadamente dictados y que la orden empresarial sea formal y materialmente correcta, incumple su deber de obediencia, *ex* artículos 5. c) y 20. 2 ET, que es uno de los deberes fundamentales que dimanen de la relación laboral. E incumple, por encima de todo, su deber básico, la prestación de trabajo. Téngase en cuenta que el trabajador correctamente designado para cubrir

---

*Estatuto de los Trabajadores*, Edersa, Madrid, 1994; AA.VV., *El régimen del despido tras la reforma laboral*, Ibidem, Albacete, 1995; AA. VV., *Estudios sobre el despido. Homenaje al Profesor Alfredo Montoya Melgar en sus veinticinco años de Catedrático de Derecho del Trabajo*, Public. Univ. Complutense, Madrid, 1996; R. AGUILERA IZQUIERDO, *Las causas del despido disciplinario y su valoración por la jurisprudencia*, Aranzadi, Pamplona, 1997; y J. GÁRATE CASTRO (coord.), *Cuestiones actuales sobre el despido disciplinario*, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 1997. Asimismo, las ponencias y comunicaciones presentadas al *VIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, celebrado en Albacete los días 23 y 24 de mayo de 1997 (en curso de publicación).

<sup>27</sup> Este es el caso de la STS (6ª), 28-11-88, Ar. 8898.

<sup>28</sup> Es el caso de la STSJ de Cataluña, sala de lo social, 5-2-96, As. 402. R. AGUILERA IZQUIERDO, *Las causas del ...*, op. cit., pp. 178 ss., se ocupa de los despidos por participación activa en conflicto ilegal al hilo del despido disciplinario por indisciplina o desobediencia. Igualmente, F. FERRANDO GARCÍA, *Los efectos de ...*, op. cit., pp. 331-332.

<sup>29</sup> STS (4ª), 18-7-90, Ar. 6422.

<sup>30</sup> Por todos, F. RODRÍGUEZ-SAÑUDO, «El régimen jurídico del despido individual: causalidad y forma del despido», ponencia presentada al *VIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, celebrado en Albacete los días 23 y 24 de mayo de 1997 (en curso de publicación), p. 33 (ejemplar fotocopiado).



servicios mínimos no puede ejercer el derecho de huelga, esto es, no puede suspender el cumplimiento de la prestación de trabajo *ex* artículo 45. 1. l) ET. En consecuencia, quedaría cubierta la primera nota esencial. El incumplimiento debe consistir precisamente en la negativa a prestar los servicios mínimos y no en una actividad de información o propaganda contra los mismos, que de ser un incumplimiento contractual —tendrían que analizarse la circunstancias del caso concreto— caería dentro del vasto ámbito de la participación activa en huelga ilegal, que ahora no interesa<sup>32</sup>.

En segundo lugar, el incumplimiento debe reunir las notas de gravedad y culpabilidad, que en general, y también en este caso particular, presentan mayor complejidad y pueden ser tratadas conjuntamente. La primera e importante cuestión que se plantea es la siguiente: ¿supone la negativa a prestar los servicios mínimos en todo caso un incumplimiento contractual grave y culpable? Una contestación afirmativa supondría la posibilidad de aplicar automáticamente el despido disciplinario siempre que se produjese la citada negativa<sup>33</sup>.

No es ésta, sin embargo, la solución correcta a la interrogante planteada, por varias razones: primera, porque dejaría sin sentido la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo en orden a la necesidad de considerar individualizadamente cada caso, atendiendo al factor humano<sup>34</sup>. Segunda, porque desconocería la relevancia que en esta

---

<sup>31</sup> *Ibidem*.

<sup>32</sup> Éste fue el caso analizado por la STS (4ª), 18-7-90, Ar. 6422, que entendió la falta de gravedad de la conducta meramente informativa realizada.

<sup>33</sup> Ésta es la solución adoptada por E. GONZÁLEZ BIEDMA, *Derecho de huelga ...*, op. cit., pp. 137-138, para los incumplimientos de servicios de seguridad y mantenimiento *ex* art. 6.7, si bien hay que tener en cuenta la presencia en el DLRT de un precepto específico, el artículo 16.2, que permite al autor extraer esta solución automática. En igual sentido, A. OJEDA AVILÉS, *Derecho Sindical*, op. cit., p. 533. Entienden aplicable esta misma solución automática al incumplimiento de los servicios mínimos *ex* artículo 10.2 DLRT, I. ALBIOL MONTESINOS y T. SALA FRANCO, «El mantenimiento de ...», op. cit., pp. 1313-1314.

En el PLOH no había ninguna duda de la necesidad de considerar individualizadamente la concurrencia o no de culpabilidad y gravedad. Así, el artículo 24.2 establecía: «{...} los que incumplan de forma grave y culpable las obligaciones derivadas de la realización de los servicios de mantenimiento o de los servicios mínimos establecidos para garantizar los servicios esenciales de la comunidad, así como aquéllos que organicen o fomenten estas últimas conductas, podrán ser objeto, en proporción a la gravedad de las consecuencias de la infracción, de cualquiera de las sanciones previstas en el Estatuto de los Trabajadores y en el régimen disciplinario de los funcionarios». Contrasta este precepto con el artículo 34. c) del inicial proyecto socialista que consideraba automáticamente incumplimiento contractual grave y culpable el mero incumplimiento de los servicios mínimos.

<sup>34</sup> Entre otras muchas, la STS (4ª), 2-4-92, Ar. 2590, que literalmente entiende: «Las infracciones que tipifica el artículo 54.2 del Estatuto de los Trabajadores, para erigirse en causa que justifiquen

materia asume la influencia que en el incumplimiento haya podido tener el sujeto colectivo. Tercera, porque alguna sentencia del Tribunal Supremo<sup>35</sup> se ha planteado el problema y ha acudido a la doctrina de la participación activa, sin proceder, por tanto, a una aplicación automática de la sanción disciplinaria.

Rechazada la aplicación automática del despido disciplinario, el establecimiento de reglas teóricas en materia de gravedad y culpabilidad se ve dificultado por la necesidad de consideración individualizada de cada caso y por el carácter de concepto jurídico indeterminado de ambas exigencias. No obstante, cabe apuntar algunas ideas que pudieran ser de utilidad en el proceso de interpretación y aplicación judicial del Derecho.

Una primera y fundamental idea la proporciona la influencia que sobre el incumplimiento haya podido tener la actuación del sujeto colectivo convocante y del comité de huelga. Si ésta hubiera sido decisiva, más allá de lo meramente informativo o propagandístico, entonces existiría una circunstancia favorable a la inexistencia de gravedad y culpabilidad en el incumplimiento de los trabajadores designados<sup>36</sup>. En este caso, interesa más el incumplimiento de la exigencia de mantenimiento de los servicios esenciales como requisito funcional que la transgresión de los servicios mínimos como límite subjetivo del derecho de huelga, pues este último trae ineludiblemente causa del anterior.

---

sanción de despido han de alcanzar cotas de culpabilidad y gravedad suficiente, lo que excluye su aplicación bajo meros criterios objetivos exigiéndose, por el contrario, análisis individualizados de cada conducta, tomando en consideración las circunstancias que configuran el hecho, así como las de su autor, pues sólo desde tal perspectiva cabe apreciar la proporcionalidad de la sanción, ya que tales infracciones, las que tipifica el mencionado artículo 54.2, si bien manifiestan incumplimiento contractual, no denotan, abstractamente consideradas, la conjunta concurrencia de culpabilidad y gravedad suficiente. La teoría gradualista que ha consagrado añeja y consolidada jurisprudencia, tiene su fundamento, precisamente, en las expuestas consideraciones {...}» (F. J. 2).

<sup>35</sup> Se trata de la STS (6ª), 28-11-88, Ar. 8898. También, aunque en un supuesto de publicidad contraria a los servicios mínimos, la STS (4ª), 18-7-90, Ar. 6422. En igual sentido, pero en materia de incumplimiento de servicios de seguridad y mantenimiento, la STS, sala de lo social, 30-11-82, Ar. 6911.

<sup>36</sup> En apoyo de esta tesis hay que tener en cuenta que la STSJ de Madrid, 17-3-94, As. 1165 y la sentencia 141/89, del Juzgado de lo social nº 5 de Madrid —comentada por J. L. GIL GIL, «Ilegalidad e incumplimiento ...», op. cit.— no enjuician el incumplimiento de los servicios mínimos por parte de los trabajadores designados, a los que el empresario no sancionó, sino el de un miembro del comité de empresa, en la primera sentencia, y el de los miembros del comité de huelga, en la segunda, que les habían impuesto el citado incumplimiento.

Incluso, podría haber sido el caso analizado por la STC 123/90, ya que el empresario no sancionó con el despido sino con la suspensión de empleo y sueldo, como consecuencia de un incumplimiento de los servicios mínimos impuesto por el sindicato convocante.

Si, por el contrario, el incumplimiento tuviera una base predominantemente individual, esta circunstancia actuaría a favor de la existencia de gravedad y culpabilidad. Existiría, en este supuesto, exclusivamente una vulneración de los servicios mínimos como límite subjetivo del derecho de huelga.

En el supuesto, por último, de incumplimiento acordado colectivamente por parte de los trabajadores designados, las notas de gravedad y culpabilidad podrían predicarse de aquellos que hubieran asumido un «cierto grado de protagonismo personal tipificado» y no de los demás<sup>37</sup>.

En todo caso, conviene aclarar que de la misma forma que no resulta aplicable automáticamente el despido disciplinario en caso de incumplimiento de los servicios mínimos, tampoco las circunstancias anteriormente señaladas actúan de forma automática. Es decir, se trata de elementos que juegan a favor o en contra de la existencia de gravedad y culpabilidad, pero que *per se* no son suficientes para determinar la concurrencia o la exclusión de esas notas esenciales del incumplimiento punible. Ésta es una materia, en definitiva, esencialmente casuística.

En cuanto a la responsabilidad disciplinaria de los funcionarios públicos, sí que hay una previsión específica sobre el incumplimiento de los servicios mínimos, en el artículo 31. 1. 1) de la Ley 30/84, de medidas para la reforma de la función pública y en el artículo 6. 1. 1) del RD 33/86, de régimen disciplinario de los funcionarios de la Administración del Estado<sup>38</sup>. Previsión específica de la infracción acorde con los principios de legalidad y tipicidad que definen el Derecho Administrativo Sancionador<sup>39</sup>. A pesar de la tipificación de la infracción lo cierto es que no se está haciendo uso de la misma, o si se está

---

<sup>37</sup> En la STS, sala de lo social, 30-11-82, Ar. 6911, a propósito de los servicios de seguridad y mantenimiento *ex art. 6.7 DLRT*, adquiere relevancia el hecho de que el incumplimiento se hubiese adoptado colectivamente, sin que pudiera apreciarse protagonismo alguno en el recurrente despedido.

<sup>38</sup> Ambos preceptos consideran falta muy grave: «El incumplimiento de la obligación de atender los servicios esenciales en caso de huelga».

<sup>39</sup> Cfr., E. BARRACHINA JUAN, *La Función Pública ... op. cit.*, pp. 78 ss.; M. SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho de la Función Pública*, Tecnos, Madrid, 1996, pp. 265 ss.; y B. MARINA JALVO, *El régimen disciplinario de los funcionarios públicos*, Lex Nova, Valladolid, 1999, pp. 113 ss.

En toda esta materia resulta ineludible la obra de A. NIETO, *Derecho administrativo sancionador*, Tecnos, Madrid, 1994.

haciendo uso ni la doctrina ni la jurisprudencia dan cuenta del mismo<sup>40</sup>.

Al ser la infracción de carácter muy grave cabrán, según el artículo 91 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, las siguientes sanciones: separación del servicio, suspensión de funciones y traslado con cambio de residencia. Por lo que a la separación del servicio se refiere, que salvando las distancias equivale al despido disciplinario de los trabajadores, hay que decir que no puede imponerse automáticamente por el mero incumplimiento de los servicios mínimos, sino que, al igual que se decía respecto del despido disciplinario, habrá de estudiarse cada caso detenidamente y aplicar los principios de culpabilidad y proporcionalidad<sup>41</sup>. En este sentido, las consideraciones que páginas atrás se hicieron en relación con las notas de culpabilidad y gravedad son aquí perfectamente trasladables.

Al margen de la responsabilidad disciplinaria, los trabajadores y funcionarios que hubiesen incumplido los servicios mínimos podrían teóricamente incurrir en responsabilidad civil<sup>42</sup>, penal<sup>43</sup> y administrativa<sup>44</sup>, conforme a lo dispuesto en la

---

<sup>40</sup> No se ha encontrado ninguna sentencia que diese cuenta de la aplicación del artículo 31. 1. l) de la Ley 30/84. Del mismo modo, ninguno de los autores que se han ocupado del régimen disciplinario de los funcionarios aporta ejemplos de aplicación del citado precepto.

<sup>41</sup> De la aplicación de estos principios al régimen disciplinario de los funcionarios públicos se han ocupado, entre otros muchos, E. BARRACHINA JUAN, *La Función Pública ...*, op. cit., pp. 83 ss.; B. MARINA JALVO, *El régimen disciplinario ...*, op. cit., pp. 219 ss.; y A. PALOMAR OLMEDA, *Derecho de la Función Pública. Régimen jurídico de los funcionarios públicos*, Dykinson, Madrid, 2000, pp. 499 ss.

<sup>42</sup> Sobre la responsabilidad civil de los trabajadores, véase, J. L. GOÑI SEIN, «La responsabilidad civil del sindicato por huelga» en *REDT*, 1990, núm. 43, pp. 415 ss.; el mismo autor en «Límites al resarcimiento de daños causados por huelga», en *La Ley*, 1991, núm. 2; M. SAMPEDRO CORRAL, «Las consecuencias jurídicas de la huelga: sus efectos y la responsabilidad derivada de su ejercicio», en AA.VV., *Estudios sobre la huelga*, ACARL, Madrid, 1992, pp. 130 ss.; R. ROQUETA BUJ, «Las consecuencias jurídicas de la huelga: las responsabilidades derivadas de su ejercicio», en AA.VV., *Ley de huelga*, ISE, Madrid, 1993, pp. 179-183.; y J. M. GOERLICH PESET, *Los efectos de ...*, op. cit., pp. 68 ss. En todo caso, téngase en cuenta que estos autores se ocupan fundamentalmente del resarcimiento de daños causados a los empresarios, mientras el incumplimiento de los servicios mínimos produce más daños a los usuarios que a los empresarios, lo que sin duda dificulta adicionalmente la depuración de responsabilidad civil: no se sabe muy bien si los usuarios deberían dirigirse contra los trabajadores y sus representantes o contra el empresario y que posteriormente éste se dirigiese contra los anteriores.

En cuanto a los funcionarios públicos, cfr., E. BARRACHINA JUAN, *la Función Pública ...*, op. cit., pp. 169 ss.; A. MARTÍNEZ MARÍN, *Régimen jurídico de los funcionarios*, Tecnos, Madrid, 1999, pp. 107 ss.; y A. PALOMAR OLMEDA, *Derecho de la ...*, op. cit., pp. 440 ss.

<sup>43</sup> Sobre la responsabilidad penal *ex* artículo 409 CP en la que podrían incurrir los funcionarios públicos que hubiesen incumplido los servicios mínimos, siempre que se diesen determinadas circunstancias especialmente complejas, puede verse, S. TORRENTE GARI, *El ejercicio del ...*, op. cit., pp. 87-90 y A. BAYLOS GRAU y J. TERRADILLOS, *Derecho penal del ...*, op. cit., pp. 161 ss.

normativa correspondiente, pues la que regula el derecho de huelga silencia este tema. Desde luego, no bastaría el mero incumplimiento, debiendo darse otras circunstancias en las que no se va a entrar. En todo caso, la depuración de estas otras responsabilidades es más teórica que real, lo que justifica este parco tratamiento.

*De lege ferenda*, habría que conceder especial importancia a la responsabilidad administrativa, hoy día inexistente, tipificando una serie de infracciones relacionadas con el incumplimiento de los servicios mínimos y en general con el incumplimiento de la exigencia de mantenimiento de los servicios esenciales. En el incumplimiento citado podrían incurrir no sólo los trabajadores y sus representantes sino también los empresarios públicos y privados, como de hecho sucede en Italia<sup>45</sup>. La responsabilidad administrativa consistiría en sanciones pecuniarias proporcionales a la gravedad de las infracciones y, en todo caso, incompatibles con las sanciones disciplinarias por los mismos hechos<sup>46</sup>. En el diseño de esta responsabilidad administrativa pecuniaria, seguramente más eficaz que la pocas veces aplicada responsabilidad disciplinaria, sería de mucha utilidad la experiencia al respecto de la Ley italiana 146/90<sup>47</sup>.

---

<sup>44</sup> En el caso de la responsabilidad administrativa se estaría a lo dispuesto en la Ley Orgánica 1/92 de Seguridad Ciudadana, bien entendido que el mero incumplimiento de los servicios mínimos no es suficiente para provocar las infracciones tipificadas por dicha Ley. Vid. R. ROQUETA BUJ, «Las consecuencias jurídicas ...», op. cit., pp. 184-185.

<sup>45</sup> En el sistema italiano al mantenimiento de los servicios esenciales contribuyen no sólo los trabajadores y sus representantes sino también las empresas que prestan el servicio esencial. Cada uno de los anteriores sujetos cumple un determinado papel y está sujeto a unas determinadas obligaciones, de cuyo incumplimiento deriva la responsabilidad regulada en el artículo 4 de la Ley 146/90 modificada por la Ley 83/2000. Sobre el cuadro sancionador se remite a los autores mencionados en la nota 6.

<sup>46</sup> Los artículos 23 y 24 del proyecto inicial del gobierno socialista se ocupaban de regular esta responsabilidad administrativa pecuniaria, si bien tras las negociaciones con los sindicatos quedaron fuera del PLOH. Sobre los citados preceptos, ciertamente polémicos, puede verse, J. VIDA SORIA, «Efectos laborales del ejercicio del derecho de huelga», en AA.VV., *Ley de huelga*, ISE, Madrid, 1993, pp. 144 ss.; I. ALBIOL MONTESINOS, «Efectos, responsabilidad y tutela del derecho de huelga», en AA.VV., *La ley de huelga*, ISE; Madrid, 1993 pp. 163 ss.; R. ROQUETA BUJ, «Las consecuencias jurídicas ...», op. cit., pp. 177-192; I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, *El proyecto de ...*, op. cit., pp. 97-100; y S. TORRENTE GARI, *El ejercicio del ...*, op. cit., pp. 405-406. En tono muy crítico, J. M. DEL VALLE, «El despido por huelga ilegal en el Proyecto de Ley Orgánica de Huelga de 1993», en *El derecho de huelga. Seminario Hispano-Alemán en honor de los Profesores Manuel Alonso Olea y Franz Gamillscheg*, editado por A. Montoya Melgar, *RFDUCM*, 1993, núm. monográfico 17, pp. 147-150.

<sup>47</sup> Los trabajadores individualmente considerados sólo incurrir en auténtica responsabilidad administrativa pecuniaria cuando haya mediado un acto de la correspondiente autoridad administrativa —*precezzazione* del artículo 8 Ley 146/90—. Cuando los servicios mínimos incumplidos hayan sido fijados siguiendo el procedimiento ordinario —negociación colectiva y valoración de la Comisión de garantías— sólo cabe responsabilidad disciplinaria. Ahora bien, en realidad la responsabilidad disciplinaria se traduce siempre en multas de las cuales no se beneficia el empresario sino el sistema de Seguridad Social, por lo que a la postre esta peculiar responsabilidad disciplinaria en la práctica actúa

### **2. a. 3. Efectos sobre los sujetos colectivos de representación de los trabajadores**

Los sujetos colectivos de representación de los trabajadores que hubiesen convocado la huelga, así como el comité de huelga, responderán en la medida en la que hubiesen tenido un comportamiento decisivo para el incumplimiento de los servicios mínimos. Comportamiento que desde luego no puede transgredir la limitación subjetiva que la técnica de los servicios mínimos es, pero sí, en cambio, la limitación funcional o procedimental que el mantenimiento de los servicios esenciales es en sí mismo.

En cuanto a la responsabilidad disciplinaria laboral, dejando al margen sanciones inferiores al despido<sup>48</sup>, los trabajadores integrantes del sujeto colectivo podrían ser objeto de despido disciplinario. Se trataría de un supuesto típico de participación activa en huelga ilegal. En huelga ilegal porque, como antes se ha dicho, los incumplimientos de servicios mínimos organizados colectivamente conllevan la ilegalidad de la huelga. Por otro lado, como se exige una participación activa sólo podrían ser objeto de despido disciplinario aquellos trabajadores integrantes del sujeto colectivo que se hubiesen significado en el comportamiento transgresor, esto es, en la organización del incumplimiento de los servicios mínimos<sup>49</sup>. De lo contrario, no procedería el despido

---

más o menos como la responsabilidad administrativa. Sobre el particular, vid., por todos, P. PASCUCCI, «Le sanzioni», op. cit., pp. 99-100 y A. VALLEBONA, «Le sanzioni», op. cit., pp. 114-115.

<sup>48</sup> La STSJ Madrid, sala de lo social, 24-6-93, As. 3179, convalida una sanción de suspensión de empleo y sueldo de un día a los representantes legales de los trabajadores que habían incitado el incumplimiento de los servicios mínimos, asumiendo la responsabilidad de los hechos, y sin mediar violencia o intimidación.

<sup>49</sup> Éste es el caso de la STSJ de Madrid, sala de lo social, 17-3-94, As. 1165, que declara procedente el despido de un miembro del comité de empresa que no solamente incumplió los servicios mínimos para los que había sido designado, sino que, sobre todo, se significó en la actividad intimidatoria desencadenante del incumplimiento general de los servicios mínimos, además de no haberse opuesto a la decisión de algunos miembros del comité de empresa contraria al cumplimiento de los citados servicios. También el de la sentencia 141/89, del juzgado de lo social nº 5 de Madrid — comentada por J. L. GIL GIL, «Ilegalidad e incumplimiento ...» op. cit.—, que declara la procedencia del despido por participación activa en huelga ilegal de aquellos miembros del comité de huelga que se habían significado en la imposición de un servicio mínimo distinto del de la autoridad gubernativa, con el consiguiente incumplimiento de este último por parte de los trabajadores designados al efecto, y la improcedencia del despido del resto de miembros del comité de huelga que no asumieron un papel protagonista.

disciplinario, sin perjuicio de otras sanciones inferiores. Esta posición fue asumida por el frustrado PLOH<sup>50</sup>.

Téngase en cuenta que es habitual trasladar la responsabilidad disciplinaria de los trabajadores infractores a los organizadores del conflicto, lo que es admisible en los supuestos de incumplimientos colectivamente organizados, pero no en los meramente individuales<sup>51</sup>. El traslado de responsabilidad en estos últimos pudiera suponer un comportamiento antisindical —art. 12 LOLS—<sup>52</sup>.

En cuanto a la responsabilidad disciplinaria de los funcionarios públicos integrantes de sujetos colectivos, resulta perfectamente aplicable todo lo dicho anteriormente. El comportamiento transgresor consistente en la organización del incumplimiento de los servicios mínimos encaja sin ningún problema en la infracción del artículo 31. 1. l) de la Ley 30/84, de medidas para la reforma de la función pública y en el artículo 6. 1. l) del RD 33/86, de régimen disciplinario de los funcionarios de la Administración del Estado<sup>53</sup>. La separación del servicio sólo procedería cuando el comportamiento transgresor hubiera sido especialmente intenso y determinante del incumplimiento y, además, sólo respecto de aquellos funcionarios que hubiesen adquirido un especial protagonismo. De lo contrario se vulneraría el principio de proporcionalidad que rige esta materia.

---

<sup>50</sup> Establecía el artículo 24.2: «{...} los que incumplan de forma grave y culpable las obligaciones derivadas de la realización de los servicios de mantenimiento o de los servicios mínimos establecidos para garantizar los servicios esenciales de la comunidad, *así como aquéllos que organicen o fomenten estas últimas conductas*, podrán ser objeto, en proporción a la gravedad de las consecuencias de la infracción, de cualquiera de las sanciones previstas en el Estatuto de los Trabajadores y en el régimen disciplinario de los funcionarios» (mías las cursivas). Este precepto fue comentado por J. VIDA SORIA, «Efectos laborales del ...», op. cit., pp. 144 ss.; I. ALBIOL MONTESINOS, «Efectos, responsabilidad y ...», op. cit., pp. 163 ss.; y S. TORRENTE GARI, *El ejercicio del ...*, op. cit., pp. 405-406. En tono muy crítico, J. M. DEL VALLE, «El despido por ...», op. cit., pp. 147-150.

<sup>51</sup> A. BAYLOS GRAU, «La regulación del derecho de huelga en los servicios ...», op. cit., p. 20, manifiesta la inexistencia en España de un cuadro sancionador en el aspecto colectivo, al margen del inaplicable artículo 5 LOLS, lo que conlleva el recurso a la exigencia de responsabilidades individuales a los dirigentes sindicales *lato sensu*.

<sup>52</sup> Sobre los comportamientos antisindicales en general, véase, W. SANGUINETI RAYMOND, *Lesión de la libertad sindical y comportamientos antisindicales. Estudio de la estructura y el contenido del juicio de antisindicalidad*, MTSS, Madrid, 1993 y Y. VALDEOLIVAS GARCÍA, *Las conductas lesivas de la libertad sindical*, CES, Madrid, 1994.

<sup>53</sup> Ambos preceptos consideran falta muy grave: «El incumplimiento de la obligación de atender los servicios esenciales en caso de huelga». Téngase en cuenta que la obligación de atender los servicios esenciales incluiría tanto la obligación de colaboración de los sujetos colectivos como la de los concretos funcionarios designados para cubrir los servicios mínimos.

Si compleja es la depuración de responsabilidades de naturaleza civil, penal y administrativa para los trabajadores o funcionarios que hubiesen incumplido los servicios mínimos, todavía lo es más para los sujetos colectivos que hubiesen organizado el incumplimiento. Así, no es lo mismo que el sujeto colectivo tenga personalidad jurídica —v. gr. los sindicatos— a que no la tenga: en el primer caso responderá el sujeto colectivo y en el segundo serán sus integrantes individualmente considerados los responsables<sup>54</sup>.

*De lege ferenda*, habrá que apostar por la responsabilidad administrativa articulada a través de sanciones pecuniarias. También aquí la experiencia italiana resulta de especial interés<sup>55</sup>.

## 2. b. Efectos sobre los poderes del empresario

El incumplimiento de los servicios mínimos despierta los anestesiados poderes empresariales de contratación y dirección<sup>56</sup>. Dependiendo de la influencia que el incumplimiento de los servicios mínimos tenga en la legalidad o ilegalidad de la huelga los poderes empresariales podrán proyectarse sobre la totalidad de los trabajadores de la empresa o exclusivamente sobre los trabajadores infractores. Si la huelga fuese ilegal no hay la menor duda de que el empresario podrá sustituir a los trabajadores que estime conveniente, recurriendo al poder de contratación, al de dirección o a ambos<sup>57</sup>. Cuestión distinta es que no resulte nada fácil sustituir los puestos de una cierta cualificación. Si, por el contrario, el incumplimiento de los servicios mínimos no comportara la ilegalidad de la huelga

---

<sup>54</sup> Se remite a las obras citadas en las notas 42, 43 y 44. Cfr., igualmente, A. BAYLOS GRAU y B. VALDÉS DE LA VEGA, «El abuso en ...», op. cit., pp. 77-93; M. PÉREZ PÉREZ, *Responsabilidad patrimonial del sindicato y acción sindical*, Colex, Madrid, 1999 y M. D. GONZÁLEZ MOLINA, *la responsabilidad civil de los sindicatos derivada del ejercicio de acciones colectivas*, Tirant lo blanch, Valencia, 2000.

El artículo 32 del proyecto de ley de huelga del gobierno socialista contenía algunas matizaciones a la regulación ordinaria de la responsabilidad civil; especialmente, la competencia de la jurisdicción social y la imposibilidad de exigir indemnizaciones simultáneamente y por los mismos hechos a los sujetos colectivos y a los trabajadores individualmente considerados. Este precepto no fue acogido por el PLOH. Comenta el citado precepto, R. ROQUETA BUJ, «Las consecuencias jurídicas ...», op. cit., pp. 187-189.

<sup>55</sup> La peculiar responsabilidad administrativa y sindical de los sujetos colectivos de representación de los trabajadores ha sido modificada por la Ley 83/2000 —arts. 4 y 8 Ley 146/90 modificada por Ley 83/2000—. Véase, por todos, P. PASCUCCI, «Le sanzioni», op. cit., pp. 110 ss. y A. VALLEBONA, «Le sanzioni», op. cit., pp. 115 ss.

<sup>56</sup> La STC 123/92, F. J. 5, confirma esta tesis.

<sup>57</sup> En este sentido, por todos, M. SANTANA GÓMEZ, *El régimen jurídico ...*, op. cit., pp. 187-189 y F. FERRANDO GARCÍA, *Los efectos de ...*, op. cit., pp. 291-292.



la sustitución sólo podrá afectar a los concretos infractores de los servicios mínimos. Se aplicaría aquí analógicamente el artículo 6.5 DLRT, que como se sabe autoriza la sustitución en caso de incumplimiento de los servicios de seguridad y mantenimiento<sup>58</sup>.

Por lo que al poder disciplinario se refiere recordar lo ya dicho en otro lugar en el sentido de que en el vigente sistema este poder no es objeto de ninguna previsión específica que obligue al empresario a ejercerlo en caso de incumplimiento<sup>59</sup>. Es el empresario quien en última instancia decide libremente si sancionar o no, por lo que en alguna medida la eficacia del sistema descansa en la voluntad empresarial, lo que no parece coherente con el conflicto de intereses que está detrás de la fórmula constitucional del artículo 28.2: intereses de los trabajadores e intereses de los terceros usuarios, que no tienen por qué coincidir con los intereses empresariales.

## **2. c. Efectos sobre el mantenimiento de los servicios esenciales: poderes de la autoridad gubernativa**

El incumplimiento de los servicios mínimos, esté o no organizado colectivamente, que tenga una cierta entidad seguramente afecte al mantenimiento de los servicios esenciales, esto es, al equilibrio de intereses constitucionales en conflicto. Esta afectación exigirá probablemente una nueva intervención de la autoridad gubernativa, siempre que la huelga tenga una larga duración. El contenido de esa nueva intervención, que habrá de respetar todos los requisitos ya estudiados, dependerá de las circunstancias que rodeen al incumplimiento. Lo normal es que la autoridad gubernativa se limite a confirmar los servicios mínimos dictados, o a retocarlos si fuese necesario, decretando la designación de nuevos trabajadores. Lógicamente esto sólo será posible cuando haya trabajadores huelguistas o no huelguistas suficientes. También puede designarse de nuevo a los trabajadores infractores, cuyo renovado incumplimiento será más fácil de sancionar.

---

<sup>58</sup> Así lo entiende la doctrina que se ocupado de la cuestión. Por todos, A. OJEDA AVILÉS, *Derecho Sindical*, op. cit., p. 530 y F. FERRANDO GARCÍA, *Los efectos de ...*, op. cit., pp. 292-293.

<sup>59</sup> Vid., *supra*, capítulo tercero, apartado C, epígrafe 3.

Si lo anterior no fuese posible, y el empresario no hubiese procedido *motu proprio* a la sustitución de los infractores con arreglo a lo que se ha dicho anteriormente<sup>60</sup>, la autoridad gubernativa podrá acudir a las distintas técnicas de sustitución que fueron estudiadas en otro lugar<sup>61</sup>.

También podrá acudir al arbitraje obligatorio del artículo 10.1 DLRT, pero para que esto tenga lugar no es suficiente con el incumplimiento de los servicios mínimos, siendo necesario que se den las circunstancias que configuran el supuesto de hecho del citado precepto<sup>62</sup>.

Finalmente, aquellos incumplimientos especialmente graves que coincidan con determinadas situaciones catastróficas, previa la declaración del estado de alarma, podrán conllevar el establecimiento de prestaciones personales obligatorias; no, en cambio, la militarización. En cuanto a las medidas a adoptar en los estados de excepción y de sitio, sean cuáles sean, estarán orientadas no a la satisfacción de los intereses de los usuarios sino a la pervivencia del propio Estado y de sus instituciones, pasando a un segundo plano el mantenimiento de los servicios esenciales<sup>63</sup>.

---

<sup>60</sup> No quedaba muy claro en el PLOH —art. 18.2 en relación con el 16— si el incumplimiento de los servicios mínimos autorizaba al empresario a sustituir a los trabajadores sin más, o si era necesaria autorización de la autoridad gubernativa. En el proyecto inicial —art. 22.2— la sustitución podía sin ninguna duda ser decidida automáticamente por el empresario.

<sup>61</sup> Las distintas técnicas de sustitución han sido estudiadas en el capítulo tercero, apartado A, epígrafe 2. b. 3.

El artículo 16 del PLOH establecía lo siguiente: «Si se mantuviese el incumplimiento {de los servicios mínimos}, la propia Autoridad con la finalidad de evitar daños irreparables, podrá disponer la utilización de otros medios sustitutivos para la efectiva prestación de los servicios correspondientes». El carácter subsidiario de este poder de la autoridad gubernativa resultaba patente. Lo que ya no estaba tan claro es, de una parte, si era necesario que en caso de incumplimiento de los servicios mínimos normalmente dictados la autoridad gubernativa procediera a dictar nuevos servicios mínimos antes de hacer uso de esta potestad fuerte, y, de otra, el tipo de medidas sustitutorias a adoptar. Para S. TORRENTE GARI, *El ejercicio del ...*, op. cit., p. 397, las cautelas con las que el artículo 16 PLOH rodeaba los poderes de sustitución de la autoridad gubernativa suponen la aplicación a esta materia del principio de proporcionalidad.

<sup>62</sup> El arbitraje obligatorio ha sido estudiado en el capítulo tercero, apartado A, epígrafe 2. b. 2, al que se remite.

<sup>63</sup> Las medidas en el marco de los estados excepcionales han sido estudiadas en el capítulo tercero, apartado A, epígrafe 2. b. 4.

## **E. FIJACIÓN DE SERVICIOS MÍNIMOS Y CONTROL JUDICIAL**

El Estado español es un Estado de Derecho —art. 1.1 CE— en el que, entre otros, resulta reconocido el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva —art. 24.1 CE—. Coherentemente cualquier actividad de la Administración española se encuentra sometida al Derecho —arts. 9.1 y 103.1 CE— y sujeta al control judicial —art. 106.1 CE—.

La fijación de servicios mínimos es en el vigente sistema una actividad administrativa, lógicamente sometida al Derecho y lógicamente sujeta al control judicial<sup>1</sup>. De los requisitos que aseguran el sometimiento al Derecho se ha hablado ya en extenso. Toca ahora ocuparse del control judicial.

Como se comprenderá el control judicial de esta materia no se detiene en la actividad puramente administrativa sino que abarca igualmente al complemento técnico y funcional, así como a la repercusión que los servicios mínimos tengan en la relación de servicios de los trabajadores y funcionarios afectados. Cuestión distinta es que el conocimiento de estas cuestiones no repose en el mismo orden jurisdiccional. Esta última circunstancia obliga a tratar por separado el control judicial del acto administrativo, encomendado a la jurisdicción contencioso-administrativa, y el control del complemento técnico y funcional y de la repercusión en la relación de servicios, propio de la jurisdicción social<sup>2</sup>.

### **1. CONTROL JUDICIAL DEL ACTO ADMINISTRATIVO DE FIJACIÓN DE SERVICIOS MÍNIMOS**

No se pretende aquí abordar el entero régimen procesal del mantenimiento de los servicios esenciales en general y del establecimiento de servicios mínimos en particular.

---

<sup>1</sup> La STC 11/81, cuando convalida y reinterpreta el artículo 10.2 DLRT, insiste en la «{...}posibilidad de entablar contra las decisiones {de la autoridad gubernativa} la acción de tutela jurisdiccional de derechos y libertades públicas y el recurso de amparo ante este Tribunal» (F. J. 18). Del mismo modo, la STC 148/93 establece: «Este control judicial es, pues, una garantía que forma parte del ejercicio del derecho de huelga e incluye la previsión de vías jurisdiccionales adecuadas que permitan preservar el derecho de huelga frente a eventuales extralimitaciones y excesos en la fijación de los servicios mínimos» (F. J. 4, que recoge la doctrina sentada por la STC 123/90, F. J. 4).

<sup>2</sup> Vid., STS (4ª), unificación de doctrina, 12-3-97, Ar. 2892, F. J. 4.

De manera más modesta sólo son objeto de atención aquellas cuestiones que han suscitado mayor problemática: la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa, la suspensión cautelar, la inversión del *onus probandi* y los efectos del control judicial.

### **1. a. Competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa**

La intervención de la Administración en materia laboral y en materia de seguridad social provoca un confuso sistema de distribución de funciones jurisdiccionales entre el orden contencioso-administrativo y el social que pese a las críticas de que ha sido objeto pervive tras las últimas reformas —Leyes 29/98 y 50/98—<sup>3</sup>.

Como fácilmente puede imaginarse el establecimiento de servicios mínimos es una de las materias que se presta a la citada confusión, ya que de un lado se trata de una actuación de la Administración Pública sujeta al Derecho Administrativo —art. 9.4 LOPJ—, lo que remite a la jurisdicción contencioso-administrativa, y de otro de una materia propia de la rama social del Derecho —art. 9.5 LOPJ—, lo que permite pensar en la competencia del orden social.

Cuando se produce esta confusión hay que acudir al artículo 3.1.c) LPL<sup>4</sup>, que proclama la incompetencia del orden social, quedando expedita la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa. En coherencia con lo que se acaba de decir la impugnación de los servicios mínimos se ha canalizado desde inicios de los ochenta a

---

<sup>3</sup> Sobre este particular, véase, por todos, A. DESDENTADO BONETE, «La nueva jurisdicción contencioso-administrativa y el orden social ¿una reforma frustrada?», en AA. VV., *Competencias del orden social tras la ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa*, CGPJ, Madrid, 1999, pp. 19-50; J. MERCADER UGUINA, *La delimitación de competencias entre el orden contencioso-administrativo y el orden social*, Tirant lo blanch, Valencia, 1996; del mismo autor, «La delimitación de competencias entre el orden social de la jurisdicción y el orden contencioso-administrativo tras la nueva LJCA», en AA. VV., *Competencias del orden social tras la ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa*, CGPJ, Madrid, 1999, pp. 337-413; y G. B. OLMEDA FREIRE, *La problemática delimitación ...*, op. cit.

<sup>4</sup> Dice literalmente: «No conocerán los Órganos Jurisdiccionales del Orden Social: De las pretensiones que versen sobre la impugnación de las disposiciones generales y actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo en materia laboral, salvo los que se expresan en el apartado siguiente».

través de la jurisdicción contencioso-administrativa<sup>5</sup> y las pocas veces que la impugnación se ha dirigido a la jurisdicción social ésta se ha declarado incompetente, amparándose en el citado artículo 3.1.c) LPL<sup>6</sup>.

Sin embargo, la STSJ Cantabria, sala de lo social, de 13 de octubre de 1992, As. 4759, se aparta del anterior criterio y atribuye competencia a la jurisdicción contencioso-administrativa en base al carácter objetivamente administrativo del mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad<sup>7</sup>. Para esta sentencia no se trata de una materia laboral intervenida por la Administración, sino simple y llanamente de una materia administrativa. Criterio éste que ha sido avalado por el ATS, sala de conflictos de competencia, de 28 de marzo de 1994, Ar. 10579, para el que «{...}los destinatarios de

---

<sup>5</sup> Desde la famosa SAN de 6 de junio de 1980 y las SSTs de 1980, tantas veces mencionadas, hasta nuestros días.

<sup>6</sup> Es el caso, entre otras, de las siguientes sentencias del orden social: STSJ Madrid, 15-6-93, As. 3152, F. J. 3; STSJ Cataluña, 1-6-95, As. 2363, F. J. 3; STSJ Madrid, 21-6-96, As. 2528, F. J. único; STSJ Canarias (Las Palmas), 11-8-97, As. 3111, FF. JJ. 1 y 2.

Alguna sentencia del orden social ha entrado erróneamente a enjuiciar la impugnación de los servicios mínimos. Es el caso de la STCT 2-1-87, Ar. 6, F. J. 1 y de la STSJ Galicia, sala de lo social, 27-8-92, As. 4116, aunque es probable que esta última en realidad analice el complemento técnico, si bien su texto es tan parco e imperfecto que no permite saber con exactitud qué es lo que se está fiscalizando.

En alguna ocasión los tribunales de lo social se han considerado competentes para enjuiciar no ya la posible anulación del acto administrativo de fijación de servicios mínimos sino la posible vulneración del derecho de huelga por parte del mismo, como si de dos cosas diferentes se tratara. Así, STSJ de Galicia, sala de lo social, 3-3-94, As. 896 y STS (4ª), 11-7-94, Ar. 6545. Tajantemente la STS (4ª), unificación de doctrina, 12-3-97, Ar. 1165, ha rechazado la competencia del orden social en cuanto a la valoración de la posible vulneración del derecho de huelga por parte de la autoridad gubernativa, aunque no se solicite la anulación del acto administrativo.

<sup>7</sup> Literalmente establece: «{...} si la huelga se produce en empresas encargadas de la prestación de servicios públicos, el interés afectado excede del de los interlocutores sociales porque afecta el general de los usuarios {...}, y entonces su intervención en la controversia sobre los servicios mínimos que hayan de prestarse durante la huelga tiende a la tutela de aquella finalidad y no se efectúa a través de la autoridad laboral, sino de la gubernativa, actuante como verdadera Administración Pública en la misión que le es propia, mediante decisiones revisables judicialmente como corresponde a tal carácter administrativo, no obstante su incidencia sobre un derecho de carácter laboral, como lo es de huelga. De la misma manera que la expropiación forzosa, por ejemplo, es materia administrativa y no civil, pese a afectar a un derecho de esta naturaleza {...}. La actuación gubernativa no tiene, entonces, significación laboral por razón de la materia sobre la que predominantemente opera, aunque resulte limitativa de un derecho de tal naturaleza, sino que se desenvuelve en el ámbito estrictamente administrativo {...}. Esta sala se considera en el caso de puntualizar su adscripción al verdadero criterio delimitador de los ámbitos jurisdiccionales contencioso-administrativo y social deducible de los apartados. 4 y 5 del art. p de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que no puede ser sino el de carácter objetivo o por razón de la materia {...}, con abstracción del criterio subjetivo con el que atendería al carácter del órgano (administrativo) frente a cuya resolución se acciona, así como del formal con el que predominaría el procedimiento (administrativo) seguido para llegar a la decisión impugnada en vía jurisdiccional» (FF. JJ. 2, 3 y 4).

la resolución impugnada, no son los trabajadores en huelga, sino los usuarios del servicio público {...} esta actividad es estrictamente administrativa, nunca laboral» (F. J. 4)<sup>8</sup>.

La polémica, por tanto, no se centra en la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa, sino en el criterio que sustenta dicha competencia, que para la jurisprudencia cuantitativamente mayoritaria es el subjetivo de la intervención de la Administración en materia laboral, mientras para la jurisprudencia cualitativamente más importante es el objetivo de la naturaleza administrativa del mantenimiento de los servicios esenciales. Por cierto, esta polémica es más importante de lo que en principio pudiera pensarse, pues *de lege ferenda* no es lo mismo que se mantenga el criterio subjetivo a que triunfe el objetivo: si se mantiene el criterio subjetivo es más fácil reclamar la competencia del orden social.

La tesis que aquí se comparte es la del carácter laboral del mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad<sup>9</sup>, que no se olvide supone la composición de un conflicto de intereses constitucionales que normalmente se salda con la limitación del derecho fundamental de huelga a través de la técnica de los servicios mínimos. Servicios mínimos que a diferencia de lo que sostiene el ATS citado no se dirigen a los usuarios sino a los trabajadores y empresarios<sup>10</sup>; los usuarios resultan protegidos por los servicios mínimos pero éstos se dirigen a los trabajadores y empresarios.

Buena prueba de lo que se dice es que en los Ordenamientos en los que como el italiano el protagonismo principal, que no exclusivo, recae en la negociación colectiva no hay la menor duda del carácter laboral de esta materia<sup>11</sup>. De hecho, el PLOH partía

---

<sup>8</sup> En el mismo sentido, la STS (4ª), unificación de doctrina, 12-3-97, Ar. 2892, F. J. 3.

<sup>9</sup> Para J. CRUZ VILLALÓN, «La intervención de ...», op. cit., p. 421, la fijación de servicios mínimos es una materia laboral, por lo siguiente: «{...} debido a la naturaleza de las relaciones sociales a las que afecta, por el tipo de derecho fundamental que se ve limitado en su ejercicio, por la fuente normativa que contiene la atribución de potestades a los poderes públicos, etc.». También se decanta por el carácter laboral, G. B. OLMEDA FREIRE, *La problemática delimitación ...*, op. cit., pp. 120-121, para quien una cosa es que haya razones que justifiquen la presencia de la Administración y otra que la materia en sí sea administrativa.

<sup>10</sup> Los argumentos utilizados por el ATS son criticados por I. GISMERO LÓPEZ, y J. I. DEL VALLE JOZ, «Acerca de la jurisdicción competente para conocer sobre la impugnación de servicios mínimos en huelga que afecta a servicios esenciales (Comentario al Auto de la Sala Especial de Conflictos de Competencia del TS de 28 de abril de 1994, Ar. 10579)», en *REDT*, 1996, núm. 78, pp. 714-715.

<sup>11</sup> Vid., por todos, P. PASCUCCI, *Tecniche regolative dello ...*, op. cit., pp. 12 ss.

claramente de esta consideración<sup>12</sup>. Cuestión distinta es que no se trate de una materia laboral sin más: es una materia laboral que precisa ineludiblemente de una presencia más o menos intensa de la Administración, que verifique en última instancia la adecuada composición de los intereses de relieve constitucional en conflicto, que tutele especialmente los intereses de los usuarios.

### **1. b. Suspensión cautelar**

La ejecutoriedad de los actos administrativos, expresión de la autotutela administrativa, y la tutela judicial efectiva sólo son compatibles en el seno de un Ordenamiento jurídico si éste contempla medidas cautelares que permitan el control inmediato de la actuación administrativa<sup>13</sup>. El TC ha establecido claramente que las medidas cautelares forman parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva<sup>14</sup>. Doctrina ésta que el propio TC, como no podía ser menos, ha aplicado al control de la actuación administrativa en materia de mantenimiento de los servicios esenciales a través de la técnica de los servicios mínimos<sup>15</sup>.

La Ley 62/78, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona, ahora derogada en materia contencioso-administrativa, establecía como regla general la suspensión del cumplimiento de los actos impugnados. Y como excepción la suspensión no tendría lugar cuando se justificase la existencia o posibilidad de perjuicio grave para el interés general. Durante los años ochenta los tribunales de lo contencioso-administrativo se limitaron en materia de mantenimiento de los servicios esenciales a aplicar mecánicamente la excepción del perjuicio grave para el interés general,

---

<sup>12</sup> El artículo 20 del PLOH atribuía competencia al orden jurisdiccional social en todo lo relativo al mantenimiento de los servicios esenciales. Vid., I ALBIOL MONTESINOS, «Efectos, responsabilidad y ...», op. cit., pp. 170 ss.

<sup>13</sup> Vid., M. BACIGALUPO SAGGESE, *La nueva tutela cautelar en el contencioso-administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 1999 y C. CHINCHILLA MARÍN, *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*, Civitas, Madrid, 1999.

<sup>14</sup> Entre otras, SSTC 237/91, 14/92 y 238/92.

<sup>15</sup> STC 148/93, F. J. 4. Anteriormente, STC 123/90, F. J. 4.

imposibilitando en la práctica la suspensión cautelar de los servicios mínimos y, en consecuencia, el control judicial efectivo de los mismos<sup>16</sup>.

Esta lamentable situación es remediada por la STC 148/93<sup>17</sup>. La misma, tras mencionar los criterios claves en materia de suspensión cautelar, *periculum in mora* y *fumus boni iuris*<sup>18</sup>, entiende que el perjuicio grave para el interés general no se produce automáticamente en cualquier corrección de la actuación administrativa, sino solamente cuando las medidas que se pretendan suspender se adecúen al artículo 28.2 CE. Concretamente establece que es posible «{...} corregir al menos las decisiones que no menoscaban los intereses de la comunidad por constituir una manifiesta extralimitación o abuso en la fijación de servicios mínimos {...}» (F. J. 5).

Despejada en la práctica la posibilidad de recurrir a la suspensión cautelar, lo que aquí se ignora es si se está solicitando y, sobre todo, si se está concediendo, porque desafortunadamente este extremo no ha trascendido al debate científico. Algún ejemplo hay, en todo caso, de concesión de la suspensión cautelar tras la STC 148/93<sup>19</sup>. Por otra parte, la nueva regulación de las medidas cautelares efectuada por la Ley 29/98 —arts. 129 ss.—, aunque incorpore importantes novedades, no altera lo dicho en los párrafos anteriores.

No se pretende tratar el entero régimen jurídico de las medidas cautelares, prestando atención exclusivamente a dos cuestiones, a saber, el contenido y el momento. Comenzando con el contenido, el concepto de medidas cautelares es más amplio que el de suspensión, de manera que caben en materia de mantenimiento de los servicios esenciales tanto la suspensión *stricto sensu*, ya sea total o parcial, como medidas

---

<sup>16</sup> Es el caso de: ATS (3ª) 10-10-83, Ar. 5044; ATS (3ª) 28-9-84, Ar. 4932; STS (3ª), 7-10-85, Ar. 4878; ATS (3ª), 5-6-85, Ar. 3617, cdo. 2; STS (5ª), 29-5-87, Ar. 3494, F. J. 2; ATS (3ª), 23-6-90, Ar. 5220, FF. JJ. 2 y 3.

<sup>17</sup> Comentada por E. GARCÍA DE ENTERRÍA, «Constitucionalización definitiva de las medidas cautelares contencioso-administrativas y ampliación de su campo de aplicación (medidas positivas), y “jurisdicción plenaria” de los Tribunales contencioso-administrativos, no limitada al efecto revisor de actos previos. Dos sentencias constitucionales», en *REDA*, 1993, núm. 79, pp. 475-490 y A. BAYLOS GRAU, «Sobre la suspensión de los actos de imposición de servicios mínimos en casos de huelga», en *Derecho Privado y Constitución*, 1994, pp. 289-310.

<sup>18</sup> Literalmente establece la STC 148/93: «{...} ha de verificar la concurrencia de un peligro de daño jurídico para el derecho cuya protección se impetra (*periculum in mora*) y la apariencia de que el demandante ostenta el derecho invocado con la consiguiente probable o verosímil ilegalidad de la actuación administrativa (*fumus boni iuris*) {...}» (F. J. 5).



cautelares positivas, singularmente la modificación de los servicios mínimos. A este propósito establece la STC 148/93: «{.. } más que terciar en el debate de si se produjo una suspensión parcial o en realidad una modificación de las disposiciones impugnadas, importa destacar que la medida cautelar a adoptar en cada caso ha de ser adecuada a su finalidad de garantizar la efectividad de la tutela que en su día se otorgue, y aquí parece incuestionable que la acordada era idónea para no frustrar la efectividad de la Sentencia final y salvaguardaba al propio tiempo el interés general involucrado» (F. J. 6)<sup>20</sup>. En la nueva LJCA no hay ya la menor duda de que caben medidas cautelares distintas de la suspensión, a tenor del artículo 129.1<sup>21</sup>.

En algunos casos la suspensión será total: cuando los servicios mínimos pretendan dictarse en un servicio manifiestamente no esencial, o bien cuando pese a la esencialidad las concretas circunstancias de la huelga —*v. gr.* brevísima duración— hagan manifiestamente innecesario el recurso a la técnica de los servicios mínimos. En otros casos la suspensión será parcial: por ejemplo, cuando dentro de un servicio globalmente considerado esencial se hayan declarado esenciales prestaciones que no lo son los correspondientes servicios mínimos deberán ser suspendidos, sin afectar al resto de

---

<sup>19</sup> Así, la STS (3ª), 3-4-96, Ar. 3222, convalida un auto que había suspendido parcialmente determinadas disposiciones.

<sup>20</sup> Para E. GARCÍA DE ENTERRÍA, «Constitucionalización definitiva de ...», *op. cit.*, pp. 485-486, la STC 148/93, F. J. 6, admite sin ambages la constitucionalidad de las medidas cautelares positivas, singularmente la modificación de los actos administrativos, acabando definitivamente con el mito del carácter puramente revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa. Aunque no lo diga expresamente, el autor implícitamente entiende que en el caso de la citada sentencia no hay suspensión parcial sino modificación del acto administrativo de fijación de servicios mínimos; en cualquier caso una u otra opción son indiferentes para el TC.

Hay que tener en cuenta que la sentencia del Supremo recurrida en amparo denegaba la suspensión cautelar no sólo por el perjuicio grave para el interés general, sino también porque consideraba que más que una suspensión parcial lo que había era una modificación judicial de la actuación administrativa, a su juicio no amparada por la Ley 62/78.

<sup>21</sup> Así lo entienden E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho ...*, *op. cit.*, pp. 627-628, para quienes el precepto se acomoda a la jurisprudencia que venía admitiendo medidas cautelares distintas de la suspensión.

El artículo 20.3 del PLOH declaraba expresamente la posibilidad de suspender cautelarmente las normas sobre mantenimiento de los servicios esenciales impugnadas, si bien, en su caso, el órgano judicial debería establecer las medidas de garantía oportunas. En este punto el PLOH se apartaba de la propuesta sindical que pretendía establecer la imposibilidad de suspensión de los acuerdos o laudos arbitrales impugnados, lo que para S. TORRENTE GARI, *El ejercicio del ...*, *op. cit.*, p. 407, vulneraría la doctrina constitucional sobre la suspensión.

En el sistema italiano los servicios mínimos fijados a través del mecanismo excepcional de la *precezione* administrativa —art. 8 Ley 146/90 modificada por la Ley 83/2000— pueden ser suspendidos, normalmente con carácter parcial, a tenor del artículo 10.2 de la Ley 146/90. Sobre el particular, véase, G. ORLANDINI, «Il procedimento di ...», *op. cit.*, pp. 184-186.

servicios mínimos. Pero lo que en la mayoría de los casos sucederá será una modificación judicial de la intervención administrativa, o sea, una medida cautelar positiva: por ejemplo, reducir los servicios mínimos del 75% de la actividad ordinaria al 25%<sup>22</sup>.

Por lo que se refiere al momento de la suspensión o de la modificación, resulta claro que o tiene lugar antes del inicio de la huelga o carece de sentido. El plazo que establecía la anterior regulación —art. 7.3 Ley 62/78— imposibilitaba en la práctica la tempestividad de la medida cautelar, lo que llevó a los tribunales a prescindir del mismo, con la aquiescencia del TC<sup>23</sup>. En todo caso, el artículo 135 de la nueva LJCA acaba con los problemas que pudieran existir al permitir por razones de urgencia, que sin duda concurren en el control cautelar de los servicios mínimos, la adopción inmediata de la correspondiente medida cautelar.

### **1. c. Inversión del *onus probandi***

La STC 26/81 se plantea a quién compete la carga de la prueba en caso de impugnación judicial de la actuación administrativa en materia de mantenimiento de los servicios esenciales, llegando a la siguiente conclusión: «¿es la representación del Gobierno quien tiene que demostrar que los actos de restricción de derechos constitucionales tuvieron plena justificación o, al revés, son los impugnantes de tales actos y por ello demandantes de amparo quienes tienen que demostrar la falta de justificación de los actos del poder? Aun cuando una mimética aplicación de las reglas generales sobre distribución del *onus probandi* (*actorem non probante reus est absolvendus*) parecería inclinar el ánimo en favor de la tesis de que el demandante del amparo, en cuanto actor, tiene que probar lo injustificado de la lesión de su derecho, como hecho constitutivo de su propia demanda, un examen más atento nos debe llevar a la conclusión contraria, esto es, a la idea de que cuando se ha producido una limitación o un parcial sacrificio de derechos básicos que la Constitución reconoce a los ciudadanos, dado que el supuesto que se produce es modificativo o extintivo de tales derechos, la

---

<sup>22</sup> Esto es lo que sucede en el caso resuelto por la STC 148/93. E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho ...*, op. cit., p. 625, hablan en relación con esta sentencia de una medida cautelar positiva.

En la STS (3ª), 3-4-96, Ar. 3222, también hay una modificación, a pesar de que la propia sentencia hable de suspensión parcial.

autoridad que realiza el acto debe estar en todo momento en condiciones de ofrecer la justificación. Lo anterior no significa como es obvio negarle a la autoridad la prerrogativa de probidad y de actuación racional. Significa simplemente que la limitación del derecho es una excepción puesta a su normal ejercicio, y que la prueba de las excepciones compete siempre al demandado» (F. J. 16).

La inversión del *onus probandi* que el TC establece claramente en esta materia se debe al carácter fundamental del derecho de huelga limitado por el establecimiento de servicios mínimos. Y se debe igualmente al hecho de que para los recurrentes, normalmente la representación de los trabajadores, resulta extraordinariamente difícil probar que la irregular actividad administrativa lesiona su derecho fundamental, pues buena parte de los datos que pudieran fundamentar dicha irregularidad escapan al control de los trabajadores; son datos que sólo maneja la Administración. Adviértase que estos mismos argumentos, con las modulaciones oportunas, están en la base de la prueba indiciaria y subsiguiente inversión del *onus probandi* que se produce en el proceso especial de protección de la libertad sindical y demás derechos fundamentales del orden jurisdiccional social, a tenor del artículo 179.2 LPL, que acaba recogiendo una abundante jurisprudencia constitucional y ordinaria sobre el particular<sup>24</sup>.

La garantía procesal de la que ahora se habla ya fue mencionada a propósito de la motivación suficiente del acto administrativo de imposición de servicios mínimos. Entonces se la denominó motivación *ex post* frente a la genuina motivación, la *ex ante*. La distinción que en aquel momento se trazó entre el contenido y la finalidad de ambas motivaciones fue lo suficientemente esclarecedora como para no volver a recordarla<sup>25</sup>.

---

<sup>23</sup> STC 148/93, F. J. 6. Posteriormente aplica esta doctrina la STS (3ª), 3-4-96, Ar. 3222, F. J. 3.

<sup>24</sup> Véase, I. ALBIOL MONTESINOS y A. BLASCO PELLICER, *Proceso de tutela de la libertad sindical y otros derechos fundamentales*, Tirant lo blanch, Valencia, 1997, pp. 84-89 y J. GÁRATE CASTRO, *La tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas por los tribunales laborales (Un estudio de la modalidad procesal regulada por los artículos 175 y sigs. de la Ley de Procedimiento Laboral)*, Revista Xurídica Galega, Pontevedra, 1999, pp. 131-136.

En cuanto a la jurisprudencia, vid., por todas, la STC 74/98.

<sup>25</sup> Se remite a lo dicho en este mismo capítulo, apartado C, epígrafe 1.b.

Para S. TORRENTE GARI, *El ejercicio del ...*, op. cit., pp. 268-270, la motivación *ex post* no debe interpretarse en términos de inversión del *onus probandi* sino como una obligación de la autoridad gubernativa que continúa también en la fase judicial, sin que la presunción de validez modifique esta conclusión.

Pese a la inequívoca doctrina sentada por la STC 26/81 lo cierto es que en la práctica esta garantía procesal no siempre está siendo respetada por los tribunales ordinarios<sup>26</sup>. Incluso el TC parece haber prescindido de la misma en alguna ocasión<sup>27</sup>. Aquí se defiende, no obstante, su plena vigencia en consonancia con la más elaborada y reciente jurisprudencia del TS<sup>28</sup>.

### 1. d. Efectos del control judicial

La ausencia en materia de mantenimiento de los servicios esenciales de una previsión procesal específica, semejante a la que se refiere al derecho fundamental de reunión —art. 122 nueva LJCA—, implica que el control judicial tenga lugar años después de la finalización de la huelga que dio lugar a la fijación administrativa de los servicios mínimos controvertidos. Y ello tanto si se utiliza el procedimiento ordinario como si se emplea el preferente y sumario de protección de los derechos fundamentales.

La lentitud endémica de la jurisdicción contencioso-administrativa provoca que la principal consecuencia del control judicial en esta materia sea precisamente la ausencia de efectos significativos. Las sentencias estimatorias carecen de efectos significativos, salvo que en su momento se hubiese solicitado y concedido la correspondiente medida

---

<sup>26</sup> Es el caso de las SSTS (3ª), 17-3-84, Ar. 1462, cdo. 7 y 16-4-85, Ar. 1781, cdo. 4. Igualmente, de la STS (3ª), 23-9-98, Ar. 6920, F. J. 3, en la que la recurrente contra la autoridad gubernativa era la propia empresa a la que parece imputársele la carga de la prueba.

Éstos y otros ejemplos de sentencias del TS que no han respetado la doctrina del TC en orden a la inversión del *onus probandi* se encuentran en A. BAYLOS GRAU, *Derecho de huelga y ...*, op. cit., p. 188, nota 58.

Las primeras sentencias del TS, las de 1980, exigían a la recurrente que justificara el carácter abusivo o desproporcionado de los servicios mínimos, coherentemente con la inexistencia de motivación *ex ante*.

<sup>27</sup> El caso de la STC 51/86, cuando establece: «*La apariencia no destruida* es que sí se ha operado restrictivamente, facilitando el acceso a la huelga al mayor número posible de trabajadores {...}» (F. J. 5) (mías las cursivas). En parecido sentido, la STC 122/90, F. J. 3 *in fine*.

Más criticable todavía es el ATC 546/89 (referencia tomada de Jurisprudencia constitucional del BOE), que relativiza el alcance de esta garantía al considerar que no se vulnera el derecho fundamental de huelga cuando la inversión del *onus probandi* no haya sido considerada por el tribunal *a quo*, siempre y cuando su papel en el conjunto de argumentos de la sentencia *a quo* haya sido secundario u *obiter dicta*.

<sup>28</sup> Es el caso del voto particular (F. J. 5) del magistrado Conde Martín de Hijas a la STS (3ª), 14-9-92, Ar. 6896, que critica expresamente la tendencia contraria del TS, esto es, imputar a la recurrente y no a la Administración la prueba de que los servicios mínimos son irregulares y, por tanto, atentatorios del derecho fundamental de huelga. Asume el razonamiento del voto particular la STS (3ª), 14-12-93, Ar. 9516, F. J. 6.

cautelar. Puede afirmarse con rotundidad que la efectividad de la tutela judicial depende en esta materia de la que se pueda prestar en vía cautelar.

Lo anterior es así porque las sentencias se limitan, cuando son estimatorias, a declarar que la actuación administrativa no es conforme a Derecho, anulando total o parcialmente el acto administrativo recurrido —art. 71.1.a) nueva LJCA—<sup>29</sup>. Se trata de sentencias declarativas que ven la luz años después de que los actos administrativos anulados desplegasen sus efectos. Por otra parte, que la declaración venga acompañada, como sucede en la mayoría de los casos, de la mención a la vulneración del derecho fundamental de huelga no hace sino engrosar los términos del fallo estimatorio<sup>30</sup>.

Como se ve la incidencia práctica del fallo estimatorio en el caso controvertido es inexistente por extemporánea, a menos, y esto hay que repetirlo hasta la saciedad, que hubiera estado precedido de la correspondiente medida cautelar.

Por si lo anterior fuera poco, y para confirmar con rotundidad la ausencia de efectos significativos, los tribunales de lo contencioso-administrativo vienen reiteradamente desestimando las pretensiones de resarcimiento de daños y perjuicios.

La doctrina ha insistido en la necesidad de exigir indemnizaciones a la Administración<sup>31</sup>. Necesidad reiterada por el voto particular del magistrado Rubio

---

<sup>29</sup> En cuanto a la nulidad y la anulabilidad de las disposiciones de fijación de servicios mínimos, véase, S. TORRENTE GARI, *El ejercicio del ...*, op. cit., pp. 286 ss., para quien pese a que la anulabilidad tenga carácter general en el Derecho Administrativo en materia de servicios mínimos la sanción normal será la nulidad, especialmente por la causa a) del artículo 62.1 LRPAP: «Los {actos} que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional».

<sup>30</sup> La insuficiencia práctica de los efectos meramente declarativos de las sentencias estimatorias se encuentra perfectamente reflejada en la obra de A. BAYLOS GRAU, *Derecho de huelga y ...*, op. cit., p. 200.

Igualmente esclarecedora es la STC 123/90, cuando establece: «{...} un resultado explicable por el tiempo que media entre la huelga y la decisión anulatoria y la carencia de efectos que la Sentencia había de tener sobre una huelga realizada dos años antes» (F. J. 4, *in fine*).

<sup>31</sup> La aportación más importante en esta materia se debe a A. BAYLOS GRAU, *Derecho de huelga y ...*, op. cit., pp. 200-204, quien tras exponer los principios generales de la responsabilidad patrimonial de la Administración se ocupa específicamente de la responsabilidad derivada de la antijurídica fijación de servicios mínimos, proponiendo incluso un interesante módulo de cálculo de la indemnización. La preocupación de este autor por este tema estaba ya presente en su artículo «Sobre el derecho ...», op. cit., p. 263, reservando la reparación de daños y perjuicios para los casos de reiteradas prácticas abusivas de la Administración. Más difícil de defender es la tesis del mismo autor vertida en su artículo «Huelga y servicios ...», op. cit., pp. 218-219, cuando plantea con argumentos interesantes la posibilidad de exigir responsabilidad de tipo objetivo a la propia empresa, en lugar de subjetivamente a la Administración.

Llorente a la STC 123/90, que literalmente establece: «{...} no hay obstáculo alguno para que la jurisdicción contencioso-administrativa, cuando lo juzgue necesario, condene a la Administración a resarcir los daños que una antijurídica fijación de los servicios mínimos haya podido ocasionar»<sup>32</sup>. Sin embargo, las pocas veces que se ha solicitado indemnización ésta ha sido rechazada, bien porque la disposición de fijación de servicios mínimos se ajustaba a Derecho<sup>33</sup>, bien porque los recurrentes no probaron los requisitos generales que permiten el resarcimiento<sup>34</sup>, bien porque la pretensión se canalizó por el procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales<sup>35</sup>, bien, finalmente, porque la pretensión fue formulada por algún sindicato en lugar de por los propios trabajadores interesados<sup>36</sup>.

Pese que hasta el momento los tribunales de lo contencioso-administrativo no hayan concedido indemnizaciones parece que de cara al futuro va a ser cada vez más difícil mantener esta situación de impunidad, y es que no hay duda de que la antijurídica fijación de servicios mínimos por parte de la Administración provoca un daño antijurídico a los trabajadores designados para cubrirlos, individualmente considerados, y colectivamente

---

También se pronuncian a favor de la necesidad de obtener indemnizaciones, aun siendo conscientes de las dificultades para ello, entre otros, J. GÁRATE CASTRO, «Derecho de huelga ...», op. cit., pp. 34-35; S. TORRENTE GARI, *El ejercicio del ...*, op. cit., pp. 302 ss.; y M. ALONSO OLEA y M. E. CASAS BAAMONDE, *Derecho del Trabajo*, op. cit., p. 1028.

<sup>32</sup> En la misma línea de este voto particular se encuentra la STS (4ª), unificación de doctrina, 12-3-97, Ar. 2892, si bien *obiter dicta*.

<sup>33</sup> El caso de las SSTs (3ª), 31-3-82, Ar. 1308, cdo. 11 y 8-10-98, Ar. 7816, F. J. 4.

<sup>34</sup> STS (3ª), 26-2-85, Ar. 782, cdo. 12.

<sup>35</sup> El caso de la STS (3ª), 16-11-92, Ar. 10029, F. J. 2 y de la STSJ Canarias/Santa Cruz de Tenerife, contencioso-administrativo, 18-6-97, Aa. 1456, F. J. 4.

Vid., igualmente, las sentencias recogidas por A. MERINO SEGOVIA, «Servicios mínimos en ...», op. cit., p. 173, nota 103. Para esta autora (pp. 173-174) sí sería posible obtener indemnizaciones por la vía del proceso especial de protección de los derechos fundamentales, utilizando como principal argumento de apoyo lo que sucede en el correspondiente proceso especial del orden social, donde la indemnización no es una cuestión de legalidad ordinaria sino de valor constitucional. Habría que tener en cuenta, en este sentido, que el artículo 106.2 CE se refiere expresamente a la responsabilidad patrimonial de la Administración. Por su parte, S. TORRENTE GARI, *El ejercicio del ...*, op. cit., pp. 305-306, propone la tramitación abreviada del procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial de la Administración, del artículo 143 LRJAP, desarrollado por los artículos 14 a 17 del RD 429/1993, de 26 de marzo, sobre reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial.

<sup>36</sup> Así lo establece la STS (3ª), 29-1-96, Ar. 1309, F. J. 8, para la que la solicitud de indemnizaciones es un derecho subjetivo de los trabajadores. No se comparte aquí esta doctrina, pues el de huelga es un derecho de titularidad compleja, esto es, de titularidad de los trabajadores *uti singuli* y de titularidad de los sujetos colectivos de representación de los trabajadores. De este modo, la eventual indemnización debiera resarcir tanto a los trabajadores como a los sujetos colectivos. En este sentido, en el orden social sí se admiten las indemnizaciones a favor de sindicatos en materia de huelga. Así, STS (4ª), 16-3-98, Ar. 2993, F. J. 5.

al conjunto de trabajadores convocados a la huelga. No hay ninguna duda de que en esta materia se cumplen los requisitos generales de la responsabilidad patrimonial de la Administración y cuando los tribunales reconozcan esta circunstancia los obstáculos relativos al procedimiento a utilizar o al sujeto legitimado serán igualmente superados<sup>37</sup>.

Es necesario que el orden jurisdiccional contencioso-administrativo admita cuanto antes la responsabilidad administrativa en esta materia<sup>38</sup>. Cuando esto suceda el derecho fundamental de huelga estará mejor protegido, pues hasta el momento no puede equipararse la protección dispensada por la jurisdicción contencioso-administrativa con la otorgada por el orden social, cuyo procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales sí conlleva, en caso de vulneración, la reparación de daños y perjuicios — art. 180.1 LPL—. Ahora bien, para no incurrir en equívocos la reparación de daños y perjuicios que se reclama no es ni mucho menos la solución idónea a los males que aquejan al control judicial del establecimiento de servicios mínimos<sup>39</sup>.

Tras el panorama que se acaba de exponer se comprende más fácilmente la tajante afirmación con la que se abría este epígrafe, a saber, la ausencia de efectos significativos del control judicial, con la salvedad de la eventual tutela cautelar. Ausencia de efectos significativos o ineficacia por lo que a la solución de casos concretos se refiere.

Cuestión distinta son los efectos relativos a la emanación de una doctrina jurisprudencial que ha acabado convirtiéndose en el principal pilar que sustenta el edificio jurídico de la huelga en los servicios esenciales<sup>40</sup>. Doctrina jurisprudencial que además de

---

<sup>37</sup> La STS (3ª), 8-10-98, Ar. 7816, F. J. 4, leída *a contrario sensu* parece indicar que el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración en esta materia está cercano.

<sup>38</sup> Sobre la compleja y deficiente regulación normativa y jurisprudencial de la responsabilidad administrativa, véase, M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, «Nuevas perspectivas de la responsabilidad administrativa (I) y (II)», en *RL*, 2000, núms. 6 y 7, pp. 1-8 y 1-7 y J. R. MERCADER UGUINA y C. TOLOSA TRIBIÑO, *Derecho Administrativo Laboral*, op. cit., pp. 625 ss.

<sup>39</sup> M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, «Dualidad de jurisdicciones y cumplimiento de los servicios esenciales en caso de huelga», en *RL*, 1990 II, p. 34, entiende que el resarcimiento de los daños causados no es la solución idónea porque no restablece en su integridad el derecho de huelga, abogando por un control judicial efectivo que haga innecesaria la petición de indemnizaciones.

<sup>40</sup> Se remite a lo dicho a este propósito en el capítulo segundo, apartado B.

A. BAYLOS GRAU, «Procedimientos de fijación ...», op. cit., p. 92, señala el carácter moral, político e interpretativo del control jurisdiccional, en lugar de tener efectos reparadores en el caso concreto. En el mismo sentido, L. M. LÓPEZ SANZ-ARANGUEZ, J. SÁNCHEZ-JUNCO y M. MOIX BLÁZQUEZ, «Los servicios mínimos ...», op. cit., pp. 1025 ss., entienden que el vigente control judicial

condicionar poco a poco la práctica administrativa<sup>41</sup>, disminuyendo los casos flagrantes de antijurídica fijación de servicios mínimos, puede contribuir decisivamente a procurar una tutela judicial efectiva para los litigios futuros por la vía de las medidas cautelares. En efecto, los pronunciamientos judiciales en la actualidad no satisfacen las pretensiones de los recurrentes pero pueden servir *ad futurum* como base fundamental sobre la que sustentar medidas cautelares: si unos servicios mínimos han sido declarados judicialmente no conformes a Derecho y pretenden ser establecidos de nuevo, cosa que sucede con alguna frecuencia<sup>42</sup>, las posibilidades de actuar cautelarmente contra los mismo son mayores<sup>43</sup>.

### 1. e. Breve referencia a otras cuestiones procesales

Aunque no sea una cuestión estrictamente procesal no está de más comenzar diciendo que los recursos administrativos tienen en esta materia escaso juego<sup>44</sup>. Efectivamente, lo normal es que la impugnación judicial se canalice por el procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales, en el que los recursos administrativos tienen siempre carácter potestativo —art. 115.1 nueva LJCA—<sup>45</sup>. Por otra parte, y para el supuesto de que no se utilice el anterior procedimiento especial, sino el ordinario, lo normal es que los actos administrativos de fijación de servicios mínimos pongan fin a la vía administrativa, lo que de nuevo conduce al carácter potestativo, en este caso del recurso administrativo de reposición —art. 116.1 LRJPA, según redacción dada por Ley 4/99—. Por una u otra vía se llega al recurso administrativo potestativo, del que en la práctica poco uso se está haciendo.

---

es ineficaz por lo que a la solución de casos concretos se refiere, encontrando su virtualidad en la emanación de una importante doctrina jurisprudencial.

<sup>41</sup> Algunas disposiciones de la autoridad gubernativa incorporan en sus preámbulos referencias, ciertamente parcas, a la doctrina jurisprudencial. Es el caso, por poner sólo un par de ejemplos, de la Orden de la Consejería de Trabajo de la Junta de Andalucía, de 4 de diciembre de 1996 (Personal laboral al servicio de la Junta de Andalucía) y de la Orden de la Consejería de Trabajo de la Junta de Andalucía, de 3 de diciembre de 1996 (Sanidad).

<sup>42</sup> Por ejemplo, prácticamente los mismos servicios mínimos dictados a través del RD 176/1991 (RTVE), que son declarados nulos por la STS (3ª), 15-9-95, Ar. 6654, son de nuevo recogidos por el RD 2393/1996 (RTVE), que igualmente es declarado nulo por la STS (3ª), 20-2-98, Ar. 2362.

<sup>43</sup> En este sentido, A. BAYLOS GRAU, «Interpretación jurisprudencial del ...», op. cit., p. 46 y A. MERINO SEGOVIA, «Servicios mínimos en ...», op. cit., pp. 170-172.

<sup>44</sup> Del control administrativo se ocupa S. TORRENTE GARI, *El ejercicio del ...*, op. cit., pp. 291 ss., sobre la base de la normativa de 1992; habría que añadir la reforma de 1999.



Escaso juego de los recursos administrativos que ha de valorarse positivamente, pues no debiendo acudir obligatoriamente a la vía administrativa previa, con las dilaciones que ello ahorra, la posibilidad de obtener tempestivamente una medida cautelar en vía judicial queda expedita. Teóricamente también podría obtenerse la medida cautelar en la vía administrativa —art. 111 LRJPA—, pero no hay motivos para pensar que la Administración concedería tales medidas. Ni qué decir tiene que lo que aquí se dice parte de la consideración de los recursos administrativos en el Ordenamiento español más como un privilegio de la Administración y una carga de los administrados que como una garantía de estos últimos<sup>46</sup>.

Entrando ya en cuestiones puramente procesales, en los procesos contencioso-administrativos en materia de mantenimiento de los servicios esenciales lo normal es que parte actora sea la representación de los trabajadores huelguistas<sup>47</sup>, aunque en alguna ocasión ha ocupado esta posición procesal la empresa afectada<sup>48</sup> e incluso otra Administración<sup>49</sup>. Asimismo, sería posible que actuara como recurrente una organización de usuarios afectados —art. 19 nueva LJCA—, aunque hasta el momento esta posibilidad no se haya intentado, que se sepa<sup>50</sup>. Parte demandada normalmente es la

---

<sup>45</sup> Con mayor claridad si cabe se pronunciaba el ya derogado artículo 7.1 de la Ley 62/78.

<sup>46</sup> En este sentido, E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho ...*, op. cit., pp. 503 ss.

<sup>47</sup> La práctica conoce impugnaciones procedentes de todo tipo de sujetos colectivos de representación de los trabajadores huelguistas, en coherencia con la posibilidad de convocar medidas conflictivas. Así, los sindicatos, la representación unitaria y sindical en la empresa y cualquier colectivo de trabajadores directamente. También el comité de huelga puede impugnar judicialmente los servicios mínimos, según la STS (3ª), 31-3-82, Ar. 1308, cdos. 2 y 3. J. RENTERO JOVER, «Reflexiones sobre el comité de huelga», en AA.VV., *Derechos de libertad sindical y huelga*, CGPJ, Madrid, cuaderno núm. XII, 1992, p. 263, confirma la legitimación del comité de huelga para impugnar servicios mínimos.

<sup>48</sup> El caso de la STS (3ª), 23-9-98, Ar. 6920.

<sup>49</sup> Así, STS (3ª), 24-11-99, Ar. 8809, que da cuenta de la impugnación presentada por la Abogacía del Estado frente al Decreto dictado por la Xunta de Galicia.

<sup>50</sup> Se muestra favorable a la legitimación activa de los usuarios M. GÓMEZ PUENTE, *La inactividad de ...*, op. cit., pp. 794. Este autor denuncia el sesgo que la jurisprudencia constitucional y ordinaria sobre la huelga en los servicios esenciales tiene como consecuencia de la hasta ahora exclusiva impugnación judicial por parte de los trabajadores. Demanda una mayor atención a la posición de los usuarios, llegando incluso a proclamar la posibilidad de que la Administración incurra en responsabilidad patrimonial frente a los usuarios.

En el Derecho italiano las asociaciones de usuarios han adquirido a partir de la Ley 281/1998 un importante papel desde el punto de vista de la defensa judicial de los intereses difusos de los usuarios. Papel que como no podía ser menos deja sentir sus efectos también en materia de mantenimiento de los servicios esenciales. Por otra parte, la reciente reforma de la Ley 146/90 por la Ley 83/2000 recalca aún más este papel a través del artículo 7 bis, que instaura una peculiar acción judicial a favor de las asociaciones de usuarios. En todo caso, está por ver la verdadera eficacia de las nuevas medidas legislativas a favor de la tutela judicial de los usuarios. Cfr., antes y después de la reforma, M.

Administración contra la que se dirige el recurso<sup>51</sup>, pudiendo ser codemandada la organización de usuarios cuyos intereses legítimos pudieran quedar afectados por la estimación de las pretensiones de la recurrente —art. 21.1.b) nueva LJCA—, aunque no se conoce ningún caso de emplazamiento de otros demandados por parte de la Administración.

En cuanto al procedimiento a utilizar en esta materia, el ordinario o el especial de protección de los derechos fundamentales de la persona, desde el inicio casi siempre ha sido empleado el especial, antes regulado por la Ley 62/78 —arts. 6 a 10— y ahora por la nueva LJCA —arts. 114 a 122—<sup>52</sup>. La utilización de esta modalidad procesal presupone la existencia de un motivo de impugnación de valor constitucional, las más de las veces la falta de motivación suficiente del correspondiente acto administrativo. El procedimiento ordinario, al que siempre puede acudir<sup>53</sup>, ha sido utilizado ante pretendidas irregularidades de la Administración de valor simplemente ordinario; cuestiones de legalidad ordinaria suele decirse<sup>54</sup>.

Empero, con la nueva regulación dada por la LJCA al procedimiento especial, especialmente el artículo 121.2<sup>55</sup>, puede defenderse que dicho procedimiento, a

---

PERSIANI, «Diritti fondamentali della ...», op. cit., pp. 27 ss.; F. SANTONI, *Lo sciopero*, op. cit., 211-213; A. PILATI, «L'azione giudiziaria delle ...», op. cit., pp. 147 ss. y C. OGRISEG, «Il ruolo delle ...», op. cit., pp. 140 ss.

Por lo que al Derecho francés se refiere, vid., por todos, P. TERNEYRE, *La grève dans ...*, op. cit., pp. 134 ss.

<sup>51</sup> Administración *stricto sensu* o alguno de los órganos constitucionales del artículo 3 de la nueva LJCA. No hay que olvidar que hasta el momento han dictado servicios mínimos, que se sepa, el TC, el CGPJ y el Congreso de los Diputados.

<sup>52</sup> Las primeras sentencias que sobre esta materia vieron la luz utilizaron la modalidad procesal especial. Así, por citar sólo la primera, la SAN 6-6-80. cdo. 1 (texto íntegro en L. E. DE LA VILLA, *Materiales para el ...*, op. cit., pp. 99-106).

Sobre la modalidad procesal especial regulada por la nueva LJCA, véase, M. CARRILLO LÓPEZ, «La protección jurisdiccional de los derechos fundamentales; la nueva regulación en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa», en *Cuadernos de Derecho Público*, 1999, núm. 7, pp. 155 ss.

<sup>53</sup> Para E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho ...*, op. cit., p. 667, la puesta en marcha del proceso especial no excluye interponer, simultánea o posteriormente, el recurso ordinario por si el especial fuese declarado inadmisibile.

<sup>54</sup> Confirman que las cuestiones de legalidad ordinaria no son objeto del proceso especial de la Ley 62/78, las SSTS (3ª), 17-3-84, Ar. 1462, cdo. 1 y 16-1-85, Ar. 411, cdo. 2. La STS (3ª), 10-5-90, Ar. 4545, se tramitó por el procedimiento ordinario al ser los motivos aducidos de pura legalidad ordinaria, como la falta de audiencia de los interesados.

<sup>55</sup> Dice así: «La sentencia estimará el recurso cuando la disposición, la actuación o el acto incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder, y como consecuencia de la misma vulneren un derecho de los susceptibles de amparo».

diferencia de lo que venía sucediendo, puede utilizarse tanto para cuestiones de valor constitucional como para cuestiones de legalidad ordinaria; lo importante es que el acto recurrido a través del proceso especial incida sobre un derecho fundamental. En todo caso, está por ver si los tribunales hacen uso de este proceso especial para cuestiones de legalidad ordinaria<sup>56</sup>.

Ni qué decir tiene que siempre que halla cuestiones de valor constitucional de por medio cabrá el recurso de amparo ante el TC, luego de haber agotado la vía judicial. A estos efectos, y a tenor de la disposición transitoria 2ª de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, tanto vale haber utilizado el procedimiento especial como el ordinario; lo importante es que las cuestiones tengan valor constitucional. Son muchos, por cierto, los recursos de amparo que han sido presentados, dando lugar a un buen número de sentencias, estimatorias y desestimatorias, y a un no menor número de autos de inadmisión<sup>57</sup>.

La impugnación judicial de los servicios mínimos no decae si éstos no han llegado a aplicarse por desconvocatoria de la huelga. Igualmente, es posible la impugnación tras la finalización de la huelga, aunque no parezca la mejor solución para la recurrente, que no podrá solicitar ya medidas cautelares. En ambos casos el interés legítimo no es meramente potencial sino actual<sup>58</sup>: en el primer caso porque la desconvocatoria pudiera

---

<sup>56</sup> Para Mª. L. MARTÍNEZ ALARCÓN, «Nota sobre la dualidad de vía (alternatividad) para la protección de los derechos fundamentales en el contencioso-administrativo», en *Revista de Estudios Políticos*, 2000, núm. 107, p. 221, el artículo 121.2 de la nueva LJCA posibilita la utilización del proceso especial para cuestiones de legalidad ordinaria. Cfr., igualmente, E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho...*, op. cit., pp. 667-668.

<sup>57</sup> Resuelven recursos de amparo las SSTC 26/81, 51/86, 53/86, 27/89, 43/90, 122/90, 123/90, 8/92, 148/93 y 362/93. También hay que considerar la STC 11/81 que resuelve el recurso de inconstitucionalidad contra el DLRT, y las SSTC 33/81 y 233/97, que resuelven conflictos positivos de competencia.

En cuanto a los autos de inadmisión son también varios los publicados en el Repertorio de Jurisprudencia del BOE: AATC 503/89, 546/89, 703/89, 332/90. También, el ATC 304/97, publicado en el Repertorio Aranzadi. A los anteriores habría que añadir todos aquellos que no han sido publicados, que seguramente serán muchos.

<sup>58</sup> En este sentido, J. GÁRATE CASTRO, «Derecho de huelga ...», op. cit., p. 37.

Confirma la necesidad de fiscalizar los actos de fijación de servicios mínimos, aunque éstos no hayan llegado a ser aplicados por desconvocatoria de la huelga, la STS (3ª), 12-9-89, Ar. 6333, F. J. 1. Desde otra perspectiva, la STS (3ª) de 14 de marzo de 1990, Ar. 3369, declara la inadmisibilidad de un recurso impugnatorio de unos servicios mínimos que no llegaron a ser aplicados por desconvocatoria de la huelga, si bien se llega a esta conclusión por el hecho de que el sindicato actor desconvocó la huelga tras haber llegado a un acuerdo con la empresa. También declara la inadmisibilidad la STS (3ª), 23-9-

deberse al carácter antijurídico de los servicios mínimos y pudiera, en consecuencia, pretenderse una reparación de la daños causados —por ejemplo, por la publicidad efectuada—. En el segundo supuesto porque aunque la huelga haya finalizado no es indiferente la calificación de los servicios mínimos, tanto para obtener una indemnización como para evitar las consecuencias negativas que éstos hayan podido tener en la relación de servicios de los trabajadores o funcionarios designados.

En otro orden de consideraciones, aunque nunca haya sido aplicado el artículo 315.1 del Código Penal<sup>59</sup>, la doctrina coincide en apuntar que la fijación reiterada de servicios mínimos de manera inequívocamente antijurídica es una conducta que se puede perfectamente subsumir en el tipo del citado precepto penal<sup>60</sup>. Precepto que protege al derecho fundamental de huelga de los atentados más graves, entre los que sin duda pueden encontrarse los provenientes de aquellas autoridades gubernativas que conscientemente fijan servicios mínimos antijurídicos. Téngase en cuenta que en algunos casos la autoridad gubernativa fija los mismos servicios mínimos ya declarados nulos por los tribunales.

Por último, aunque tras la nueva LJCA las posibilidades de reaccionar judicialmente contra la inactividad de la Administración<sup>61</sup> han aumentado considerablemente —art. 25.2 nueva LJCA—, especialmente a través de las urgentes medidas cautelares positivas —art. 136 nueva LJCA—, lo cierto es que tal y como está redactado el artículo 29.1 nueva LJCA no puede atacarse judicialmente por esta vía específica y privilegiada la inactividad de la autoridad gubernativa *ex* artículo 10.2 DLRT. A menos que la jurisprudencia efectúe una interpretación extensiva del último de los preceptos citados la inactividad formal de la Administración, entre la que se encuentra la fijación de servicios

---

98, Ar. 6920, F. J. 3, si bien hay que tener en cuenta que la recurrente era la empresa y no los trabajadores, lo que cambia radicalmente la cuestión del interés actual.

La STS (3ª), 17-12-92, Ar. 10046, F. J. 1, entiende que es posible la impugnación de los servicios mínimos aunque ya hayan sido aplicados, con cita de doctrina anterior sobre el particular.

<sup>59</sup> Dice literalmente: «Serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses los que mediante engaño o abuso de situación de necesidad impidieren o limitaren el ejercicio de la libertad sindical o el derecho de huelga».

<sup>60</sup> Así, entre otros, A. BAYLOS GRAU y J. TERRADILLOS BASOCO, *Derecho penal del ...*, op. cit., p. 157; E. ROJO TORRECILLA (coord.), *Delitos contra los derechos de los trabajadores y contra la seguridad social*, Bosch, Barcelona, 1998, p. 208; y A. MERINO SEGOVIA, «Servicios mínimos en ...», op. cit., pp. 175-176.

mínimos<sup>62</sup>, no se beneficiará de la nueva técnica procesal, pensada exclusivamente para la inactividad material de la Administración<sup>63</sup>. Como podrá imaginarse la posibilidad de reaccionar tempestivamente contra la inactividad de la Administración interesa, por lo que al tema de esta tesis se refiere, especialmente a los usuarios de los servicios esenciales y quizá también a los empresarios.

## **2. CONTROL JUDICIAL DEL COMPLEMENTO TÉCNICO Y FUNCIONAL Y DE LAS CONSECUENCIAS DE LA IMPOSICIÓN DE SERVICIOS MÍNIMOS**

### **2. a. Control judicial del complemento técnico y funcional de los servicios mínimos**

El complemento técnico y funcional de los servicios mínimos, especialmente cuando se deja en manos de la empresa, se presta a la comisión de irregularidades. La designación de los trabajadores encargados de cumplir los servicios mínimos, en que básicamente consiste el complemento técnico, debe acomodarse formal y materialmente a lo establecido por la autoridad gubernativa en la correspondiente disposición de fijación de servicios mínimos.

Formalmente, respetando el concreto mecanismo diseñado por el acto administrativo: por ejemplo, se ha podido confiar el complemento conjuntamente a la empresa y al comité de huelga, o bien unilateralmente a la empresa, previa consulta del comité de huelga, etc. Materialmente, acomodando la actuación a los criterios formulados por la autoridad gubernativa, sin modificarlos sustancialmente<sup>64</sup>: no pueden

---

<sup>61</sup> De la inactividad de la Administración se ocupa en un voluminoso libro M. GÓMEZ PUENTE, *La inactividad de ...*, op. cit., especialmente pp. 58 ss.

<sup>62</sup> La inactividad en materia de fijación de servicios mínimos es una inactividad formal, concretamente una inactividad formal singular, siguiendo la tipología elaborada por M. GÓMEZ PUENTE, *La inactividad de ...*, op. cit., pp. 118 ss. Este mismo autor (pp. 787 ss.) considera la técnica de los servicios mínimos una garantía formal contra la inactividad material prestacional de la Administración responsable de los servicios esenciales paralizados por una huelga. Esta última propuesta no se comparte porque parte de unas bases inaceptables, a saber, que el artículo 28.2 ha constitucionalizado el principio de continuidad de los servicios públicos.

<sup>63</sup> Vid., M. GÓMEZ PUENTE, *La inactividad de ...*, op. cit., pp. 202-203.

<sup>64</sup> Cuestión distinta es que la modificación sea poco relevante y además exigida por circunstancias sobrevenidas. Así, para la STSJ Galicia, sala de lo social, 7-4-95, As. 1501, F. J. 13, el complemento técnico decidido por la empresa no excede de los servicios mínimos dictados pese a haber introducido alguna modificación, ya que ésta obedece a la variación horaria establecida a última hora por los convocantes de la huelga.

fijarse servicios mínimos distintos de los previstos<sup>65</sup>, ni tampoco aumentar o disminuir la intensidad de los fijados<sup>66</sup>. Por otra parte, se habrán de respetar los criterios establecidos para la selección de los concretos trabajadores, como por ejemplo la asignación preferente de los trabajadores que habitualmente presten los trabajos implicados o la asignación preferente de los no huelguistas; de no haber criterios el que se elija deberá ser objetivo, completamente ajeno a comportamientos discriminatorios, antisindicales, etc.

Cuando el complemento técnico y funcional no se acomode al acto administrativo de fijación de servicios mínimos y la entidad encargada del mismo persista en su actitud lo mejor será impugnarlo judicialmente. Si el complemento se acomoda al acto administrativo y es éste el presuntamente irregular la impugnación se dirigirá contra el acto administrativo, conforme a lo visto en el anterior epígrafe. Más compleja es la situación, nada infrecuente por cierto, que se produce cuando el acto administrativo deja en manos de la empresa la fijación efectiva de los servicios mínimos al amparo de un mal entendido complemento técnico. En este caso la impugnación deberá dirigirse contra el acto administrativo, que es el que verdaderamente conculca la jurisprudencia del TC sobre el particular<sup>67</sup>. Y para acabar de cerrar el círculo, si lo que se produce es una intervención empresarial sin respaldo de acto administrativo alguno la impugnación se dirigirá contra la actuación empresarial y se canalizará a través de la jurisdicción social<sup>68</sup>.

Así las cosas, y centrados ya en el control judicial del verdadero complemento técnico, lo primero que hay que saber es la jurisdicción competente. Sin fisuras dignas de

---

<sup>65</sup> La STSJ Aragón, sala de lo social, 23-6-2000, As. 1897, F. J. 4, considera lesivo del derecho de huelga el complemento técnico efectuado por la empresa —RENFE— que, de un lado, destina los trenes de mercancías previstos en los servicios mínimos para el transporte adicional de mercancías distintas de las previstas, y, de otro, desvía el trayecto de determinados trenes de pasajeros que no estaban incluidos entre los servicios mínimos. Anteriormente la RENFE había dado problemas parecidos. Es el caso de la STS (4ª) 11-7-94, Ar. 6545, que aborda el famoso caso del tren conducido por la señora Mercedes Sala.

<sup>66</sup> El caso de la STS (4ª), 16-3-98, Ar. 2993. Ya la STCT, 11-2-85, Ar. 1424, rechazaba el complemento técnico efectuado por la empresa por excesivo, al haber programado más vuelos de los incluidos en el plan de servicios mínimos.

<sup>67</sup> Por contra, A. MERINO SEGOVIA, «Servicios mínimos en ...», op. cit., pp. 179-181, otorga competencia a la jurisdicción social.

<sup>68</sup> La STSJ Navarra, sala de lo social, 15-6-99, As. 1917, parte de la competencia al orden jurisdiccional social para enjuiciar esta materia, si bien hay que tener en cuenta que en el caso el empresario se había valido formalmente del artículo 6.7 DLRT para materialmente establecer servicios mínimos ex artículo 10.2 DLRT.

relieve la jurisprudencia se ha decantado por el orden jurisdiccional social<sup>69</sup>. No se ha producido aquí debate alguno sobre el criterio que justifica dicha competencia, seguramente porque tanto el subjetivo como el objetivo apuntan a la jurisdicción social. Subjetivamente, porque del complemento técnico no se ocupa la Administración sino las partes en conflicto, unilateral o conjuntamente. Objetivamente, porque el contenido del complemento difícilmente puede ser calificado como una materia administrativa.

Competencia de la jurisdicción social cuando el litigio se suscite en relación con trabajadores con contrato de trabajo y con personal estatutario dependiente de instituciones sanitarias de la Seguridad Social<sup>70</sup>. Por contra, cuando los implicados sean funcionarios públicos o asimilados la competencia será del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, a tenor del artículo 3.1.a) LPL, en la redacción dada por la disposición adicional 5ª de la nueva LJCA<sup>71</sup>.

Si se tiene en cuenta que muchas huelgas en los servicios esenciales son secundadas tanto por trabajadores como por funcionarios, en el caso de que se impugne judicialmente el complemento técnico y funcional de los servicios mínimos dos serán los ordenes jurisdiccionales llamados a pronunciarse, el social y el contencioso-administrativo<sup>72</sup>. Esta problemática situación, que no es exclusiva del mantenimiento de los servicios esenciales, no parece de recibo por puro sentido común<sup>73</sup>.

---

<sup>69</sup> Cfr., STS (4ª) 11-7-94, Ar. 6545; STS (4ª) 21-10-95, Ar. 7863, F. J. 2, aunque en este caso se esté ante una utilización retorcida del control judicial, ya que no se pretendía proteger al derecho de huelga sino obstaculizarlo; STS (4ª), unificación de doctrina, 12-3-97, Ar. 2892, F. J. 4; y STS (4ª), 16-3-98, Ar. 2993, que confirma la STSJ de Andalucía, sala de lo social, 7-3-97, As. 1071, F. J. 3. Igualmente, SAN, sala de lo social, 5-5-93, As. 5598; STSJ Aragón, 20-1-93, As. 97, F. J. 3; STSJ Aragón, sala de lo social, 20-7-95, As. 2848, F. J. 2; STSJ Aragón, sala de lo social, 18-7-97, As. 2909; y STSJ Aragón, sala de lo social, 23-6-2000, As. 1897.

Un caso anecdótico es el de la STSJ de Extremadura, sala de lo contencioso-administrativo, 14-10-92, del que da cuenta la STS (3ª) 10-10-95, Ar. 7598, F. J. 1, que entró indebidamente a conocer el complemento técnico y funcional de los servicios mínimos, considerándolo antijurídico.

<sup>70</sup> El personal estatutario dependiente de instituciones sanitarias de la Seguridad Social ha sido jurisprudencialmente expulsado del ámbito del artículo 3.1.a) LPL. Así, STS (4ª), 22-10-93, Ar. 7856 y STS (3ª), 8-2-94, Ar. 990.

<sup>71</sup> Vid. J. M. DILLA CATALÁ, «Funcionarios, personal estatutario de la Seguridad Social y tutela de los derechos de libertad sindical y huelga (STS, 4ª, 15 diciembre 1997, y Ley 29/1998, 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa)», en *AL*, 1998-3, pp. 4031 ss.

<sup>72</sup> De un supuesto de este tipo da cuenta la STSJ de Cataluña, sala de lo social, 7-10-93, As. 4517.

<sup>73</sup> En Italia también ha habido problemas de dualidad jurisdiccional que han desaparecido con la progresiva laboralización del empleo público. En la actualidad, y tras la reforma de la Ley sobre el empleo público de 1998, los litigios en materia de libertad sindical y huelga de los empleados públicos son competencia de la jurisdicción social y no, como en el pasado, de la contencioso-administrativa.

La impugnación ante la jurisdicción social se canaliza por el proceso especial de protección del derecho de libertad sindical y demás derechos fundamentales —art. 175 ss. LPL—, que pese a su celeridad no asegura un pronunciamiento tempestivo, lo que de nuevo convierte a la tutela cautelar en garantía de una verdadera tutela judicial efectiva.

Tutela cautelar que, a diferencia de lo que sucede en lo contencioso-administrativo, tiene carácter excepcional, por lo que los trabajadores recurrentes deben probar la existencia de daños de imposible reparación —art. 178.1 LPL— o al menos aportar indicios de los mismos<sup>74</sup>. Por otra parte, esa misma actividad probatoria es necesaria para desencadenar la inversión del *onus probandi* del artículo 179.2 LPL.

Sin duda, el aspecto más significativo de este control judicial es la reparación de los perjuicios ocasionados que acompaña a los pronunciamientos estimatorios —art. 180.1 LPL—<sup>75</sup>. En todo caso, es necesario probar el concreto perjuicio cuya reparación se reclama<sup>76</sup>.

## **2. b. Control judicial de las eventuales consecuencias disciplinarias y de otro tipo de la imposición de servicios mínimos**

En su momento se dijo que la orden empresarial por la que se designan a determinados trabajadores para cubrir los servicios mínimos no se ampara en el normal poder de dirección sino en el acto administrativo de fijación de servicios mínimos. Ahora

---

Vid., por todos, G. ORLANDINI, «Le modifiche apportate dalla legge n. 146/1990 ad altre norme di legge», en P. Pascucci (a cura di), *La nuova disciplina dello sciopero nei servizi essenziali*, Ipsoa, 2000, pp. 136-137 y M. MISCIONE, «La giurisdizione esclusiva del giudice del lavoro sulla condotta antisindacale», en L. Menghini, M. Miscione y A. Vallebona (a cura di), *La nuova disciplina dello sciopero nei servizi pubblici essenziali*, Cedam, Padova, 2000, pp. 147 ss.

<sup>74</sup> Vid., A. MERINO SEGOVIA, «Servicios mínimos en ...», op. cit., pp. 180-181.

<sup>75</sup> La STS (4ª) 16-3-98, Ar. 2993, F. J. 5, confirma la indemnización de daños y perjuicios establecida por la STSJ de Andalucía/Málaga, 7-3-97, As. 1071, F. J. 5, a favor de los sindicatos demandantes como consecuencia de una extralimitación empresarial a la hora de complementar técnicamente los servicios mínimos. Literalmente establece: «{...} la Sala considera que en el presente caso la indemnización que debe fijarse en favor de cada uno de los sindicatos demandantes debe alcanzar la suma de un millón de pesetas, ponderando las circunstancias concurrentes en el caso, la naturaleza de la lesión, la ausencia de perjuicios materiales acreditados, el periodo de tiempo que ha durado la vulneración del derecho fundamental y la limitación del mismo a un centro de trabajo concreto de las demandadas». Vid., también, la STSJ Aragón, sala de lo social, 23-6-2000, Ar. 1897, F. J. 4.

<sup>76</sup> Vid., a este propósito, las SSTs (4ª), 22-7-96, Ar. 6381; 20-1-97, unificación de doctrina, Ar. 620; 2-2-98, unificación de doctrina, Ar. 1251; y 9-11-98, Ar. 8917. Véase, M. ALONSO OLEA y M. E. CASAS BAAMONDE, *Derecho del Trabajo*, op. cit., p. 659, nota 157.



bien, una vez designados los trabajadores el empresario ejerce sobre los mismos sus ordinarios poderes de dirección y control. Los litigios que pudieran surgir en relación con la prestación de servicios de los trabajadores designados, en materia de salario, horario, control de la prestación, etc., se ventilarán ante la jurisdicción social sin particularidad alguna<sup>77</sup>. Para los funcionarios públicos, lógicamente, la jurisdicción competente será la contencioso-administrativa.

Más complejo es el ejercicio del poder disciplinario sobre los trabajadores designados para cumplir los servicios mínimos. Hay que distinguir aquí dos supuestos: primero, ejercicio del poder disciplinario por cuestiones ajenas al incumplimiento de la obligación de atender los servicios mínimos. En este caso no hay singularidad alguna digna de mención: en los trabajadores conocerá la jurisdicción social y en los funcionarios la contencioso-administrativa. Segundo supuesto, ejercicio del poder disciplinario como consecuencia del incumplimiento de la obligación de atender los servicios mínimos. Aquí es donde comienzan a aparecer problemas, singularmente cuando en la impugnación judicial del ejercicio del poder disciplinario se alegue como justificación del incumplimiento la existencia de irregularidades en la imposición de los servicios mínimos.

Dentro de este supuesto hay que distinguir a su vez distintos casos. Así, cuando los afectados sean funcionarios públicos la complicación desaparece, pues sólo resultará implicada la jurisdicción contencioso-administrativa. Cuando los afectados sean trabajadores *stricto sensu* y las irregularidades se imputen al complemento técnico y funcional tampoco hay problemas, al resultar exclusivamente competente la jurisdicción social. Cuando ésta fiscalice el ejercicio del poder disciplinario, por el correspondiente proceso, que no es el especial de protección de los derechos fundamentales, tendrá que determinar con carácter previo si el complemento técnico se ajusta o no a lo establecido en el acto administrativo de imposición de servicios mínimos, y, en el supuesto de que no

---

<sup>77</sup> Así, a propósito de un problema salarial, la STSJ de Aragón, sala de lo social, 26-10-98, As. 3444, que establece lo siguiente: «El trabajo desarrollado en servicios mínimos es por tanto retribuable en la forma ordinaria, como se retribuiría el mismo trabajo fuera de una situación de huelga {...}» (F. J. 3); y: «De igual modo que se remuneraría al médico que pudiera hacer ese mismo trabajo durante la huelga, pero sin unirse a ella ni estar sujeto a mínimos» (F. J. 4).

se ajuste, si la magnitud de la irregularidad justifica o no el incumplimiento, esto es, si concurre o no algún supuesto de *ius resistentiae*<sup>78</sup>.

Se llega de este modo al caso verdaderamente problemático, al que se produce cuando los afectados son trabajadores *stricto sensu* y las irregularidades se imputan al acto administrativo de fijación de servicios mínimos. En este caso, mientras del control del poder disciplinario conocerá la jurisdicción social, de la fiscalización del acto administrativo se ocupará la jurisdicción contencioso-administrativa. El problema radica en el hecho de que la dualidad jurisdiccional puede suponer, de hecho ha supuesto<sup>79</sup>, que la jurisdicción social prescindiera de las alegaciones relativas a la irregular imposición de servicios mínimos, por corresponder a la jurisdicción contencioso-administrativa, con el resultado de que invariablemente se convaliden las sanciones por incumplimiento de servicios mínimos<sup>80</sup>, esto es, que no quepa en modo alguno el *ius resistentiae*.

El problema que se acaba de presentar, agravado por el hecho de que en esta materia no haya prejudicialidad devolutiva —art. 4 LPL—<sup>81</sup>, ha motivado la intervención

---

<sup>78</sup> De la desobediencia injustificada y de la justificada, incluidos los supuestos de *ius resistentiae*, a propósito del despido disciplinario, véase, R. AGUILERA IZQUIERDO, *Las causas del ...*, op. cit., pp. 126 ss. En general, M. D. ROMÁN DE LA TORRE, *Poder de dirección y contrato de trabajo*, Graphis, Valladolid, 1992 y M. LUQUE PARRA, *Los límites jurídicos de los poderes empresariales en la relación laboral*, Bosch, Barcelona, 1999.

En materia de servicios mínimos de seguridad y mantenimiento, E. GONZÁLEZ BIEDMA, *Derecho de huelga ...*, op. cit., p. 134, entiende que los trabajadores designados sólo podrán ampararse en el *ius resistentiae* cuando la designación sea manifiesta o notoriamente ilegal.

<sup>79</sup> En el caso enjuiciado por la STC 123/90, la magistratura de trabajo prescinde de las alegaciones relativas a las irregularidades en la imposición de servicios mínimos y entiende que los trabajadores no pueden decidir si una orden empresarial es o no conforme a Derecho, con la posibilidad de incumplirla a la espera de que *a posteriori* la jurisdicción correspondiente les avale. Esta misma tesis mantiene la empresa. Por contra, la representación de los trabajadores y el Ministerio Fiscal otorgan relevancia a la decisión de los trabajadores a la espera de que ésta venga avalada por los tribunales. Ambas posiciones son inaceptables si llevadas hasta sus últimas consecuencias. De la presentación y crítica de las posiciones se ocupa la STC 123/90, F. J. 5.

<sup>80</sup> Sin perjuicio, claro está, de las irregularidades en que pueda incurrirse en el ejercicio mismo del poder disciplinario, especialmente la vulneración del principio de igualdad de trato y no discriminación. En este sentido, A. BAYLOS GRAU, «Derecho de huelga en ...», op. cit., p. 217, citando la STS (4<sup>a</sup>), 7-2-89, Ar. 697. Cfr., del mismo autor «Sobre los despidos ...», op. cit., pp. 246 ss. En general, véase, M. C. PALOMEQUE LÓPEZ, *Despidos discriminatorios y libertad sindical*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1983 y J. A. SAGARDOY BENGOCHEA, «El despido discriminatorio», en AA.VV., *Estudios sobre el despido disciplinario*, ACARL, Madrid, 1992, pp. 595 ss.

<sup>81</sup> Para F. FERRANDO GARCÍA, *Los efectos de ...*, op. cit., pp. 107-109, la cuestión prejudicial que existe en esta materia no tiene carácter devolutivo. En general, véase, C. SENÉS MOTILLA, *Las cuestiones prejudiciales en el sistema procesal español*, McGraw-Hill, Madrid, 1996.

En Italia también existe un problema de dualidad jurisdiccional, si bien resuelto en parte mediante la existencia en esta materia de prejudicialidad devolutiva. El pronunciamiento del juez ordinario sobre las sanciones aplicadas en caso de incumplimiento de los servicios mínimos se suspenderá cuando haya habido impugnación del acto administrativo —*precezzazione*— ante la competente jurisdicción

del TC, a través de la sentencia 123/1990, de 2 de julio<sup>82</sup>. El alto tribunal solventa en la medida de lo posible el problema otorgando a la jurisdicción social competencia para controlar el acto administrativo de fijación de servicios mínimos a los solos efectos de fiscalizar las irregularidades alegadas por los trabajadores como justificación de la desobediencia de la orden empresarial de prestación de servicios mínimos. Concretamente entiende el TC: «Cuando el sancionado alega como causa de justificación el ejercicio legítimo del derecho de huelga esta denunciando que la sanción ha lesionado un bien jurídico propio, lo que obliga al Juez de lo Social a valorar, desde una perspectiva constitucional, la actuación de los trabajadores al incumplir la orden que consideraron ilegítima, ponderando adecuadamente los derechos y deberes en conflicto, el de huelga y el del funcionamiento de los servicios esenciales, límite legítimo al ejercicio de aquel derecho» (F. J. 5).

A tenor de esta doctrina el control judicial de los actos administrativos de fijación de servicios mínimos sigue en manos de la jurisdicción contencioso-administrativa, sin que los eventuales pronunciamientos del orden social vinculen en modo alguno a la jurisdicción contencioso-administrativa —art. 4.2 LPL—.

Esta solución, no exenta de críticas<sup>83</sup>, parece razonable y seguramente sea la única posible en el actual marco jurídico<sup>84</sup>. Otra cosa es lo que *de lege ferenda* pueda hacerse. Lo que sí puede “achacársele” al TC es que deja muchos flecos abiertos. Así, no es lo

---

contencioso-administrativa. Lógicamente, el juez ordinario puede suspender cautelarmente las sanciones impuestas a la espera de que se pronuncie primero la jurisdicción administrativa. Sobre el particular, vid., por todos, G. ORLANDINI, «Il procedimento di ...», op. cit., pp. 188-189. En todo caso, éste es sólo uno de los muchos problemas procesales ligados al mantenimiento de los servicios esenciales *ex Ley* 146/90. En general, vid., A. VALLEBONA, «Il ruolo del giudice nel sistema della legge sullo sciopero nei servizi essenziali», en *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro*, 1991, pp. 326 ss. y R. VACCARELLA y B. SASSANI, «Profili processuali della legge sull'esercizio del diritto di sciopero nei servizi essenziali», en *Rivista di Diritto Processuale*, 1991, pp. 466 ss.

<sup>82</sup> Comentada por M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, «Dualidad de jurisdicciones ...», op. cit., pp. 28-34; M. ALONSO OLEA, *Jurisprudencia constitucional sobre ...*, op. cit. (1991), pp. 329-34; y A. BAYLOS GRAU, «Derecho de huelga en ...», op. cit., pp. 217 ss.

<sup>83</sup> La mayor crítica procede del voto particular formulado por el magistrado Rubio Llorente, quien constata una notable contradicción interna en la argumentación de la sentencia. M. ALONSO OLEA, *Jurisprudencia constitucional sobre ...*, op. cit. (1991), pp. 329-34, también manifiesta la contradicción interna en la que la sentencia incurre, lo que le lleva a criticarla y a rechazarla. Por contra, M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, «Dualidad de jurisdicciones ...», op. cit., pp. 28-34, entiende que la solución adoptada por el TC aplica correctamente la doctrina del *ius resistentiae* ante ordenes manifiestamente ilegales.

<sup>84</sup> Así lo entiende A. BAYLOS GRAU, «Derecho de huelga en ...», op. cit., p. 222.

mismo que la jurisdicción social se pronuncie en primer lugar, que será lo habitual, a que lo haga tras el correspondiente pronunciamiento de la jurisdicción contencioso-administrativa. En el caso de que primero se haya pronunciado la jurisdicción contencioso-administrativa, que es lo que sucede en el asunto enjuiciado por la STC 123/90, la jurisdicción social sólo quedará vinculada cuando la sentencia haya entrado en el fondo de los servicios mínimos concretamente incumplidos. En otro caso, es decir, cuando la sentencia se haya centrado en cuestiones formales o cuando haya entrado en el fondo pero de manera absolutamente genérica, la jurisdicción social decidirá sin sujetarse a lo establecido por la contencioso-administrativa<sup>85</sup>. Cobran así sentido los siguientes párrafos de la STC 123/90: «{...} la anulación del Decreto (de servicios mínimos), salvo que se pronuncie en concreto sobre los servicios que les fueron impuestos a los trabajadores, no puede entenderse como la declaración de que los servicios concretos asignados a los recurrentes deban considerarse no esenciales, pero hace perder a la decisión empresarial la cobertura de legitimidad», y: «{...} la revisión judicial de la sanción impuesta debería haber tenido en cuenta también, aunque no necesariamente de forma decisiva, la anulación posterior del acto gubernativo que imponga los servicios mínimos». (F. J. 5).

Cuando la jurisdicción social intervenga antes que la contencioso-administrativa o cuando sólo intervenga la jurisdicción social, porque no hayan sido impugnados los servicios mínimos, el enjuiciamiento se limitará a los extremos necesarios para calificar el comportamiento infractor. Fiscalización, por tanto, en la que debe prevalecer el análisis de las irregularidades que a juicio de los trabajadores sancionados vulneran manifiestamente el derecho fundamental de huelga y justifican el incumplimiento de la orden empresarial de atención de los servicios mínimos. Análisis exclusivamente centrado en el alcance de las supuestas irregularidades sobre el comportamiento infractor de los trabajadores sancionados<sup>86</sup>. Claro está, en ese análisis la jurisdicción social deberá

---

<sup>85</sup> Para F. FERRANDO GARCÍA, *Los efectos de ...*, op. cit., pp. 105-106, hay que diferenciar dos supuestos: primero, que la sentencia del orden contencioso-administrativo haya entrado exhaustivamente en el análisis de fondo de los servicios mínimos que se hubieren incumplido, en cuyo caso la jurisdicción social estará sujeta a lo decidido por la anterior. Segundo, que el pronunciamiento de fondo sea excesivamente genérico o que sea un mero pronunciamiento formal, en cuyo caso la jurisdicción social no estará vinculada por la decisión del orden contencioso-administrativo.

<sup>86</sup> Para A. BAYLOS GRAU, «Sobre los despidos ...», op. cit., p. 253, si el acto administrativo acoge los servicios mínimos pactados entre los sindicatos convocantes y las empresas afectadas gozará de una fuerte presunción de corrección, que facilitará la apreciación de culpabilidad en la conducta de

utilizar la copiosa doctrina que sobre el establecimiento de servicios mínimos han establecido el TC y los tribunales de lo contencioso-administrativo<sup>87</sup>.

Se trata, por tanto, del análisis de una cuestión prejudicial no devolutiva —art. 4.1 LPL—<sup>88</sup>. Si el control de la jurisdicción social se efectúa de esta forma la, en su caso, intervención posterior de la jurisdicción contencioso-administrativa de signo contrario será irrelevante<sup>89</sup>.

Si el Juez de lo Social entendiera que el acto administrativo conculca manifiestamente el derecho de huelga de los trabajadores designados, la negativa a cumplir los servicios mínimos constituiría un supuesto de *ius resistentiae*<sup>90</sup>. Por supuesto, si el incumplimiento de los servicios mínimos se hubiese sancionado con despido disciplinario éste será judicialmente calificado nulo<sup>91</sup>.

La doctrina expuesta resulta aplicable tanto al poder disciplinario ejercido sobre los trabajadores infractores como al poder disciplinario proyectado sobre los representantes de los trabajadores que hubiesen organizado el incumplimiento de los servicios mínimos.

Para concluir, toda la argumentación sostenida en este epígrafe está partiendo de la

---

los trabajadores infractores. En parecidos términos, S. TORRENTE GARI, *El ejercicio del ...*, op. cit., p. 414.

<sup>87</sup> Así lo entiende A. BAYLOS GRAU, «Derecho de huelga en ...», op. cit., p. 221.

L. E. DE LA VILLA, «Servicios mínimos en ...», op. cit., p. 449, advierte que no operará aquí la inversión del *onus probandi*, por lo que tocará a los trabajadores recurrentes probar que la disposición de fijación de servicios mínimos no se ajusta a Derecho.

<sup>88</sup> Para F. FERRANDO GARCÍA, *Los efectos de ...*, op. cit., pp. 107 ss., si la jurisdicción social se pronuncia sin que hayan sido impugnados los servicios mínimos ante la jurisdicción contencioso-administrativa la adecuación de los concretos servicios mínimos será una cuestión prejudicial no devolutiva, en la que forzosamente habrá de entrar la jurisdicción social. Lo mismo cabe decir en relación con el supuesto más probable de que impugnados los servicios mínimos la jurisdicción social se pronuncie antes que la contencioso-administrativa.

<sup>89</sup> F. FERRANDO GARCÍA, *Los efectos de ...*, op. cit., pp. 110 ss., se ocupa de las distintas posibilidades de recurrir las decisiones de la jurisdicción social en base a decisiones posteriores de signo contrario de la jurisdicción contencioso-administrativa.

<sup>90</sup> Para F. FERRANDO GARCÍA, *Los efectos de ...*, op. cit., p. 104, la resistencia de los trabajadores a la orden empresarial sólo cabría por razones de fondo, como la falta de esencialidad o la innecesariedad o desproporción de los servicios mínimos, pero no por razones formales.

<sup>91</sup> Vid., mi trabajo «El despido disciplinario ...», op. cit., pp. 680 ss. También, C. RIERA VAYREDA, *El despido nulo*, Tirant lo blanch, Valencia, 1999, pp. 204 ss.

Sin embargo, la STSJ de Cataluña, 5-2-96, As. 402, declara improcedente el despido de un trabajador que había sido designado para cubrir servicios mínimos, sin especificación de horario concreto, y que había acudido al horario de tarde, cumpliendo así la finalidad del acto gubernativo emanado a tal efecto.

juridicidad de la huelga, en cuyo seno se produce la fijación de servicios mínimos y su posterior incumplimiento. Lógicamente, el control judicial de unos incumplimientos que se hubieran producido en el seno de una huelga ilícita —así calificada judicialmente— respondería a bases teóricas distintas de las aquí estudiadas, comenzando por la obligación de prestar no ya los servicios mínimos sino los normales servicios productivos.

### **3. DEFICIENCIAS DEL CONTROL JUDICIAL Y REFORMA NECESARIA**

Si hay una cuestión que en torno a la huelga en los servicios esenciales suscita unanimidad ésa es, sin duda, el deficiente control judicial<sup>92</sup>. Tan es así que el propio TC crítica de manera tajante la fiscalización que de los actos administrativos de fijación de servicios mínimos viene efectuándose. Pese a su extensión parece conveniente reproducir íntegramente la crítica proveniente del alto tribunal:

«El fondo del asunto muestra una vez más las consecuencias que produce en neutro ordenamiento la falta de desarrollo adecuado del mandato que al legislador impone el art. 28.2 CE, lo que origina una conflictividad innecesaria en relación con la fijación de los servicios esenciales, y una puesta en peligro tanto de la garantía del mantenimiento de los servicios esenciales como del ejercicio legítimo del derecho de huelga, lo que exige el establecimiento de procedimientos adecuados para asegurar la necesaria ponderación de los bienes constitucionales en juego. Corresponde a la ley garantizar, mediante los instrumentos oportunos, el mantenimiento de los servicios esenciales de la Comunidad en caso de huelga, pero, al mismo tiempo, también le corresponde establecer medidas que garanticen el respeto del ejercicio legítimo del derecho de huelga, incluida la previsión de vías jurisdiccionales adecuadas (art. 53.2 C.E.) que permitan preservar el derecho de huelga frente a las eventuales extralimitaciones y excesos en la fijación de los servicios mínimos. Una adecuada ponderación de los derechos y bienes constitucionales que se ponen en juego en el caso de huelga en servicios esenciales para la Comunidad obliga también a que el establecimiento de mecanismos que aseguren el funcionamiento de dichos servicios esenciales venga acompañado también de vías que permitan someter a un control judicial inmediato las correspondientes decisiones de imposición de servicios mínimos que puede considerarse también como una garantía adicional de la efectividad del cumplimiento de los mismos. Como dijimos en la STC 11781, fundamento jurídico 18, es constitucional la atribución a la autoridad gubernativa de la potestad de dictar las medidas necesarias para garantizar el mantenimiento de los servicios esenciales de la Comunidad, pero “en cuanto que el ejercicio de esta potestad está sometido a la jurisdicción de los tribunales de justicia y al recurso de amparo ante

---

<sup>92</sup> Cfr., por todos, S. TORRENTE GARI, *El ejercicio del ...*, op. cit., pp. 294 ss. y J. GÁRATE CASTRO, «Derecho de huelga ...», op. cit., pp. 33-34.

este Tribunal {fallo 2º.e)}, por lo que puede considerarse que el control judicial de las medidas gubernativas es al tiempo garantía integrante del ejercicio del derecho de huelga. No cumple en cambio adecuadamente el art. 53.2 C.E. un control judicial que se realiza dos años después de realizarse la huelga y que carezca de efecto práctico alguno sobre la huelga ya realizada o sus consecuencias. Por otro lado y ello juega también en favor del carácter preventivo del control de funcionamiento de los servicios esenciales se concilia difícilmente con un control contencioso que, como ha sucedido en el presente caso, se limite a anular aquella decisión, creando un vacío sobre cuáles servicios mínimos debían mantenerse en los transportes urbanos durante la correspondiente huelga. No es un procedimiento adecuado a la Constitución aquel que, partiendo del carácter esencial de unos servicios, anula la disposición gubernativa correspondiente sin modificarla o dar tiempo a sustituirla para evitar la puesta en peligro de los derechos, bienes e intereses que la Constitución trata de salvaguardar mediante la garantía de los servicios esenciales» (STC 123/90, F. J. 4).

Sin necesidad de entrar en cuestiones de detalle, como los inconvenientes de la dualidad jurisdiccional, la escasa utilización de la suspensión cautelar, etc., resulta evidente que en su conjunto el control judicial de las medidas garantizadoras del mantenimiento de los servicios esenciales es claramente insatisfactorio por extemporáneo. Insatisfacción del control judicial que resulta especialmente manifiesta en una materia caracterizada por una altísima litigiosidad consecuencia de la irregular actuación de la Administración<sup>93</sup>.

El panorama, por tanto, no puede ser más desolador: se recurre a los tribunales mucho más de lo que sería lógico y para colmo los tribunales no están en condiciones de solventar con eficacia los litigios que se le someten. Se recurre a los tribunales más de lo deseable por múltiples razones: porque el mantenimiento de los servicios esenciales, materia sensible donde las haya, se presta a discrepancias, porque la heterorregulación que domina la materia es en sí misma causa de litigiosidad, porque la Administración está haciendo un uso de la potestad conferida en general irregular, porque los mecanismos de solución extrajudicial no se extienden a este particular, etc. Como se comprenderá una de las consecuencias de la consabida ineficacia del control judicial es el incumplimiento masivo de servicios mínimos<sup>94</sup>. Incumplimiento que a su vez, y en el supuesto de que el

---

<sup>93</sup> Así lo entiende J. GÁRATE CASTRO, «Derecho de huelga ...», op. cit., p. 33.

<sup>94</sup> Un incumplimiento masivo se produjo con ocasión de las huelgas de marzo de 1980 en el Metro de Madrid, según A. BAYLOS GRAU, «La intervención del ...», op. cit., pp. 202-204. Vid., en el mismo sentido, el artículo de LLORET y CASTRO en el diario *El País*, de 20 de marzo de 1986, bajo el significativo título «Por qué no hemos respetado los servicios mínimos».

empresario haya ejercido el poder disciplinario, genera nuevos problemas judiciales, los ligados a la dualidad jurisdiccional.

La ineficacia del actual control judicial demanda una reforma legislativa, que lógicamente debiera formar parte de la anunciada ley de desarrollo del artículo 28.2 CE, como de hecho sucedía con el PLOH. Ahora bien, como tantas veces se ha dicho, a corto y medio plazo el desarrollo del artículo 28.2 no tiene visos de cumplirse, por lo que es más fácil que la reforma tenga carácter específico y se articule a través de la modificación de las correspondientes leyes procesales. En este sentido, resulta criticable que la última reforma del artículo 3 LPL operada por la Ley 29/98, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, no se ocupase de la problemática procesal planteada por la fijación de servicios mínimos<sup>95</sup>. Habrá que esperar, por tanto, a la próxima reforma, que tarde o temprano habrá de producirse porque la delimitación entre los ordenes social y contencioso-administrativa no ha sido ni muchísimo menos eliminada por la última reforma.

Independientemente de la vía reformadora que se utilice casi todos coinciden en la necesidad de otorgar competencia para conocer de todas las cuestiones relacionadas con el mantenimiento de los servicios esenciales exclusivamente a la jurisdicción social<sup>96</sup>. Ninguna objeción cabe plantear a esta casi unánime postura, especialmente si como aquí se ha hecho se defiende la naturaleza laboral y no administrativa del mantenimiento de los servicios esenciales.

---

<sup>95</sup> Sobre esta reforma, por todos, G. B. OLMEDA FREIRE, *La problemática delimitación ...*, op. cit., pp. 247 ss.

<sup>96</sup> Partidarios de la competencia exclusiva de la jurisdicción social son, entre otros, L. E. DE LA VILLA, «Servicios mínimos en ...», op. cit., p. 449; M. A. CAMPOS ALONSO, «Hacia una nueva ...», op. cit., pp. 43 ss.; R. MARTÍNEZ EMPERADOR, «Huelga en servicios ...», op. cit., pp. 93, 96 y 100; I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, *El proyecto de ...*, op. cit., pp. 50-51; J. GÁRATE CASTRO, «Derecho de huelga ...», op. cit., p. 36; y G. B. OLMEDA FREIRE, «Los Decretos sobre ...», op. cit., pp. 43-44 y 47.

Por contra, para M. GARCÍA FERNÁNDEZ-LOMANA, «Fijación de servicios ...», op. cit., pp. 244 ss., el problema no es tanto de dualidad jurisdiccional como de prejudicialidad y debería resolverse por esta última vía, mediante la regulación de las conexiones entre las dimensiones colectiva e individual del fenómeno, como sucede en el caso del proceso de conflicto colectivo. También propone abordar el problema por la vía de la prejudicialidad, creando un específico supuesto de carácter devolutivo, F. FERRANDO GARCÍA, *Los efectos de ...*, op. cit., p. 108, nota 78.



Más complejo es el cauce procesal a utilizar, habida cuenta de que un control judicial que pretenda ser eficaz tiene que ser anterior al inicio de la huelga, sin que dicho control anterior sea el efectuado a través de la tutela cautelar. Así las cosas, y puesto que el plazo que media entre el preaviso de huelga y el inicio es relativamente corto, difícilmente el proceso especial de tutela de los derechos fundamentales —art. 175 ss. LPL— puede asegurar un control judicial anterior al inicio de la huelga<sup>97</sup>. Parece conveniente, en este orden de consideraciones, la creación dentro del citado proceso especial de una previsión específica que asegure la máxima celeridad, la tempestividad del pronunciamiento judicial, al estilo de lo que sucede en la jurisdicción contencioso-administrativa respecto del derecho fundamental de reunión —art. 122 nueva LJCA—<sup>98</sup>.

---

<sup>97</sup> Sin embargo, ésa fue la opción escogida por el PLOH, en su artículo 20, siguiendo los planteamientos de la propuesta sindical en lugar de los del proyecto inicial del gobierno socialista que optaba por mantener la actual dualidad jurisdiccional. Cfr., I. ALBIOL MONTESINOS, «Efectos, responsabilidad y ...», op. cit., pp. 153-176 e I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, *El proyecto de ...*, op. cit., pp. 50-51.

<sup>98</sup> L. M. LÓPEZ SANZ-ARANGUEZ, J. SÁNCHEZ-JUNCO y M. MOIX BLÁZQUEZ, «Los servicios mínimos ...», op. cit., p. 1027, proponen como solución la implantación de un procedimiento especial oral como el del derecho de reunión.

L. E. DE LA VILLA, «Servicios mínimos en ...», op. cit., p. 449, plantea la conveniencia de establecer dentro de la jurisdicción social una modalidad especial de corte interdictal para la determinación judicial de la esencialidad del servicio y de la adecuación de la motivación o del alcance de las medidas dispuestas para su garantía. En la misma línea se sitúa la Asociación Jueces para la Democracia, 6º Congreso, 1991 (referencia tomada de *GS*, 1991, núm. 98, p. 65). También se decanta por la necesidad de una nueva modalidad procesal especial J. M. MARÍN CORREA, «Notas sobre una ...», op. cit., pp. 129-133, si bien para este autor dicha modalidad no se limitaría a los problemas relacionados con el mantenimiento de los servicios esenciales. Por su parte, J. GÁRATE CASTRO, «Derecho de huelga ...», op. cit., p. 36, propone seguir el procedimiento de protección del derecho de libertad sindical y demás derechos fundamentales para obtener una resolución previa al inicio de la huelga, aunque no aclara si ese objetivo necesita o no una reforma del proceso especial de los artículos 175 ss. LPL.

## CONCLUSIONES

**Primera:** La Constitución española de 1978 eleva la huelga a la condición de derecho fundamental. Esta calificación jurídica es el resultado de una difícil evolución histórica, cuyo hilo conductor es la desconfianza con que el Poder y de su mano el Derecho contemplan la citada medida conflictiva. Desconfianza que se ha concretado en la calificación de la huelga como delito, como incumplimiento contractual y como derecho subjetivo fuertemente limitado.

La construcción normativa, jurisprudencial y doctrinal de los límites del derecho de huelga, así como su aplicación práctica, no siempre justificadas, son la moderna expresión de la histórica desconfianza. Puesto que el mantenimiento de los servicios esenciales es hoy día el más importante de los límites del derecho de huelga hay que determinar hasta qué punto el régimen jurídico de la huelga en los servicios esenciales está plenamente justificado y hasta qué punto dicho régimen está sirviendo como moderna expresión de la histórica desconfianza.

**Segunda:** La huelga es un derecho fundamental porque está reconocida en el artículo 28.2 de la Constitución y porque dicho reconocimiento tiene una sólida raíz axiológica, con la igualdad material, la libertad y la solidaridad a la cabeza. El derecho de huelga se fundamenta en los mismos valores que el resto de derechos fundamentales, posibilitando, en consecuencia, la autonomía moral de los ciudadanos-trabajadores, el libre desarrollo de su personalidad.

La inclusión más que justificada de la huelga en la categoría de los derechos fundamentales debiera rodear a este fenómeno social de la aureola que acompaña a los derechos fundamentales, del respeto con que se habla del derecho a la vida, del derecho a la intimidad, del derecho a la libertad de expresión, etc. Sin embargo, no parece arriesgado afirmar que desde hace años no corren buenos tiempos para la huelga, que el descrédito se ha apoderado *grosso modo* de este fenómeno.

La explicación del descrédito hay que buscarla en el complejo mundo axiológico que rodea a la huelga como fenómeno social. Un mundo en el que pugnan permanentemente

valores de signo contrario. La condición fundamental del derecho de huelga en la Constitución de 1978 refleja el mayor peso que histórica y racionalmente cabe otorgar a valores como la libertad, la igualdad material, la solidaridad y la seguridad. Ahora bien, los comportamientos que en los últimos años han mantenido los trabajadores y sus representantes, y la interesada amplificación de dichos comportamientos por los poderes públicos y por los medios de comunicación, han provocado que emerjan con fuerza en la actualidad asociados a las huelgas desvalores como la coacción, la desigualdad, la insolidaridad y la inseguridad.

No siendo la huelga un derecho fundamental por casualidad, un cuerpo extraño en la anterior categoría, está en manos de los sujetos que últimamente la han desacreditado acabar con el descrédito, desterrar los desvalores al campo que les es propio —límites del derecho— y situarla en el lugar que le corresponde, como instrumento cuya utilización, cuando sea realmente necesaria, contribuye a fortalecer el Estado Social y Democrático de Derecho que España es.

**Tercera:** La huelga es un derecho fundamental que se articula jurídicamente como derecho subjetivo de eficacia *erga omnes*. Esta articulación en lugar de otras posibles, como por ejemplo garantía institucional, otorga a los trabajadores una posición jurídico-activa de ventaja, de supremacía, que se concreta en un complejo haz de facultades individuales y colectivas en su poder y en la correlativa posición jurídico-pasiva de sujeción y respeto de cualesquiera poderes públicos y privados.

Al estar reconocido en la sección 1ª del capítulo 2º del título I de la Constitución —art. 28.2— el derecho de huelga se beneficia de la totalidad de garantías diseñadas por la Carta Magna. Por su ubicación sistemática el derecho subjetivo de huelga es de los más resistentes o, si se prefiere, de los más fundamentales.

Desde el punto de vista funcional, el derecho fundamental de huelga es un derecho social, esto es, un instrumento al servicio de la igualdad material, que es lo que mejor define a los derechos sociales. La igualdad material a la que sirve funcionalmente la huelga exige y justifica la diferenciación, la desigualdad jurídica que el derecho de huelga supone. El derecho de huelga es uno de esos derechos fundamentales cuyo titular no es

el hombre abstracto, el *homo iuridicus*, sino el hombre situado, el hombre que ostenta una determinada posición social, en este caso de desventaja socioeconómica y de subordinación jurídica; en definitiva, el trabajador por cuenta ajena, ya sea personal laboral, funcionario o administrativo.

Qué la huelga sea un derecho subjetivo y fundamental de los trabajadores, como lo es en el Ordenamiento español, en lugar de un derecho subjetivo ordinario es un dato de extraordinaria relevancia a la hora de aproximarse al régimen jurídico de la huelga en los servicios esenciales. Dicho régimen está basado en soluciones construidas inequívocamente sobre la base del carácter fundamental del derecho de huelga, empezando por los conceptos de servicios esenciales y de mantenimiento de los servicios esenciales.

**Cuarta:** El edificio jurídico de la huelga en los servicios esenciales tiene sus cimientos en la propia Constitución, si bien no ha sido edificado conforme a los planos elaborados por el propio Constituyente: en lugar de descansar en la ley orgánica prevista por el artículo 28.2 CE lo ha hecho en la regulación administrativa y en la regulación jurisprudencial del TC y de los tribunales ordinarios. En cuanto a la autonomía colectiva y a la autorregulación sindical, fuentes de extraordinaria importancia en otros Ordenamientos jurídicos, su papel ha sido y continúa siendo ciertamente marginal, supeditado en todo momento a la heterorregulación administrativa.

El edificio jurídico de la huelga en los servicios esenciales es un edificio en ruinas, un edificio unánimemente criticado por la doctrina. Incluso el TC, en su sentencia 123/90, se ha atrevido a sugerir su profunda restauración. Restauración que pasa por la emanación de la ley orgánica anunciada por el artículo 28.2 CE. Ley que debe ser fuente en sí misma y, sobre todo, fuente de fuentes, confiando en la autonomía colectiva y en un poder público imparcial rodeado de una reconocida *auctoritas* que actúe como cierre del sistema. Confiando en la autonomía colectiva no sólo se cumple con el papel que la Constitución le asigna en el modelo democrático de relaciones laborales sino que por encima de todo se dota al sistema de la eficacia de la que hoy día carece.

La regulación administrativa en la que reposa el edificio jurídico de la huelga en los servicios esenciales es flagrantemente inconstitucional. Aquellas disposiciones de la autoridad gubernativa que tienen naturaleza normativa reglamentaria, que son muchas, vulneran frontalmente la garantía constitucional de la reserva de ley que rodea a los derechos fundamentales en general —art. 53.1 CE— y al derecho de huelga en particular —art. 28.2 CE—. El Tribunal Supremo, especialmente a través de su sentencia de la sala 3ª, de 7 de noviembre de 1997, Ar. 9498, ha mantenido con rotundidad dicha doctrina. Mientras no se desarrolle legalmente el artículo 28.2 CE la autoridad gubernativa *ex* artículo 10.2 DLRT lo que puede hacer es emanar actos administrativos pero no normas reglamentarias, esto es, no puede intervenir en términos abstractos en una cuestión que pertenece a la política de los derechos fundamentales, tarea propia del legislador y, en su caso y desde otra perspectiva, del TC.

**Quinta:** La realidad social que está detrás de la huelga en los servicios esenciales es la presencia de un nuevo protagonista junto a trabajadores y empresarios, los terceros usuarios, ya sea porque las huelgas se producen en sectores donde la presencia de usuarios es inevitable, ya porque la nueva dinámica del conflicto busca intencionadamente involucrar a terceros. La novedad no reside tanto en la presencia de terceros usuarios en los conflictos, que históricamente siempre han estado presentes, como en la enorme importancia cuantitativa y cualitativa que esa presencia ha alcanzado. Siempre ha habido usuarios perjudicados por las huelgas, pero ni su número era significativo ni, sobre todo, existía conciencia generalizada de que el perjuicio ocasionado constituyese un grave y específico problema social.

La respuesta que el Constituyente español de 1978 da al problema social del perjuicio ocasionado a terceros usuarios por el ejercicio del derecho de huelga consiste en la protección selectiva de dichos usuarios, a través del concepto de servicios esenciales de la comunidad: sólo los usuarios de esos servicios están específicamente protegidos por el Ordenamiento jurídico. Por supuesto, siempre cabe la posibilidad de proteger al resto de usuarios por la vía de la autorregulación, mediante la cual los propios huelguistas deciden autolimitar su derecho de huelga. Al margen de la autorregulación, que dicho sea de paso no está funcionando en la práctica, es el concepto constitucional de servicios esenciales —art. 28.2 CE— el que determina qué usuarios

perjudicados por el ejercicio del derecho de huelga son objeto de protección jurídica específica.

**Sexta:** El concepto más importante de los que se manejan en esta investigación es, sin duda, el de servicios esenciales. Concepto que no define la Constitución y que tampoco ha podido definir la inexistente ley orgánica de desarrollo del artículo 28.2 CE. Ha sido el TC el encargado de la definición a partir del material que a la altura de 1981 se encontraba a su disposición: fundamentalmente la experiencia italiana y la del CLS de la OIT y alguna incipiente doctrina y jurisprudencia española. Para el TC: «{...} son servicios esenciales aquellos que pretenden satisfacer derechos e intereses que son, a su vez, esenciales, y por tales debe entenderse los derechos fundamentales, las libertades públicas y los bienes constitucionalmente protegidos» (STC 53/81, F. J. 2, que sintetiza la definición dada por la STC 26/81).

Con arreglo a la anterior definición teleológica los servicios esenciales son instrumentos al servicio de la realización efectiva de los derechos fundamentales y de los bienes constitucionalmente protegidos. La conexión entre el servicio y el derecho o derechos fundamentales que satisface debe ser inequívoca y fuerte, pues de lo contrario prácticamente todo servicio podría calificarse de esencial a través de una conexión más o menos remota con algún derecho fundamental. La titularidad pública o privada del servicio es irrelevante, según la STC 53/86, F. J. 3.

La esencialidad, en realidad, se predica no de los servicios globalmente considerados sino de las prestaciones que integran dichos servicios. Las prestaciones esenciales pueden conformar una entera organización productiva o prestacional, o bien sólo una parte de la misma. La definición teleológica dada por el TC rechaza automáticamente una concepción de los servicios esenciales que los identifique necesaria y globalmente con una empresa, un sector de la producción, una profesión, etc. De este modo, aunque por comodidad se siga utilizando el término servicios esenciales técnicamente dentro de cada servicio globalmente considerado esencial sólo son verdaderamente esenciales las prestaciones conectadas funcionalmente con derechos fundamentales y con bienes constitucionales.

**Séptima:** La labor efectuada por el TC en materia de definición del concepto de servicios esenciales merece *grosso modo* una valoración positiva. El amplio perfil de la definición se corresponde con la labor institucional propia del TC, que no es tanto desarrollar la Constitución como controlar a los distintos operadores jurídicos, de tal manera que cuando se ve en la necesidad de sustituir a alguno de esos operadores, singularmente al legislador, ha de actuar creando un marco lo suficientemente amplio como para que en el futuro quepan distintas opciones políticas.

Dicho lo cual, pueden efectuarse algunas críticas a la definición dada por el TC. Así, hubiera sido deseable completar la genérica alusión a los derechos fundamentales con la especificación de los concretos derechos a cuya satisfacción se enderezan los servicios esenciales, evitando de esta forma los problemas que derivan de la no siempre fácil determinación de cuáles son los derechos fundamentales. Lo mismo puede decirse de la genérica categoría de los bienes constitucionalmente protegidos. En este caso la crítica es todavía mayor, ya que la evanescencia que caracteriza a esta categoría podría posibilitar una excesiva ampliación del concepto de servicios esenciales, con funestas consecuencias para el ejercicio del derecho de huelga. Sería por ello deseable la eliminación de esta genérica referencia en la definición de servicios esenciales, sin perjuicio de que determinados bienes constitucionales, convenientemente identificados, pudieran ser considerados a la hora de definir los servicios esenciales.

Igualmente criticable es la doctrina del TC según la cual no hay servicios esenciales *a priori*, no es posible determinar apriorísticamente cuáles son los servicios esenciales (STC 51/86, F. J. 2). El TC incurre en una confusión de planos conceptuales al aplicar al concepto de servicios esenciales lo que en realidad corresponde a los conceptos de mantenimiento de los servicios esenciales y de medidas garantizadoras del mantenimiento. Son estos últimos los que no pueden determinarse apriorísticamente por su propia naturaleza. En cambio, los servicios esenciales tal y como han sido definidos por el TC sí pueden en general determinarse *a priori*: la sanidad es inequívocamente un servicio esencial, como también el transporte, etc., sin que para llegar a dicha conclusión sea necesario conocer las circunstancias del caso concreto. Éstas asumen necesariamente relevancia en relación con el mantenimiento de los servicios esenciales, esto es, con la

necesidad o no de alguna medida garantizadora, con el tipo de medida y con su concreta configuración.

*De lege ferenda*, la ley orgánica que un día desarrolle el artículo 28.2 CE debería dar una nueva definición de servicios esenciales, en la que se especifiquen los derechos fundamentales y los bienes constitucionales a cuya satisfacción se enderezan dichos servicios. Esa misma ley orgánica debería contener una lista abierta de los servicios esenciales, dejando para otros instrumentos normativos —convencionales, fundamentalmente— la concreción de las prestaciones esenciales que integran cada servicio globalmente considerado esencial.

**Octava:** En ausencia de la ley orgánica ha sido la autoridad gubernativa *ex* artículo 10.2 DLRT la encargada de concretar la definición de servicios esenciales efectuada por el TC. Concreción absolutamente asistemática que ha acabado afectando a multitud de ámbitos: empresas, entidades públicas, sectores de producción, subsectores, profesiones, etc. Es el ámbito de cada huelga el que determina el ámbito de la declaración de esencialidad.

Las distintas organizaciones productivas y prestacionales consideradas esenciales por la autoridad gubernativa pueden ser ordenadas en las siguientes áreas de esencialidad: Sanidad e Higiene; Alimentación Básica; Seguridad Ciudadana y Medioambiental; Transporte; Comunicaciones y Medios de Información; Energía; Finanzas; Enseñanza; Administración Social; Administración de Justicia y Administración Penitenciaria; y Administración y demás Poderes Públicos. Sin entrar en el detalle de qué concretos servicios han sido considerados esenciales en cada una de esas áreas sí puede denunciarse que en muchos casos la esencialidad es más que dudosa. Aunque no quepa duda de que también en la fase aplicativa el criterio que está desplegando mayor influencia es el acogido por la definición del TC, el de la protección selectiva de los usuarios, no es menos cierto que otros criterios también vienen siendo utilizados en la práctica: es el caso de la continuidad de los servicios públicos, del perjuicio para el interés general, del perjuicio genérico para los usuarios y del perjuicio para la economía nacional. Este desajuste parcial entre la definición del TC y la concreción de la misma por



parte de la autoridad es uno de los mayores puntos negros de la vigente disciplina de la huelga en los servicios esenciales.

Particularmente insatisfactoria es la experiencia en el campo de la Administración Pública y es que la autoridad gubernativa ha considerado esenciales prácticamente todos los servicios que integran las distintas Administraciones, independientemente de que a través de los mismos se satisfagan o no derechos fundamentales.

Igualmente insatisfactorio es el hecho de que no se sepa con exactitud qué servicios están siendo considerados esenciales, pues muchas de las disposiciones de la autoridad gubernativa no se publican y las que sí se publican lo hacen en un océano de periódicos oficiales: BOE, boletines de las distintas CC.AA., de las Diputaciones Provinciales, de los Cabildos y Consejos Insulares, de los Ayuntamientos más importantes, de los Ministerios, de las Consejerías, etc.

**Novena:** Con el concepto de servicios esenciales se conoce el ámbito en el que el ejercicio del derecho de huelga es objeto de una regulación adicional. Sin embargo, ese concepto por sí solo no sirve para aclarar el sentido o alcance de la regulación. Es aquí donde el concepto de mantenimiento de los servicios esenciales cobra sentido, pudiendo afirmarse que el mismo actúa como principio guía del contenido material de la regulación adicional de la huelga en los servicios esenciales.

El TC ha definido el concepto jurídico indeterminado de mantenimiento de los servicios esenciales en los siguientes términos: «{...} término éste {mantenimiento} que, sin necesidad de recurrir a otro canon hermenéutico que el que brinda la interpretación lexicológica, excluye aquellas garantías ordenadas al funcionamiento normal. Mantener un servicio implica la prestación de los trabajos necesarios para la cobertura mínima de los derechos, libertades o bienes que el propio servicio satisface, pero sin alcanzar el nivel de rendimiento habitual» (STC 53/86, F. J. 3). En la definición del TC no se alude expresamente a los intereses de los huelguistas y al consiguiente equilibrio de intereses sino a la cobertura adecuada de los intereses de los usuarios, lo que no puede hacer olvidar que dicha cobertura se efectúa al tiempo que se ejerce el derecho de huelga y se hacen valer los intereses de los huelguistas. La compatibilidad de los intereses en juego

está por tanto implícita en la definición; es más, es el verdadero contenido de la definición.

Con el concepto de mantenimiento de los servicios esenciales el Constituyente español de 1978 apuesta por la compatibilidad de los intereses en conflicto, los de los huelguistas y los de los usuarios, descartando otras opciones, como la preferencia absoluta de los intereses de los usuarios, que conllevaría la prohibición de la huelga en los servicios esenciales —admitida por el CLS de la OIT—, o como la preferencia absoluta de los intereses de los huelguistas, que haría innecesaria una específica regulación adicional de la huelga en los servicios esenciales.

El mantenimiento de los servicios esenciales es un concepto jurídico indeterminado con un alto grado de indeterminación que no desaparece tras su definición, a diferencia de lo que sucede con el concepto de servicios esenciales. Consecuencia fundamental de esta alta indeterminación es que no pueda establecerse apriorísticamente el contenido del mantenimiento, es decir, el equilibrio de intereses en conflicto. Mientras es posible y conveniente determinar *a priori* el grueso de los servicios esenciales, el mantenimiento de los mismos en caso de huelga es imposible de fijar sin tener en cuenta las circunstancias del caso concreto.

La compatibilidad de los intereses enfrentados no ofrece la menor duda como regla general, pudiendo excepcionalmente en algún caso concreto ser imposible de cumplir. La posibilidad excepcional de otorgar preferencia absoluta a determinados derechos fundamentales frente al de huelga conecta con una de las características de los servicios esenciales, su graduación: sólo en el núcleo duro de los servicios más esenciales, los conectados con los derechos a la vida, a la integridad, a la salud, a la seguridad y a la libertad, puede concederse excepcionalmente preferencia a esos derechos frente al de huelga.

**Décima:** En España, a diferencia de Francia, la prohibición del derecho de huelga para ciertos cuerpos de funcionarios —ejército, fuerzas y cuerpos de seguridad y carreras judicial y fiscal— es totalmente ajena al mantenimiento de los servicios esenciales. En su momento debiera abandonarse la actual prohibición, sin perjuicio de la

adecuada ubicación de los anteriores colectivos profesionales en el marco del mantenimiento de los servicios esenciales.

También en su momento debería extenderse el régimen jurídico de la huelga en los servicios esenciales a las medidas de conflicto protagonizadas por los cada vez más importantes trabajadores autónomos. En la medida en la que dichas medidas de conflicto se produzcan y perjudiquen a los usuarios de los servicios esenciales se hará necesario regular específica y restrictivamente dichas medidas, al estilo de lo que en la actualidad sucede con las huelgas de los trabajadores asalariados. En todo caso, la extensión del régimen jurídico del mantenimiento de los servicios esenciales no debe implicar el reconocimiento del derecho de huelga. La naturaleza jurídicas de esas medidas de conflicto es y debe seguir siendo otra.

**Undécima:** Una lectura atenta del artículo 28.2 CE lleva a la conclusión de que dicho precepto no está pensando en una única medida o en un único tipo de medidas garantizadoras, sino en una pluralidad. Lo mismo puede decirse del artículo 10.2 DLRT. Sin embargo, la pluralidad ha quedado reducida en la práctica a la aplicación de un único tipo de medida garantizadora, el establecimiento de servicios mínimos. Es la autoridad gubernativa la responsable del empleo habitual y automático de los servicios mínimos como medida garantizadora del mantenimiento de los servicios esenciales.

Existen diversas medidas garantizadoras que el Ordenamiento español por distintas razones, algunas comprensibles y otros no tanto, no utiliza. Sí emplea el preaviso ampliado y la publicidad de la repercusión de la huelga dirigida a los usuarios —art. 4 DLRT—. Ahora bien, la experiencia española está minusvalorando estas dos medidas garantizadoras, otorgándoles invariablemente carácter instrumental, poniéndolas a merced de la imposición gubernativa de servicios mínimos, cuando en numerosas ocasiones pudieran ser suficientes por sí solas para alcanzar el mantenimiento del servicio esencial afectado.

El arbitraje obligatorio no es una técnica jurídica específicamente destinada al mantenimiento de los servicios esenciales, si bien en la práctica puede desempeñar esa función, aunque nada impediría, si se cumplieran escrupulosamente los requisitos fácticos

del artículo 10.1 DLRT, su aplicación fuera del ámbito de los servicios esenciales. No se olvide que el arbitraje obligatorio, tal y como está diseñado en el DLRT, persigue proteger directamente los intereses macroeconómicos de la entera sociedad y sólo reflejamente los de los usuarios de los servicios afectados. El arbitraje obligatorio tiene necesariamente carácter subsidiario. Esta característica requiere, cuando se pretenda aplicar en el ámbito de los servicios esenciales, que hayan fracasado otras medidas, como la publicidad y los servicios mínimos.

*De lege ferenda*, es absolutamente indispensable que la ley orgánica de desarrollo del artículo 28.2 CE prevea una pluralidad efectiva de medidas garantizadoras del mantenimiento de los servicios esenciales, sin perjuicio de que la técnica estrella siga siendo la imposición de servicios mínimos. Pluralidad de medidas que tiene que ser convenientemente articulada a través de la regulación de la simultaneidad y complementariedad de las medidas, así como de la prelación entre las medidas alternativas.

**Duodécima:** «{...} el servicio mínimo habría de definirse como la parte de actividad que se juzga no susceptible de interrupción para no dañar irremediablemente los derechos fundamentales, libertades públicas y bienes protegidos constitucionalmente en colisión con el derecho de huelga {...}». Los servicios mínimos implican normalmente una restricción directa al ejercicio del derecho de huelga. Limitación que afecta tanto a la dimensión individual del derecho como a la colectiva: a la individual, pues priva a los trabajadores designados para prestarlos de su derecho de huelga; y a la colectiva, ya que disminuye el número potencial de trabajadores con posibilidad de adherirse a la medida conflictiva. Pudiera suceder, no obstante, que los servicios mínimos fueran atendidos total o parcialmente por trabajadores que hubieran decidido no secundar la huelga. Si ése fuera el caso no se produciría la restricción directa, o bien su intensidad sería menor.

Los servicios mínimos no pueden fijarse apriorísticamente. Parece evidente que si no puede establecerse apriorísticamente el equilibrio de intereses en conflicto en que el mantenimiento de los servicios esenciales consiste, tampoco pueda saberse de antemano el tipo de garantía aplicable y, en el supuesto de que ésta fuera la imposición de servicios mínimos, su concreta configuración.

La utilización exclusiva de los servicios mínimos como técnica garantizadora del mantenimiento de los servicios esenciales ha provocado una inaceptable confusión entre los conceptos de servicios esenciales y de servicios mínimos, de perniciosos efectos para el derecho de huelga. Y sin embargo la distinción es relativamente fácil de establecer: los servicios esenciales constituyen el ámbito en el que el ejercicio del derecho de huelga puede ser objeto de limitaciones específicas y los servicios mínimos una de las posibles maneras de concretar esas limitaciones. Por supuesto, el conjunto de actividades que pueden integrar los servicios mínimos y limitar el derecho de huelga será siempre menor que el de las actividades que componen un servicio esencial. En realidad, la distinción se ha de efectuar entre las prestaciones esenciales de un servicio globalmente considerado esencial y los servicios mínimos. No es lo mismo hablar de servicios mínimos respecto de un servicio globalmente considerado esencial que respecto de unas determinadas prestaciones de ese servicio, que son las verdaderamente esenciales.

**Decimotercera:** Junto a los servicios mínimos como técnica garantizadora del mantenimiento de los servicios esenciales están los servicios mínimos destinados a garantizar los servicios de mantenimiento y seguridad en la empresa. El criterio más importante para efectuar la distinción es el de los intereses jurídicos objeto de protección. Con el concepto de servicios esenciales se protegen directamente los intereses de relieve constitucional de los usuarios perjudicados por el ejercicio del derecho de huelga. Por esta razón es necesario que intervenga un poder público imparcial, que en la actualidad es la autoridad gubernativa *ex* artículo 10.2 DLRT. En cambio, los servicios de seguridad y mantenimiento protegen directamente el interés empresarial. Al no haber intereses de terceros de por medio la decisión corresponde a las partes en conflicto, concretamente al empresario y al comité de huelga. También pueden distinguirse en relación con el ámbito en el que operan: mientras los servicios esenciales constituyen un ámbito específico de restricción del derecho de huelga, los servicios de seguridad y mantenimiento operan en cualquier ámbito en el que la huelga pueda ejercerse, sea o no esencial, siempre y cuando se acredite la necesidad de los mismos.

Pese a la aparente simplicidad de la distinción de vez en cuando surgen opiniones doctrinales, sentencias o disposiciones de la autoridad gubernativa que no parecen tener muy claro el asunto.

**Decimocuarta:** El complemento técnico y funcional de los servicios mínimos consiste en la coordinación de los factores productivos necesarios para que una parte de la actividad siga funcionando, con especial atención a la determinación de los concretos trabajadores que hayan de prestar los servicios mínimos. El complemento técnico y funcional no incluye la determinación de la intensidad o extensión de los servicios mínimos, sino la concreción de dicha intensidad.

Del complemento técnico y funcional pueden ocuparse tanto las partes en conflicto como unilateralmente el empresario, según establezca la propia autoridad gubernativa, siendo preferible la primera opción al comportar la segunda el nada despreciable riesgo de que a través del complemento sea el empresario quien acabe fijando la intensidad de los servicios mínimos, esto es, la intensidad de la limitación del derecho de huelga. La experiencia demuestra que ese riesgo es una realidad cotidiana.

**Decimoquinta:** Sea cual sea el criterio que se utilice para designar a los trabajadores encargados de prestar los servicios mínimos éste habrá de ser objetivo, ajeno por completo a cualquier panorama discriminatorio o antisindical. Esta exigencia ineludible es claramente manifestada por la STC 123/90. Relacionado con el rechazo de criterios arbitrarios, discriminatorios o antisindicales se encuentra la exclusión de los servicios mínimos de aquellos trabajadores que están institucionalmente llamados a asumir un papel protagonista en el movimiento huelguístico, como es el caso de los integrantes del comité de huelga.

Un criterio que sí puede y debe utilizarse en la medida de lo posible, aunque introduzca una enorme complejidad, es el de la cobertura total o parcial con trabajadores que hayan decidido no secundar la huelga. Este criterio ha sido avalado por la STC 123/90. Para que el mismo pueda ser implantado con éxito es necesario que la autoridad gubernativa apueste por la determinación compartida del complemento técnico.

Un criterio que no puede ser argüido por los trabajadores es el de la exclusión de los afiliados a sindicatos, ni tan siquiera el de los afiliados al sindicato que hubiera convocado la huelga, si esa fuera el caso.

**Decimosexta:** Cualquier actividad administrativa está sujeta al Derecho —arts. 9.1 y 103.1 CE— y ha de cumplir todo un conjunto de requisitos a través de los que se asegura técnicamente el citado sometimiento. La fijación de servicios mínimos es en el vigente sistema gubernativo-judicial una actividad administrativa, ineludiblemente sometida al cumplimiento de ciertas condiciones. El conjunto de requisitos o de garantías, según la perspectiva que se adopte sea la de la Administración o la del administrado, depende de la naturaleza de la actuación administrativa, en este caso de la fijación de servicios mínimos. Tres son las notas que definen la naturaleza de la fijación de servicios mínimos: primera, constituye el ejercicio de una potestad administrativa de actuación y no de una potestad reglamentaria; segunda, supone una actuación de gravamen que limita nada más y nada menos que un derecho fundamental, el de huelga; tercera y última, dicha potestad no tiene carácter discrecional sino que supone la concreción de un concepto jurídico indeterminado, el de mantenimiento de los servicios esenciales, como también la declaración de esencialidad es la concreción de un concepto jurídico indeterminado.

El juego de estas tres señas de identidad de la fijación administrativa de servicios mínimos determina el conjunto de requisitos que dicha fijación debe necesariamente cumplir. Especialmente importante es el hecho de que la fijación de servicios mínimos limite un derecho fundamental. Esta circunstancia somete dicha fijación al conjunto de límites de los límites de los derechos fundamentales, como la motivación suficiente, el principio de proporcionalidad, el respeto del contenido esencial, etc.

**Decimoséptima:** Una de las garantías o requisitos aplicables a la imposición de servicios mínimos es la titularidad de la competencia para dictarlos. No es indiferente quién fije los servicios mínimos. A la espera de la ley orgánica de desarrollo del artículo 28.2 CE la principal consecuencia de la STC 11/81 en materia de mantenimiento de los servicios esenciales es precisamente haber identificado a la entidad competente, la autoridad gubernativa, mediante la convalidación del artículo 10.2 DLRT. La noción de autoridad gubernativa, sólo aproximativamente perfilada por el TC, ha sido interpretada extensivamente, dando lugar a una pluralidad de órganos administrativos y no administrativos que autoproclaman tal condición.

La ausencia de una sólida jurisprudencia constitucional y ordinaria sobre el particular, como consecuencia del hecho de que rara vez la impugnación de una disposición de fijación de servicios mínimos se basa en la condición de quién los fija, impide saber si algunas de las entidades que han dictado servicios mínimos merecen la calificación de autoridad gubernativa. Su reiterada intervención y la falta generalizada de impugnación les otorga implícitamente tal condición, lo que en algunos supuestos es más que discutible.

La inflación de autoridades gubernativas y la inseguridad que rodea a esta noción son sólo algunos de los muchos problemas que en torno a esta cuestión existen y que no han sido adecuadamente resueltos. Así, por ejemplo, no resulta fácil saber cuál es la autoridad gubernativa competente en un determinado conflicto huelguístico: qué concreta Administración Pública y qué concreto órgano dentro de la misma. Igualmente problemática es la delegación, la intervención de las partes en conflicto y de las organizaciones de usuarios, etc.

**Decimoctava:** Si a las cuestiones no resueltas que rodean la noción de autoridad gubernativa se añaden los problemas que tienen que ver con la manera cómo ésta ha llevado a cabo sus delicadas tareas el panorama no puede ser más desolador y es que en general ha incumplido reiteradamente los requisitos que condicionan su actuación. La autoridad gubernativa, cuya *potestas* no siempre es diáfana, carece de la necesaria *auctoritas*, lo que se traduce las más de las veces en incumplimientos de sus mandatos; ineficacia del sistema, en definitiva.

Por todas éstas y otras razones el protagonismo en la fijación de servicios mínimos debe pasar *de lege ferenda* de la autoridad gubernativa a la autonomía colectiva. Incluso *de lege data* deben utilizarse fórmulas que en la práctica acaben situando en un primer plano a las partes en conflicto.

Es cierto que esta materia no puede abandonarse íntegramente a la autonomía colectiva, pues la presencia de los usuarios exige necesariamente la intervención de un tercero imparcial dotado de un suficiente *status* político, tal y como ha manifestado



reiteradamente el TC. Ahora bien, ni ese tercero imparcial tiene por qué ser la autoridad gubernativa, pudiendo desempeñar el papel por ejemplo una autoridad administrativa independiente, al estilo de lo que sucede en Italia, ni mucho menos tiene que desempeñar una labor omnicomprendiva, pudiendo limitarse a las irrenunciables tareas de control y suplencia.

**Decimonovena:** Si insatisfactoria es la regulación de la competencia para fijar servicios mínimos, no menos criticable es el método seguido por la autoridad gubernativa. Por lo pronto en muchos casos dicho método se articula en dos fases, la primera abstracta y la segunda concreta, utilizándose para la primera la potestad reglamentaria, lo que frontalmente vulnera la garantía constitucional de la reserva de ley que rodea al derecho fundamental de huelga.

Cuando el método descansa en una única fase, en la que simultáneamente se declara la esencialidad y se fijan los servicios mínimos, la autoridad prescinde en general de los trámites esenciales que configuran el procedimiento administrativo común a seguir: singularmente el trámite de audiencia de los interesados.

Incluso cuando la autoridad gubernativa cumple el citado trámite el escaso lapso de tiempo que media entre la convocatoria de la huelga y su inicio —10 días— dificulta extraordinariamente la adopción de servicios mínimos consensuados y bien articulados técnicamente. Ante esta situación, y a la espera de la ley orgánica anunciada por el artículo 28.2 CE, una solución pudiera venir por la vía de los planes o códigos abstractos de servicios mínimos.

**Vigésima:** El requisito que más atención ha suscitado es el de la motivación suficiente de los servicios mínimos. La motivación sin dejar de ser un requisito o garantía exigido por el artículo 54 LRJAP es algo más: es un requisito de alcance constitucional, con las importantes consecuencias procesales que de ello se derivan; es, también, un requisito dotado de un régimen singular, el que ha ido progresivamente trazando el TC en sus distintos pronunciamientos. No debe olvidarse que uno de los límites de los límites de los derechos fundamentales es la motivación suficiente de los actos singulares

de restricción de derechos fundamentales, entre los que inequívocamente se encuentra la técnica de los servicios mínimos.

La motivación consiste en la explicitación por parte de la autoridad gubernativa de todos aquellos datos, de todas aquellas circunstancias que en cada concreto caso se barajen para considerar a un servicio como esencial, para entender que la garantía de su mantenimiento pasa por dictar servicios mínimos y, finalmente, para justificar unos concretos servicios mínimos: por qué esos servicios mínimos y no otros de menor o mayor intensidad. Los datos, circunstancias o variables que integran el contenido de la motivación pueden ser agrupados de la siguiente forma: de un lado todas las circunstancias que rodean a una concreta huelga —ámbito de la huelga, período del año en que tiene lugar, modalidad elegida, etc.— y de otro las variables relacionadas con el pretendido servicio esencial —intereses esenciales afectados, grado de incidencia del servicio esencial en la satisfacción de dichos intereses, existencia o no de servicios alternativos, porcentaje de los trabajadores designados, ofertas de las partes, etc.—.

La primera finalidad de la motivación es el conocimiento de los interesados, que de este modo estarán en condiciones de adoptar las decisiones oportunas, incluyendo el recurso a la tutela judicial. Junto a la finalidad cognoscitiva la motivación cumple también una finalidad a la que podría denominarse fiscalizadora. Se trata de que los tribunales, en su caso, puedan fiscalizar desde un punto de vista material las decisiones adoptadas por la autoridad gubernativa.

La motivación de la que se ha habla es la que tiene que proporcionar la autoridad gubernativa en la exteriorización del acto administrativo mediante el que proceda a garantizar el mantenimiento de un determinado servicio esencial. Además de esa motivación la autoridad gubernativa tiene que motivar de nuevo aquellas disposiciones que hayan sido impugnadas ante los tribunales. Puede distinguirse, en este sentido, entre una motivación *ex ante* y una motivación *ex post*. Según la STC 53/86: «La eventual justificación *ex post* no libera a la autoridad competente de su obligación de motivar adecuadamente el acto desde el momento en que éste se realiza {...}» (F. J. 6).

**Vigesimoprimera:** La motivación tal y como ha sido perfilada raramente es respetada escrupulosamente por la autoridad gubernativa, siendo de lejos la principal causa de nulidad de las disposiciones de fijación de servicios mínimos. El necesario respeto de esta garantía, casi siempre diáfano para el TC, ha acabado también imponiéndose en la jurisdicción ordinaria tras los titubeos que caracterizaron la década de los ochenta.

En la mayoría de los casos la autoridad gubernativa limita la motivación a los servicios mínimos, prescindiendo de la esencialidad y de la necesidad de recurrir precisamente a la técnica de los servicios mínimos, lo cual es inaceptable. Y en cuanto a la motivación de los concretos servicios mínimos suele ser claramente deficiente, basada en consideraciones genéricas, aplicables a cualquier conflicto, de las que en realidad no pueden extraerse los criterios utilizados. Igualmente deficientes son aquellas motivaciones, por lo demás frecuentes, en las que la autoridad gubernativa se limita a invocar los preceptos normativos y la doctrina jurisprudencial que avalan abstractamente su intervención.

Una doctrina extraordinariamente polémica es la de la posibilidad excepcional de prescindir de la motivación ante circunstancias obvias o de general conocimiento. Doctrina avalada por la STC 51/86, pero que a partir de la STC 8/92 ha sido prácticamente abandonada. En la actualidad el TS no la admite, al menos por lo que a la concreta configuración de los servicios mínimos se refiere.

**Vigesimosegunda:** Junto a la garantía estrella de la motivación suficiente, pocas veces respetada, existen otras garantías formales de menor importancia, como la notificación y la publicación, que son requisitos de eficacia de los actos administrativos. De menor importancia, entre otras cuestiones, porque en principio carecen de alcance constitucional. Seguramente por esta última circunstancia en general se les presta poca atención.

En cuanto a la notificación, no hay la menor duda de que resulta exigible a los actos administrativos de fijación de servicios mínimos, pues éstos afectan derechos e intereses; constitucionales, por cierto. La relevancia ordinaria de esta garantía formal es

indiscutible. Cuestión distinta es que en general carezca de alcance constitucional, como ha dicho el TC.

Destinatarios de la notificación son según el artículo 58.1 LRJAP los interesados en el procedimiento de que se trate. Interesados en el procedimiento de fijación de servicios mínimos son los representantes de los trabajadores huelguistas, los empresarios y los representantes de los usuarios, por lo que todos ellos habrán de ser notificados. En el caso de las organizaciones de usuarios sólo procederá la notificación cuando se hayan personado en el procedimiento o cuando lo hayan promovido, en cuyo caso tendrán la condición de interesado. La notificación tiene que ser tempestiva, posibilitando la adecuada defensa judicial de los interesados, instando, en su caso, la suspensión cautelar del acto de fijación de servicios mínimos.

No ha de confundirse la notificación del acto administrativo de fijación de servicios mínimos, que es una obligación de la autoridad gubernativa y un requisito de eficacia del acto, con la comunicación a los trabajadores con nombres y apellidos designados para cubrir los servicios mínimos, que se efectuará de acuerdo con lo que se haya establecido en la fase denominada complemento técnico y funcional.

En cuanto a la exigencia de publicación, los actos administrativos de fijación de servicios mínimos además de ser convenientemente notificados deben ser publicados. Se trata de la publicación por razones de interés público, del artículo 60 LRJAP, que no sustituye a la notificación sino que la complementa. No hay la menor duda de que la composición de intereses constitucionales en conflicto a que se dirige la imposición de servicios mínimos constituye una materia de interés público. Si además se considera la compleja posición en la que se encuentran los usuarios la necesidad de publicación resulta patente. Otra cosa es que carezca de valor constitucional. Empero, buena parte de los actos de fijación de servicios mínimos no se publican y los que ven la luz pública no lo hacen en tanto que actos administrativos sino como normas reglamentarias.

**Vigesimotercera:** Si importantes son los requisitos “formales” que rodean la fijación de servicios mínimos, tan importante o más es la adecuación material de los servicios mínimos. El establecimiento de servicios mínimos supone la concreción

administrativa de un concepto jurídico indeterminado, el de mantenimiento de los servicios esenciales. Siendo eso así la adecuación material se corresponde con la correcta concreción del citado concepto jurídico indeterminado o, lo que es lo mismo, con la correcta y equilibrada composición del conflicto de intereses que está detrás de la previsión del artículo 28.2 CE.

No resulta nada fácil para la autoridad gubernativa encontrar la única solución justa, disponiendo en el proceso cognoscitivo, que no volitivo, de búsqueda de dicha solución de un mínimo margen de apreciación, que no ha de confundirse con el margen de estimación subjetiva propio de las potestades discrecionales. Pues bien, en la práctica la adecuación material de los servicios mínimos se consigue siempre que la autoridad gubernativa no exceda el mínimo margen de apreciación de que dispone. Y para saber cuándo se ha producido o no un exceso nada mejor que acudir al principio de proporcionalidad: los servicios mínimos desproporcionados no son materialmente adecuados, es decir, no suponen una correcta concreción del concepto jurídico indeterminado de mantenimiento de los servicios esenciales.

No es casual que el TC haya recurrido al principio de proporcionalidad como técnica de control material de los servicios mínimos si se tiene en cuenta que el citado principio ha acabado convirtiéndose en la más importante técnica de control material de las limitaciones de los derechos fundamentales, por delante del respeto al contenido esencial.

El principio de proporcionalidad se compone de tres principios, a saber, adecuación, indispensabilidad y proporcionalidad *stricto sensu*. A través del juicio de adecuación e indispensabilidad se determina si en una huelga en los servicios esenciales la composición de intereses constitucionales en conflicto pasa necesariamente por la técnica de los servicios mínimos, por ser ésta una medida adecuada a tal fin y, además y sobre todo, necesaria o indispensable, es decir, preferible a otras menos restrictivas para el derecho de huelga. El mínimo margen de apreciación de que dispone la autoridad gubernativa no ampara, desde luego, la aplicación automática e invariable de servicios mínimos: en determinados conflictos huelguísticos en los servicios esenciales la imposición de servicios mínimos será innecesaria, al existir otras técnicas menos gravosas para el

derecho de huelga, al tiempo que adecuadas al fin de la composición de intereses, como la publicidad del conflicto dirigida a los usuarios.

Mediante el juicio de proporcionalidad *stricto sensu* se controla la intensidad de los servicios mínimos dictados: por qué estos servicios mínimos y no unos más o menos intensos. Es en esta decisión donde más se deja sentir el margen de apreciación de que dispone la autoridad gubernativa en la concreción del concepto jurídico indeterminado de mantenimiento de los servicios esenciales, sin que ello signifique otorgar una patente de corso a la autoridad gubernativa. Es donde más se deja sentir el mínimo margen de apreciación y, por tanto, donde más importancia asume el principio de proporcionalidad. Más importancia y más complejidad: en muchos casos será extraordinariamente difícil trazar la frontera entre lo proporcionado y lo desproporcionado.

**Vigésimocuarta:** El juicio de proporcionalidad, mejor dicho, los juicios de adecuación, indispensabilidad y proporcionalidad *stricto sensu* requieren el manejo de un complejo conjunto de circunstancias o variables, que son las ya mencionadas a propósito del contenido de la motivación suficiente. A pesar de que tanto el TC como la doctrina tuvieran claro desde el inicio que el control de fondo había de articularse a partir de las circunstancias explicitadas en la motivación el TS tarda tiempo en aceptar esto, sustituyendo el control meramente cuantitativo que venía efectuando y que consideraba exclusivamente la proporción que los trabajadores designados para cubrir servicios mínimos representaban respecto de la plantilla total del colectivo en huelga.

Determinadas circunstancias no pueden ser consideradas a la hora de dictar servicios mínimos, como por ejemplo: la comodidad, rapidez o eficiencia del servicio esencial afectado; las necesidades o intereses de la organización prestadora del servicio; y los criterios ajenos a la esencialidad de los servicios, como la continuidad de los servicios públicos, el perjuicio para el interés general, el perjuicio para la economía nacional, el perjuicio genérico para los intereses de los usuarios o la condición de funcionarios públicos de los convocados a la huelga.

Si la autoridad gubernativa y, en su caso, los tribunales efectúan el juicio de proporcionalidad correctamente, esto es, manejando el conjunto de circunstancias que en el caso concreto rodean a la huelga y al servicio esencial afectado, el mínimo margen de

apreciación de que dispone la autoridad gubernativa podrá dar lugar a situaciones más o menos satisfactorias para los huelguistas o para los usuarios, pero de ningún modo cabrán decisiones manifiestamente innecesarias o manifiestamente desproporcionadas.

La desconfianza que en la actualidad existe en torno a las decisiones de fondo de la autoridad gubernativa está llamada a desaparecer en un sistema basado en la autonomía colectiva y posterior control de un tercero imparcial rodeado de una alta *auctoritas*.

**Vigesimoquinta:** El establecimiento de servicios mínimos deja sentir sus efectos sobre el ejercicio del derecho de huelga, sobre los poderes del empresario y sobre los intereses constitucionales de los usuarios de los servicios esenciales. Lógicamente, estos efectos son diferentes según se cumplan o no los servicios mínimos.

En caso de cumplimiento, y por lo que a los trabajadores se refiere, los servicios mínimos limitan el ejercicio del derecho de huelga, tanto en el plano individual como en el colectivo. En cuanto a los efectos para el empresario, de una parte la técnica de los servicios mínimos limita la libertad empresarial, de por sí ya limitada en cualquier huelga, impidiéndole adoptar medidas que menoscaben los servicios mínimos. De otra parte, sin embargo, el empresario resulta habilitado por la autoridad gubernativa para ejercer su poder de dirección sobre los trabajadores designados para cubrir los servicios mínimos. No es la autoridad gubernativa quien dirige y controla a los trabajadores designados sino, lógicamente, el empresario.

*De lege ferenda* sería deseable que los empresarios contribuyesen al objetivo constitucional del mantenimiento de los servicios esenciales más de lo que lo hacen en la actualidad.

Los efectos para los usuarios de los servicios esenciales, cuya protección está detrás de la fórmula constitucional del 28.2 y de las técnicas que a su amparo se adopten, como los servicios mínimos, consisten en la continuidad de las prestaciones esenciales a un nivel menor del habitual pero lo suficiente como para satisfacer adecuadamente sus intereses constitucionales.

**Vigesimosexta:** El incumplimiento de los servicios mínimos, es decir, la falta de prestación de los mismos proyecta sus efectos, al igual que el cumplimiento, sobre el ejercicio del derecho de huelga, sobre el empresario y sobre los usuarios de los servicios esenciales.

Los efectos más complejos son los que se refieren al ejercicio del derecho de huelga, concretamente a la calificación jurídica de la huelga y a las responsabilidades de distinta naturaleza de los concretos trabajadores infractores y de los sujetos colectivos que hayan intervenido. Por lo que atañe a la calificación jurídica de la huelga, a su juridicidad o antijuridicidad, puede defenderse la ilegalidad de la misma cuando el incumplimiento de los servicios mínimos tenga una base predominantemente colectiva, haya sido organizado colectivamente, mientras cuando dicha base sea fundamentalmente individual la medida conflictiva será legal, evitando, de esta forma, que la actuación individualizada de unos pocos, por grave que pueda ser, conlleve la antijuridicidad de la medida conflictiva en su conjunto y acabe afectando a la totalidad de los huelguistas.

En cuanto a los concretos trabajadores infractores, del incumplimiento de los servicios mínimos pueden derivarse distintos tipos de responsabilidad, siendo la más importante la disciplinaria, ya sea laboral —trabajadores con contrato de trabajo—, ya administrativa —funcionarios y asimilados—. Responsabilidad disciplinaria que puede incluso concretarse en el despido disciplinario y en la separación del servicio, siempre que se den determinadas circunstancias: no hay una relación automática entre incumplimiento y procedencia de la máxima sanción disciplinaria.

Los sujetos colectivos de representación de los trabajadores que hubiesen convocado la huelga, así como el comité de huelga, responderán en la medida en la que hubiesen tenido un comportamiento decisivo para el incumplimiento de los servicios mínimos. Comportamiento que desde luego no puede transgredir la limitación subjetiva que la técnica de los servicios mínimos es, pero sí, en cambio, la limitación funcional o procedimental que el mantenimiento de los servicios esenciales es en sí mismo. Téngase en cuenta que es habitual trasladar la responsabilidad disciplinaria de los trabajadores infractores a los organizadores del conflicto, lo que pudiera ser admisible en los supuestos de incumplimientos colectivamente organizados, pero no en los meramente



individuales. El traslado de responsabilidad en estos últimos puede constituir un comportamiento antisindical —art. 12 LOLS—.

En cuanto al empresario, el incumplimiento de los servicios mínimos, además de legitimar el ejercicio del poder disciplinario, despierta los anestesiados poderes de contratación y dirección. Poderes que tendrán mayor o menor amplitud según la huelga sea ilegal o legal: en el primer caso podría teóricamente sustituir a todos los trabajadores, mientras en el segundo sólo a los que hubiesen infringido los servicios mínimos. Cuestión distinta es que no resulte nada fácil sustituir a los trabajadores, especialmente a los más cualificados.

El incumplimiento de los servicios mínimos, esté o no organizado colectivamente, que tenga una cierta entidad seguramente afecte al mantenimiento de los servicios esenciales, esto es, al equilibrio de intereses constitucionales en conflicto. Esta afectación exigirá probablemente una nueva intervención de la autoridad gubernativa, siempre que la huelga tenga una larga duración. El contenido de esa nueva intervención dependerá de las circunstancias que rodeen al incumplimiento. Lo normal es que la autoridad gubernativa se limite a confirmar los servicios mínimos dictados, o a retocarlos si fuese necesario, decretando la designación de nuevos trabajadores. Lógicamente esto sólo será posible cuando haya trabajadores huelguistas o no huelguistas suficientes. También puede designarse de nuevo a los trabajadores infractores, cuyo renovado incumplimiento será más fácil de sancionar.

Si lo anterior no fuese posible, y el empresario no hubiese procedido *motu proprio* a la sustitución de los infractores, la autoridad gubernativa podrá acudir a las distintas técnicas de sustitución. También podrá acudir al arbitraje obligatorio del artículo 10.1 DLRT, pero para que esto tenga lugar no es suficiente con el incumplimiento de los servicios mínimos, siendo necesario además que se den las circunstancias que configuran el supuesto de hecho del citado precepto —grave perjuicio para la economía nacional, etc.—.

**Vigésimoséptima:** La fijación de servicios mínimos es en el vigente sistema una actividad administrativa, lógicamente sometida al Derecho y lógicamente sujeta al control

judicial. El control judicial de esta materia no se detiene en la actividad puramente administrativa sino que abarca igualmente al complemento técnico y funcional, así como a la repercusión que los servicios mínimos tengan en la relación de servicios de los trabajadores y funcionarios afectados. Cuestión distinta es que el conocimiento de estas cuestiones no repose en el mismo orden jurisdiccional: el control del acto administrativo compete a la jurisdicción contencioso-administrativa y el control del complemento técnico y funcional y de la repercusión en la relación de servicios a la jurisdicción social, salvo cuando los afectados sean funcionarios. Esta dualidad jurisdiccional es causa de no pocos problemas, ha motivado la intervención del TC —sentencia 123/90— y *de lege ferenda* debiera desaparecer, otorgándose a la jurisdicción social competencia para todas las cuestiones que tengan que ver con el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad.

La ausencia en materia de mantenimiento de los servicios esenciales de una previsión procesal específica, semejante a la que se refiere al derecho fundamental de reunión —art. 122 nueva LJCA—, implica que el control judicial tenga lugar años después de la finalización de la huelga que dio lugar a la fijación administrativa de los servicios mínimos controvertidos. Y ello tanto si se utiliza el procedimiento ordinario como si se emplea el preferente y sumario de protección de los derechos fundamentales. La lentitud endémica de la jurisdicción contencioso-administrativa provoca que la principal consecuencia del control judicial en esta materia sea precisamente la ausencia de efectos significativos.

Las sentencias estimatorias carecen de efectos significativos, salvo que en su momento se hubiese solicitado y concedido la correspondiente medida cautelar. Puede afirmarse con rotundidad que la efectividad de la tutela judicial depende en esta materia de la que se pueda prestar en vía cautelar. Vía cautelar que tras un largo periodo de ostracismo ha sido revitalizada por la STC 148/93. Además, tras la nueva LJCA caben sin problemas tanto las tradicionales medidas cautelares negativas como las positivas, esto es, tanto la suspensión total o parcial de los servicios mínimos como su modificación.

Por si lo anterior fuera poco los tribunales de lo contencioso-administrativo vienen reiteradamente desestimando las pretensiones de resarcimiento de daños y perjuicios. De cara al futuro va a ser cada vez más difícil mantener esta situación de impunidad, y es que no hay duda de que la antijurídica fijación de servicios mínimos por parte de la Administración provoca un daño antijurídico tanto individualmente a los trabajadores designados para cubrirlos como colectivamente al conjunto de trabajadores convocados a la huelga.

Ausencia de efectos significativos o ineficacia por lo que a la solución de casos concretos se refiere. Cuestión distinta son los efectos relativos a la emanación de una doctrina jurisprudencial que ha acabado convirtiéndose en el principal pilar que sustenta el edificio jurídico de la huelga en los servicios esenciales y que también puede influir en casos futuros por la vía de la suspensión cautelar.

Tras la nueva LJCA la propia inactividad de la Administración queda sometida al control judicial. Ésta es una vía que está todavía por explorar en materia de mantenimiento de los servicios esenciales y que ante determinadas circunstancias podría ser utilizada por las organizaciones de usuarios para obligar a la autoridad gubernativa a intervenir.

**Vigesimoctava:** A la jurisdicción social corresponde el control judicial del complemento técnico y funcional y de los litigios que pudieran surgir en relación con la prestación de servicios de los trabajadores designados, especialmente con el ejercicio del poder disciplinario como consecuencia del incumplimiento de la obligación de atender los servicios mínimos. Es precisamente el control del poder disciplinario el que ha planteado más problemas, que el TC ha intentado solventar aclarando que cuando en el incumplimiento se aleguen irregularidades en la fijación de servicios mínimos la jurisdicción social deberá valorar la fijación administrativa de servicios mínimos a los solos efectos del control del poder disciplinario. Mientras se mantenga la dualidad jurisdiccional y mientras no haya prejudicialidad devolutiva la solución del TC es la menos mala de las soluciones posibles.

La competencia de la jurisdicción social para los anteriores asuntos, que en muchos casos podrá beneficiarse del proceso especial de tutela de la libertad sindical y demás derechos fundamentales, en realidad sólo opera para los trabajadores con contrato de trabajo. Para los funcionarios la competencia es de la jurisdicción contencioso-administrativa, lo cual constituye una nueva fuente de problemas.

**Vigesimonovena:** Si hay una cuestión que en torno a la huelga en los servicios esenciales suscita unanimidad ésa es, sin duda, el deficiente control judicial. Resulta evidente que el control judicial del mantenimiento de los servicios esenciales es claramente insatisfactorio por extemporáneo. Insatisfacción agravada por la altísima litigiosidad que rodea a esta materia y que es consecuencia de la frecuente actuación irregular de la Administración. El panorama, por tanto, no puede ser más desolador: se recurre a los tribunales mucho más de lo que sería lógico y para colmo los tribunales no están en condiciones de solventar con eficacia los litigios que se le someten. Como se comprenderá una de las consecuencias de la consabida ineficacia del control judicial es el incumplimiento masivo de los servicios mínimos.

La ineficacia del actual control judicial demanda urgentemente una reforma legislativa. En este sentido, resulta criticable que la última reforma del artículo 3 LPL, operada por la nueva LJCA, no se ocupase de la problemática procesal planteada por la fijación de servicios mínimos. Habrá que esperar a la próxima reforma, que tarde o temprano habrá de producirse porque la problemática delimitación entre los ordenes social y contencioso-administrativa no ha sido ni muchísimo menos resuelta por la última reforma.

Un control judicial que pretenda ser eficaz tiene que ser anterior al inicio de la huelga, sin que pueda cumplir dicha función la tutela cautelar. Así las cosas, y puesto que el plazo que media entre el preaviso de huelga y el inicio es relativamente corto, difícilmente el proceso especial de tutela de los derechos fundamentales —art. 175 ss. LPL— puede ser la solución. Parece conveniente, en este orden de consideraciones, la creación dentro del citado proceso especial de una previsión específica que asegure la máxima celeridad, la tempestividad del pronunciamiento judicial, al estilo de lo que

sucede en la jurisdicción contencioso-administrativa con el derecho fundamental de reunión —art. 122 nueva LJCA—.

**Trigésima:** Cuando el derecho de huelga se ejerce en el ámbito de los servicios esenciales los límites jurídicos del citado derecho alcanzan su máxima expresión. En efecto, al cuadro general de límites del derecho de huelga, que operan independientemente del ámbito en que éste se ejerza, se añade la limitación específica que deriva del mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad.

El mantenimiento de los servicios esenciales es un límite externo, o sea, un límite que deriva de la protección de bienes jurídicos afectados por el ejercicio del derecho de huelga y merecedores de tutela. Por el modo de afectación del derecho de huelga se trata de un requisito procedimental, condición de ejercicio o límite funcional, que de todas éstas y otras formas se le puede llamar. La protección adecuada de los intereses esenciales de los usuarios perjudicados por el ejercicio del derecho de huelga, que el mantenimiento de los servicios esenciales supone, genera por sí misma en los sujetos colectivos de representación de los trabajadores huelguistas una obligación de colaboración activa en la citada protección. Colaboración activa en relación, por ejemplo, con la necesidad de recurrir o no a alguna medida garantizadora, y, en caso afirmativo, con el mejor cumplimiento de la medida adoptada. Esa colaboración activa condiciona el ejercicio de las facultades colectivas que forman parte del derecho de huelga. Además, algunas de las técnicas jurídicas con las que se pretende tradicionalmente asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales, como el preaviso ampliado o la publicidad dirigida a los usuarios, también deben considerarse requisitos procedimentales o límites funcionales, en atención al modo de afectar el ejercicio del derecho de huelga.

Aunque para garantizar el mantenimiento de los servicios esenciales teóricamente no sea necesario acudir siempre a la técnica de los servicios mínimos en la práctica se recurre invariablemente a la misma. La técnica de los servicios mínimos supone una limitación *stricto sensu* del derecho de huelga. Limitación que, a diferencia de lo que sucede con los requisitos procedimentales, supone una verdadera reducción del contenido del derecho y no una mera obstaculización de su ejercicio. Teniendo en cuenta que los servicios mínimos disminuyen el número potencial de huelguistas, impiden que

los trabajadores designados para cubrirlos ejerzan válidamente la facultad individual de adherirse a la huelga convocada, puede decirse que el ámbito del derecho de huelga limitado es el subjetivo. Los servicios mínimos son, en consecuencia, un límite subjetivo del derecho de huelga.

Cuando el mantenimiento de los servicios esenciales se traduce en la imposición de servicios mínimos, que es lo habitual, el derecho fundamental de huelga resulta doblemente limitado: por un lado, la limitación que el mantenimiento de los servicios por sí mismo supone, que como se sabe constituye un requisito procedimental; por otro lado, la limitación *stricto sensu* subjetiva que deriva de la imposición de servicios mínimos. La limitación procedimental despliega sus efectos fundamentalmente en la dimensión colectiva del derecho de huelga y la limitación subjetiva en el plano individual.

Desde el punto de vista del fundamento constitucional de la limitación normalmente se considera al mantenimiento de los servicios esenciales como un límite expreso. En realidad, dentro de lo que habitualmente se denominan límites expresos hay que distinguir distintas categorías, siendo la previsión expresa del artículo 28.2 una reserva específica de limitación legal. Y las reservas específicas de limitación son un cauce para introducir límites inmanentes, esto es, límites que derivan de la colisión con derechos, bienes y valores constitucionales. Lo normal es que los límites inmanentes de los derechos fundamentales sean implícitos y se expliciten a través de la reserva genérica de limitación del artículo 53.1 CE. Excepcionalmente, algunos límites inmanentes pueden estar expresamente recogidos junto al derecho fundamental al que limitan: es el caso del mantenimiento de los servicios esenciales.

**Trigesimoprimera:** Para concluir por donde se empezaba puede afirmarse que las numerosas deficiencias que jalonan el régimen jurídico de la huelga en los servicios esenciales sitúan a éste más cerca de la moderna expresión de la histórica desconfianza del Poder y del Derecho hacia el fenómeno huelguístico que de la limitación justificada del derecho fundamental de huelga. Si eso es así respecto del régimen jurídico abstractamente considerado qué decir de la aplicación que de dicho régimen está efectuando la autoridad gubernativa. Aquí si que no hay la menor duda de que la histórica desconfianza ha encontrado un renovado cauce de expresión.

La disciplina jurídica de la huelga en los servicios esenciales necesita ser profundamente reformada, si es que verdaderamente se quiere que su única finalidad sea proteger los intereses constitucionales de los usuarios perjudicados por el ejercicio del derecho de huelga. Mientras eso no se produzca puede perfectamente sospecharse que lo se quiere es otra cosa bien distinta.

## **BIBLIOGRAFÍA**

- AA.VV., *Derecho de huelga*, Zyx, Madrid, 1965.
- AA. VV., «Un paso atrás en el camino de la democracia», publicado en el diario *El País*, el 12 de abril de 1977.
- AA.VV., «Interrogantes del Derecho colectivo postconstitucional en España», en *RT*, 1984, núm. 73.
- AA.VV.: «Mesa redonda sobre la autorregulación sindical del derecho de huelga», en *GS*, 1987, núm. 53.
- AA. VV., *La Legislación social en la historia de España*. De la revolución liberal a 1936, Congreso de los Diputados, Madrid, 1987.
- AA. VV., *Sciopero e servizi pubblici in Europa*, Esi, Napoli, 1989.
- AA.VV.: *Concertación social, neocorporatismo y democracia*, MTSS, Madrid, 1991.
- AA.VV.: *Estudios sobre la huelga. Jornada para el estudio del PLOH sobre la huelga*, ACARL, Madrid, 1992.
- AA.VV., *Estudios sobre el despido disciplinario*, ACARL, Madrid, 1992.
- AA.VV., *Ley de huelga*, ISE, Madrid, 1993.
- AA.VV., *El despido. Comentarios a las Leyes Laborales. La reforma del Estatuto de los Trabajadores*, Edersa, Madrid, 1994.
- AA.VV., *El régimen del despido tras la reforma laboral*, Ibidem, Albacete, 1995.
- AA. VV., *Estudios sobre el despido. Homenaje al Profesor Alfredo Montoya Melgar en sus veinticinco años de Catedrático de Derecho del Trabajo*, Public. Univ. Complutense, Madrid, 1996.
- AA. VV., *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Civitas-Junta de Andalucía, Madrid, 1996.
- AA. VV., *El principio de proporcionalidad*, número monográfico de la revista *Cuadernos de Derecho Público*, 1998, núm. 5.
- AA. VV., *Sciopero e rappresentatività sindacale*, Giuffrè, Milano, 1999.
- ACCORNERO, A.: «La “terciarizzazione” del conflitto e i suoi effetti», en G. P. Cella y M. Regini, *Il conflitto industriale in Italia*, Il Mulino, Bologna, 1985.
- ACKERMAN, M. A.: «Derecho de huelga y servicios esenciales en los países del Mercosur», en *RIT*, 1994, núm. 3.



- *Acuerdo sobre regulación de servicios mínimos en las actividades o servicios esenciales en caso de huelga en la comunidad autónoma del País Vasco*, publicado en *RL*, 1994 II.
- AGUIAR DE LUQUE, L.: «Dogmática y teoría jurídica de los derechos fundamentales en la interpretación de éstos por el Tribunal Constitucional español», en *Revista de Derecho Político*, 1983, núms. 18-19.
  - «Los límites de los derechos fundamentales», en *Revistas del Centro de Estudios Constitucionales*, 1993, núm. 14.
- AGUILERA IZQUIERDO, R.: *Las causas del despido disciplinario y su valoración por la jurisprudencia*, Aranzadi, Pamplona, 1997.
- ALARCÓN CARACUEL, M. R.: *El derecho de asociación obrera en España (1839-1900)*, Ediciones de la Revista de Trabajo, Madrid, 1975.
  - «Un posible modelo de regulación de la huelga que afecte a servicios esenciales de la comunidad», en *RL*, 1991, núm. 19.
  - «Ilegalidad y abusividad de la huelga», en AA. VV., *Ley de huelga*, ISE, Madrid, 1993.
- ALBIOL MONTESINOS, I.: «Los derechos colectivos del personal civil no funcionario dependiente de establecimientos militares», en *REDT*, 1982, núm. 10.
  - El despido disciplinario y otras sanciones en la empresa*, Deusto, Bilbao, 1990.
  - «Efectos, responsabilidad y tutela del derecho de huelga», en AA.VV., *La ley de huelga*, ISE, Madrid, 1993.
- ALBIOL MONTESINOS, I y BLASCO PELLICER, A.: *Proceso de tutela de la libertad sindical y otros derechos fundamentales*, Tirant lo blanch, Valencia, 1997.
- ALBIOL MONTESINOS, I. y SALA FRANCO, T.: «El mantenimiento de los servicios mínimos y de los servicios esenciales de la comunidad como límites del derecho de huelga», en *AL*, 1987.
- ALES, E.: *Lo sciopero nei servizi pubblici in Europa tra interesse generale de autotutela. Spunti comparatistici*, Giappichelli, Torino, 1995.
  - «Le finalità della legge e la nozione di servizio pubblico essenziale», en P. Pascucci (a cura di), *La nuova disciplina dello sciopero nei servizi essenziali*, Ipsoa, 2000.
  - «Vecchi e nuovi “racordi normativi” della l. n. 146/1990», en P. Pascucci (a cura di), *La nuova disciplina dello sciopero nei servizi essenziali*, Ipsoa, 2000.
- ALEXY, R.: *Teoría de los derechos fundamentales*, CEC, Madrid, 1993.

- ALFONSO MELLADO, C. L.: «Los arbitrajes obligatorios de los arts. 12 y 25 del proyecto de ley orgánica de huelga», en AA.VV., *Ley de huelga*, ISE, Madrid, 1993.
- ALLAMPRESE, A.: «Le procedure di raffreddamento e di conciliazione», en L. Menghini, M. Miscione y A. Vallebona (a cura di), *La nuova disciplina dello sciopero nei servizi pubblici essenziali*, Cedam, Padova, 2000.
- ALLER, D. E.: *Las huelgas de los obreros*, Tipografía de los Huérfanos, Madrid, 1886.
- ALMANSA PASTOR, J. M.: «La huelga laboral en España tras la modificación del artículo 222 del código penal español», en *RPS*, 1966, núm. 72.
- ALONSO GARCÍA, E.: *La interpretación de la Constitución*, CEC, Madrid, 1984.
- ALONSO GARCÍA, M.: «La aproximación a un modelo democrático de relaciones laborales y el Real Decreto-Ley núm. 17/77, de 4 de marzo», en AA.VV., *Lecciones de Derecho del Trabajo en homenaje a los profesores Bayón Chacón y Del Peso y Calvo*, FDUCM, Madrid, 1980.
- Curso de Derecho del Trabajo*, Ariel, Barcelona, 1982.
- ALONSO GARCÍA, M. y otros.: *La huelga y el cierre empresarial*, IEE, Madrid, 1979.
- ALONSO OLEA, M.: *El despido*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958.
- «La reforma del art. 222 del Código Penal», en *Quince lecciones sobre conflictos colectivos de trabajo*, FDUCM, Madrid, 1968.
- El estatuto de los trabajadores. Texto y Comentario breve*, Civitas, Madrid, 1980.
- Derecho del Trabajo*, FDUCM, Madrid, 1980.
- Las fuentes del Derecho. En especial del Derecho del Trabajo según la Constitución*, Civitas, Madrid, 1982.
- Jurisprudencia constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, t. I, 1983, Civitas, Madrid, 1984.
- Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, T. IV, 1986, Civitas, Madrid, 1987.
- Jurisprudencia constitucional sobre trabajo y seguridad social*, t. VIII, 1990, Civitas, Madrid, 1991.
- «Huelga y mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad. El estado de la cuestión», en *REDT*, 1993, núm. 58.
- «Sobre el caducado Proyecto de Ley de huelga», en *REDT*, 1993, núm. 59.

- ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M. E.: *Derecho del Trabajo*, Civitas, Madrid, 2000.
- ÁLVAREZ ALCOLEA, M.: «La participación activa en huelga ilegal como causa de despido. Estudio jurisprudencial», en *RPS*, 1979, núm. 124.
- ÁLVAREZ GARCÍA, F. J.: «Bien jurídico y Constitución», en *Cuadernos de Política Criminal*, 1991, núm. 43.
- ÁLVAREZ SACRISTÁN, I.: «El ejercicio del derecho de huelga y los servicios esenciales», en AA.VV., *Derechos de libertad sindical y huelga*, CGPJ, Madrid, cuaderno núm. XII, 1992.
- ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ, J. M. y otros: *Comentarios a la Reforma de la Ley del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común. Estudio de la Ley 4/1999, de 13 de enero*, Aranzadi, Pamplona, 1999.
- ALZAGA VILLAMIL, O.: *La Constitución española de 1978 (Comentario sistemático)*, Ediciones del Foro, Madrid, 1978.
- ANDO, S.: «Uso alternativo del diritto di sciopero», en P. Barcellona (a cura di), *L'uso alternativo del diritto*, vol. II, Roma-Bari, 1973.
- ARA PINILLA, I.: *Las transformaciones de los derechos humanos*, Tecnos, Madrid, 1994.
- ARIÑO ORTIZ, G.: «La empresa pública», en *El modelo económico de la Constitución española*, t. II, dirigido por F. Garrido Falla, IEE, Madrid, 1981.
- ATIENZA, M.: «Una clasificación de los derechos humanos», en *Anuario de Derechos Humanos*, 1986-87, núm. 4.
- «Sobre el control de la discrecionalidad administrativa. Comentarios a una polémica», en *REDA*, 1995, núm. 85.
- AUVERGNON, P.: «Regulación de la huelga en los servicios públicos en Francia», en *DL*, 1992, núm. 37.
- AVILA ROMERO, M.: *Conflictos colectivos, huelga y cierre patronal*, IES, Zaragoza, 1981.
- BACIGALUPO SAGESSE, M.: «La aplicación de la doctrina de los límites immanentes a los derechos fundamentales sometidos a reserva de limitación legal», en *REDC*, 1993, núm. 38.
- La discrecionalidad administrativa*, Marcial Pons, Madrid, 1997.

- La nueva tutela cautelar en el contencioso-administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 1999.
- BACIGALUPO SAGGESE, M. y VELASCO CABALLERO, F.: «Límites inmanentes de los derechos fundamentales y reserva de ley», en *REDA*, 1995, núm. 85.
  - BADENES VICENTE, F.: *Los conflictos colectivos de trabajo. Del conflicto plural al colectivo y del avance en el grado de la permisible solución autónoma del mismo*, Conselleria de Trabajo de las Islas Baleares, 1984.
  - BALAGUER CALLEJÓN, M. L.: «El contenido esencial del derecho de huelga», en *Revista de Derecho Político*, 1991, núm. 34.
  - BAÑO LEÓN, J. M.: «Los interesados y los derechos y deberes de los ciudadanos ante la Administración», en J. Leguina Villa y M. Sánchez Morón, (editores), *La nueva Ley del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Tecnos, Madrid, 1993.
  - BARCELONA LLOP, J.: «Protección civil», en AA.VV., *Enciclopedia Jurídica Básica*, Vol. IV, Civitas, Madrid, 1995.
  - BARNES VÁZQUEZ, J.: «Introducción al principio de proporcionalidad en el Derecho Comparado y Comunitario» en *RAP*, 1994, núm. 135.
- «El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar», en AA. VV., *El principio de proporcionalidad*, número monográfico de la revista *Cuadernos de Derecho Público*, 1998, núm. 5.
- BARRACHINA JUAN, E.: *la función pública. Su Ordenamiento jurídico*, T. II, Vol. 1, PPU, Barcelona, 1991.
  - BARREIRO GONZÁLEZ, G.: «La disponibilidad del derecho de huelga y su garantía en la Constitución», en *RPS*, 1979, núm. 121.
- «La huelga, el cierre patronal y el conflicto colectivo», en AA.VV., *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución*, CEC, Madrid, 1980.
- BASILE, S.: «Los valores superiores, los principios fundamentales y los derechos y libertades públicas», en *La Constitución española de 1978*, dirigida por E. García De Enterría y A. Pedrieri, Civitas, Madrid, 1980.
  - BAYLOS GRAU, A.: «La militarización en los servicios públicos», en *Cuadernos de Derecho del Trabajo*, 1977, núm. 3.

- «La intervención del Gobierno en las huelgas de Renfe y del metro de Madrid», en *RFDUCM*, 1980, núm. 58.
- «Sobre el derecho de huelga en los servicios esenciales de la comunidad. (Comentario a SAN 6-6-80)», en *REDT*, 1980, núm. 2.
- El derecho de huelga en los servicios esenciales para la comunidad*, Edit. Universidad Complutense de Madrid (ejemplar reprografiado), Madrid, 1981.
- «Huelga y servicios esenciales para la comunidad», en AA.VV., *Jurisprudencia constitucional y relaciones laborales*, CEC, Madrid, 1983.
- Derecho de huelga y servicios esenciales*, Tecnos, Madrid, 1988.
- «Los servicios esenciales de la comunidad», en AA. VV., *Jornadas sobre la regulación del derecho de huelga*, Instituto de Estudios Laborales, Barcelona, 1988.
- «El arbitraje obligatorio que pone fin a la huelga en servicios esenciales», en *Poder Judicial*, 1988, núm. 11.
- «Huelga en servicios esenciales: motivación de la imposición del acto y audiencia a los huelguistas», en *REDT*, 1989, núm. 39.
- «La regulación del derecho de huelga en los servicios esenciales en España. Algunos puntos críticos», en *Revista de Treball*, 1990, núm. 12.
- «Diez años de jurisprudencia constitucional: el derecho de huelga», en *Constitución y Derecho del Trabajo (1981-1991)*, coordinado por M. R. Alarcón Caracuel, Marcial Pons, Madrid, 1992.
- «Derecho de huelga en los servicios esenciales. Problemas derivados del acto gubernativo de imposición de un servicio mínimo», en AA.VV., *Derecho de libertad sindical y huelga*, CGPJ, Madrid, 1992, Cuaderno núm. XII.
- «Procedimientos de fijación de los servicios esenciales», en AA.VV., *El nuevo régimen jurídico de la huelga y el cierre patronal*, CGPJ, Madrid, 1993.
- «Sobre la suspensión de los actos de imposición de servicios mínimos en casos de huelga», en *Derecho Privado y Constitución*, 1994.
- «Sobre los despidos por huelga», en J. Aparicio Tovar y A. Baylos Grau, *El régimen del despido tras la reforma laboral*, Ibidem, Madrid, 1995.
- «Interpretación jurisprudencial del derecho de huelga: tres sentencias sobre la imposición de servicios mínimos», en *RL*, 1996, núm. 5.
- «La regulación del derecho de huelga en España: panorámica general», en *Relaciones Laborales y Seguridad Social*, 1997, núms. 23-24.

- «Formas nuevas y reglas viejas en el conflicto social», en *Revista de Derecho Social*, 1998, núm. 2, pp. 76-79.
- BAYLOS GRAU, A. y DESDENTADO BONETE, A.: «Una victoria del movimiento obrero. La sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981», en *GS*, 1981, núm. 13.
  - BAYLOS GRAU, A. y TERRADILLOS, J.: *Derecho penal del trabajo*, Trotta, Madrid, 1997.
  - BAYLOS GRAU, A. y VALDÉS DE LA VEGA, B.: «El abuso en el ejercicio del derecho de huelga y la responsabilidad del comité de empresa por los daños ocasionados (Comentario a la sentencia nº 203/96, del Juzgado de los Social nº 4 de Madrid)», en *AL*, 1997, núm. 5.
  - BELADÍEZ ROJO, M.: *Validez y eficacia de los actos administrativos*, Marcial Pons, Madrid, 1994.
  - BELTRÁN DE FELIPE, M.: *Discrecionalidad administrativa y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1995.
  - BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.: «Los estados de alarma, excepción y sitio. Comentario a la ley orgánica 4/1981, de 1 de junio», en *Revista de Política Comparada*, 1981, núm. 5.
  - BERLIN, I.: *Cuatro ensayos sobre la libertad*, Alianza, Madrid, 1988.
  - BERNIER, J (edit.): *Grèves et services essentiels*, Université Laval, Saint-Foy, 1994.
  - «La détermination des services essentiels dans le secteur public et les services publics de certains pays industrialisés», en J. Bernier (edit.), *Grèves et services essentiels*, L'Université Laval, Saint-Foy, 1994.
  - BETANCOR RODRÍGUEZ, A.: *Las Administraciones independientes: un reto para el estado social y democrático de derecho*, Tecnos, Madrid, 1994.
  - BILBAO, A.: *Obreros y ciudadanos. La desestructuración de la clase obrera*, Trotta, Madrid, 1993.
  - BIRK, R.: «Il conflitto industriale: la disciplina giuridica degli scioperi de delle serrate», en M. Biagi y R. Blanpain (a cura di), *Diritto del lavoro e relazioni industriali nei paesi industrializzati ad economia di mercato*, Maggioli, Rimini, 1991.
  - BIRK, R. y HERNICHEL, E.: «El derecho de huelga en los servicios públicos en la República Federal de Alemania», en *DL*, 1992, núm. 38.

- BLANKE, T.: «El derecho de huelga en los servicios públicos de la República Federal Alemana», en *GS*, 1991, núm. 98.
- BOBBIO, N.: *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino, 1997. Hay traducción española de R. de Asís, Sistema, Madrid, 1991.
- BORDOGNA, L.: «Il conflitto», en M. Ricciardi (a cura di), *Gli studi di relazioni industriali negli anni 80*, F. Angeli, Milano, 1993.
- BORGOGELLI, F.: *Sciopero e modelli giuridici*, Giappichelli, Torino, 1998.
- BORRAJO DACRUZ, E.: «El derecho de huelga de los funcionarios públicos en la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981» en *REDC*, 1981, núm. 2.  
— «Los derechos colectivos de los médicos del sector público», en *Revista de Seguridad Social*, 1982, núm. 13.  
— «Poder normativo y poder judicial en la elaboración del nuevo Derecho del Trabajo», en *AL*, 1992, núm. 43.
- BRIDA, E.: «El circuito delle informazioni», en L. Menghini, M. Miscione y A. Vallebona, *La nuova disciplina dello sciopero nei servizi pubblici essenziali*, Cedam, Padova, 2000.
- CABEZA PEREIRO, J.: «Sobre la autoridad gubernativa competente para dictar decretos de servicios mínimos», en *REDT*, 1998, núm. 90.
- CABRERA BAZÁN, J.: «Derecho de huelga y contrato de trabajo», en AA.VV., *Sindicatos y relaciones colectivas de trabajo*, Ilustre Colegio de Abogados de Murcia, 1978.
- CACCIAPAGLIA, L.: «I compiti della Commissione di garanzia», en L. Menghini, M. Miscione y A. Vallebona ( a cura di), *La nuova disciplina dello sciopero nei servizi pubblici essenziali*, Cedam, Padova, 2000.
- CALAMANDREI, P.: «Significato costituzionale del diritto di sciopero», en *Rivista Giuridica del Lavoro*, 1954 I.
- CALSAMIGLIA, A.: «Sobre el principio de igualdad», en J. Muguerza y otros, *El fundamento de los derechos humanos*, Debate, Madrid, 1989.
- CAMPOS ALONSO, M. A.: «Hacia una nueva regulación de la huelga. Las opciones del legislador de conformidad con el artículo 28.2 de la Constitución Española y con la doctrina del Tribunal constitucional», en AA.VV., *Estudios sobre la huelga*, ACARL, Madrid, 1992.

- CAMPS RUIZ, L. M.: «La huelga como causa de despido: una aproximación al tema después de la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981», en *RT*, 1981, núms. 61-62.
- CAMPS RUIZ, L., RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M. y SALA FRANCO, T.: *Fundamentos de Derecho Sindical*, Ediciones De la Torre, Madrid, 1978.
- CANO MATA, A.: «La huelga de funcionarios», en *RAP*, 1980, núm. 93.
- CARBONELL RODRÍGUEZ, F. J.: «El ejercicio del derecho de huelga en la marina mercante», en *RT*, 1988, núm. 92.
- CARINCI, F.: «Tecnica e politica nella giurisprudenza costituzionale in tema de sciopero e di serrata», en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1970.  
—*Il conflitto collettivo nella giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1971.
- CARMONA CUENCA, E.: *El Estado Social de Derecho en la Constitución*, CES, Madrid, 2000.
- CARNELUTTI, F.: «Sciopero e giudizio», en *Rivista di Diritto Processuale*, 1949 I.
- CARRILLO LÓPEZ, M.: «La protección jurisdiccional de los derechos fundamentales; la nueva regulación en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa», en *Cuadernos de Derecho Público*, 1999, núm. 7.
- CASAS BAAMONDE, M. E.: «Las huelgas atípicas en el ordenamiento español(o huelgas marginales del tipo de derecho constitucional y legal, de huelga), en *REDT*. 1985, núm. 24.  
—«El derecho de huelga de los trabajadores de la administración militar y su “normativa específica”», en *REDT*, 1986, núm. 27.  
—Prólogo de *Legislación de huelga*, Tecnos, Madrid, 1992.  
—«Los procedimientos de fijación de los servicios esenciales», en AA.VV., *Estudios sobre la huelga*, ACARL, Madrid, 1992.  
—«Derecho de huelga y Constitución: ¿Nuevas perspectivas?», en AA.VV., *Constitución y Derecho Público. Estudios en homenaje a S. Varela*, Tirant lo blanch, Valencia, 1995.
- CASCAJO CASTRO, J. L.: *La tutela constitucional de los derechos sociales*, CEC, Madrid, 1988.
- CASSAGNE, J. C.: *La huelga en los servicios esenciales*, Civitas, Madrid, 1993.



- CASSESE, S.: «La Commissione di garanzia per l'attuazione della legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali: una priva valutazione», en *Rivista Giuridica del Lavoro*, 1991 I.
- CASSESE, S. y FRANCHINI, C.: *I garanti delle regole*, Il Mulino, Bologna, 1996.
- CC. OO.: «Informe al Defensor del Pueblo sobre el proyecto de regulación por ley del derecho de huelga», en *RL*, 1989 I.
- CEINOS SUÁREZ, A.: *La jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de huelga*, Comares, Granada, 2000.
- CELLA, G. P. (a cura di):, *Il movimento degli scioperi nel XX secolo*, Il Mulino, Bologna, 1979.
- Il conflitto. La trasformazione. la prevenzione. Il controllo*, Giappichelli, Torino, 1992.
- CHINCHILLA MARÍN, C.: *La radiotelevisión como servicio público esencial*, Tecnos, Madrid, 1988.
- «El servicio público, ¿una amenaza o una garantía para los derechos fundamentales? Reflexiones sobre el caso de la televisión», en AA.VV., *Estudios sobre la CE. Homenaje al Profesor E. García de Enterría*, vol. II, Civitas, Madrid, 1991.
- La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*, Civitas, Madrid, 1999.
- CIRCULO DE EMPRESARIOS.: «El derecho de huelga. Realidades y exigencias», en *RL*, 1989 II.
- Commissione di garanzia dell'attuazione della legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali, *Lo sciopero nei servizi essenziali. Guida dell'utente*, Istituto Poligrafico dello Stato, Roma, 1996.
- *Constitución española. Trabajos parlamentarios*, edición preparada por F. Garrido Falla, cuatro volúmenes, Cortes Generales, Madrid, 1980.
- CONTRERAS PELÁEZ, F. J.: *Derechos sociales: teoría e ideología*, Tecnos, Madrid, 1994.
- CÓRDOBA RODA, J.: *Comentario al Código Penal*, III, Ariel, Barcelona, 1978.
- CORDOVA, E.: «Tendencias y determinantes de las huelgas en la administración pública», en *RIT*, 1985, núm. 2.
- CORSO, F.: «Conflitto e autotutela nei servizi pubblici essenziali», en *GDLRI*, 1981.
- COSCUBIELA I CONESA, J. y FALGUERA I BARÓ, M. A.: «El ejercicio del derecho de huelga y los servicios esenciales a la comunidad. Una propuesta de

- autorregulación», en *Constitución y Derecho del Trabajo 1981-1991 (Análisis de 10 años de jurisprudencia constitucional)*, coordinado por M. R. Alarcón Caracuel, Marcial Pons, Madrid, 1992.
- COSSIO DÍAZ, J. R.: *Estado social y derechos de prestación*, CEC, Madrid, 1989.
  - CRESPÁN, J. y FALGUERA, M. A.: «Huelga, empresa y servicios esenciales, hoy. Reflexiones sobre la situación en España», en *La huelga general*, editado por F. Bonamusa, Ayer, 1991, núm. 4.
  - CRUZ VILLALÓN, J.: «La ausencia de acuerdo en la designación de los servicios de seguridad y mantenimiento durante el desarrollo de la huelga», en *REDT*, 1985, núm. 23.
- «La intervención de la autoridad gubernativa (laboral) en la fijación de los servicios mínimos», en *RL*, 1988, núm. 10.
- «La tutela colectiva por los trabajadores autónomos de sus intereses profesionales», en *RL*, 2000, núms. 7-8.
- CRUZ VILLALÓN, P.: *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, Tecnos, Madrid, 1984.
- «Formación y evolución de los derechos fundamentales», en *REDC*, 1989, núm. 25.
- CUEVAS, J. M.: «Una ley de huelga necesaria», en el diario *Expansión*, el 6 de mayo de 1987 (texto reproducido en *Revista de Treball*, 1987, núm 4).
  - CURZIO, P.: *Autonomia collettiva e sciopero nei servizi essenziali*, Cacucci, Bari, 1992.
  - DALTON, J. y KUECHLER, M. (editores): *Los nuevos movimientos sociales. Un reto al orden político*, trad. J. Sempere i Carreras, Alfons el Magnànim, Valencia, 1992.
  - D'ATENA, M.: «Costituzione e autorità indipendenti. Il caso de la Commissione di garanzia per l'attuazione della legge sullo sciopero nei servizi essenziali», en *Lavoro e Diritto*, 1996, núm. 4.
  - DÄUBLER, W.: «La huelga en la Constitución española», en AA.VV., *Los trabajadores y la Constitución*, Selsa, Madrid, 1980.
  - DÁVALOS, J.: «Orígenes, evolución y ejercicio de la huelga en el Derecho Mexicano del Trabajo», en AA.VV., *El Constitucionalismo en las postrimerías del siglo XX*, t. V, UNAM, México, 1988.

- DE ALFONSO BOZZO, A.: «Sobre la competencia de ejecución en materia laboral de la Generalitat de Catalunya», en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1982.
- DE ASÍS ROIG, R.: «Sobre los límites de los derechos», en *Derechos y Libertades*, 1994, núm. 3.
- DE CASTRO CID, B.: «Los derechos sociales: análisis sistemático», en AA.VV., *Derechos económicos, sociales y culturales*, Publ. Univ. de Murcia, Murcia, 1981.  
—*Los derechos económicos, sociales y culturales. Análisis a la luz de la teoría general de los derechos humanos*, Universidad de León, León, 1993.
- DE FALCO, F.: «La posizione dell'utente ed i diritti dell'utenza nello sciopero nei servizi essenziali», en *Il Diritto del Lavoro*, 1995 I.
- DE LA VILLA, L. E.: «Algunas reflexiones para la regulación legal de la huelga», en AA.VV., *Estudios de Derecho del Trabajo en memoria del Prof. G. Bayón Chacón*, Tecnos, Madrid, 1980.  
—*Materiales para el estudio del sindicato*, IES, Madrid, 1981.  
—«Servicios mínimos en empresas prestatarias de servicios públicos» en *REDT*, 1991, núm. 47.
- DE LA VILLA GIL, L. E. y PALOMEQUE LÓPEZ, M. C.: *Introducción a la economía del trabajo*, Debate, Madrid, 1980.
- DE LA VILLA, L. E. y SAGARDOY BENGOCHEA, J. A.: *El Derecho del Trabajo en España*, T. II, IES, Madrid, 1981.
- DE MARINIS, N.: «Sciopero e concertazione nei trasporti: dalla legge n. 146 del 1990 al patto del 23 dicembre 1998», en *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro*, 1999.
- DE OTTO, I.: «La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución», en L. Martín Retortillo e I. De Otto, *Derechos fundamentales y Constitución*, Civitas, Madrid, 1988.
- DE RUGGIERO, G.: *Historia del liberalismo europeo*, trad. C. G. Posada, Pegasus, Madrid, 1944.
- DEL REY GUANTER, S.: «Libertad sindical y funcionarios públicos», en AA.VV., *Comentarios a la Ley de libertad sindical*, Tecnos, Madrid, 1986.
- DEL VALLE, J. M.: «El despido por huelga ilegal en el Proyecto de Ley Orgánica de Huelga de 1993», en *El derecho de huelga. Seminario Hispano-Alemán en honor de*

- los Profesores Manuel Alonso Olea y Franz Gamillscheg*, editado por A. Montoya Melgar, *RFDUCM*, 1993, núm. 17.
- *Derechos sindicales y su relación con las libertades civiles*, 7º Informe de la Conferencia Internacional del Trabajo, OIT, Ginebra, 1969.
  - DESDENTADO, E.: *La crisis de identidad del Derecho Administrativo: privatización, huida de la regulación pública y Administraciones independientes*, Tirant lo blanch, Valencia, 1999.
  - DESDENTADO BONETE, A.: «La nueva jurisdicción contencioso-administrativa y el orden social ¿una reforma frustrada?», en AA. VV., *Competencias del orden social tras la ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa*, CGPJ, Madrid, 1999.
  - DEVAUX, E.: *La grève dans les services publics*, Université de Limoges, Limoges, 1996.
  - DEVEALI, M. L.: «El derecho de huelga y sus límites», en *RT*, 1956, núm. 10.
  - DÍAZ, E.: «Sobre la licitud de la huelga en el derecho italiano actual», en *Revista de Estudios Políticos*, 1961, núm. 115.
  - DIÉGUEZ CUERVO, G.: «El derecho de huelga en la doctrina del Comité de Libertad Sindical de la OIT», en *RT*, 1975, núms. 49-50.
  - «Ensayo jurídico sobre las huelgas políticas», en AA.VV., *El Derecho del Trabajo ante el cambio social y político*, Univ. de Zaragoza, Zaragoza, 1977.
  - «Ampliaciones del derecho de huelga en el Proyecto», en *El derecho de huelga. Seminario Hispano-Alemán en honor de los Profesores Manuel Alonso Olea y Franz Gamillscheg*, edición preparada por A. Montoya Melgar, *RFDUCM*, 1993, núm. 17.
  - «Huelga y cierre patronal: una recapitulación», en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 1998, núm. 13.
  - DÍEZ SÁNCHEZ, J. J.: *El derecho de huelga de los funcionarios públicos*, Civitas, Madrid, 1990.
  - El procedimiento administrativo común y la doctrina constitucional*, Civitas, Madrid, 1992.
  - «El ejercicio del derecho de huelga en el ámbito de la función pública», en AA.VV., *Ley de huelga*, ISE, Madrid, 1993.

- DILLA CATALÁ, J. M.: «Funcionarios, personal estatutario de la Seguridad Social y tutela de los derechos de libertad sindical y huelga (STS, 4ª, 15 diciembre 1997, y Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa», *AL*, 1998-3.
- DURÁN LÓPEZ, F.: *Derecho de huelga y legalización del conflicto de clases*, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1975.
  - «La nueva regulación de la huelga y el cierre patronal», en *RPS*, 1977, núm. 115.
  - «El derecho de huelga en el nuevo orden constitucional», en *Argumentos*, 1978, núm. 14.
  - «El régimen legal de la huelga tras la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981», en *RPS*, 1982, núm. 134.
  - «El ejercicio del derecho de huelga en la función pública», en *Temas Laborales*, 1986, núm. 9.
  - «Los derechos de los consumidores en la regulación de la huelga», en *Estudios sobre consumo*, 1987, núm. 11.
  - Autorregulación de servicios mínimos en huelgas y paros laborales*, CARL, Sevilla, 1988.
  - «Los derechos sindicales y la regulación de la huelga», en *REDT*, 1989, núm. 39.
  - Jurisprudencia constitucional y Derecho del trabajo*, MTSS, Madrid, 1992.
- DURAND, C. y DUBOIS, P.: *La grève*, Colin, Paris, 1975.
- EMBID IRUJO, A.: «La problemática actual de la huelga de funcionarios» en *REDA*, 1978, núm. 19.
- ENTRENA CUESTA, R.: *Curso de Derecho Administrativo (Organización administrativa)*, Tecnos, Madrid, 1998.
- ESCUDERO, R.: «Modelo normativo del derecho de huelga», en AA.VV., *Jurisprudencia constitucional y relaciones laborales*, CEC, Madrid, 1983.
- EWING, K. D.: *The right to strike*, Clarendon Press, Oxford, 1991.
- FABIÁN CAPARROS, E.: «Aproximación histórica al tratamiento jurídico de la huelga en España. Siglo y medio de represión penal de la huelga de trabajadores (1822-1975)», en *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, 1992, núm. 5.
- FERNÁNDEZ, T. R.: *De la arbitrariedad de la Administración*, Civitas, Madrid, 1999.
- FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J. y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *La Negociación Colectiva de los Funcionarios Públicos*, Cedecs, Barcelona, 1996.

- FERNÁNDEZ MONTALVO, R.: *Relaciones interadministrativas de colaboración y cooperación*, Marcial Pons, Madrid, 2000.
- FERNÁNDEZ SEGADO, F.: «La Ley Orgánica de los estados de alarma, excepción y sitio», en *Revista de Derecho Político*, 1981, núm. 11.
- «La teoría jurídica de los derechos fundamentales en la doctrina del Tribunal Constitucional», en *REDC*, 1993, núm. 39.
- FERNANDO PABLO, M.: «El sistema de protección civil: el marco jurídico y el papel de las CC.AA.», en *Revista Vasca de Administración Pública*, 1989, núm. 23.
- La motivación del acto administrativo*, Tecnos, Madrid, 1993.
- FERRANDO GARCÍA, F.: *Los efectos de la huelga en el contrato de trabajo*, Aranzadi, Pamplona, 1999.
- FILÌ, V.: «La precettazione», en L. Menghini, M. Miscione y A. Vallebona (a cura di), *La nuova disciplina dello sciopero nei servizi pubblici essenziali*, Cedam, Padova, 2000.
- FITZPATRICK, B.: «Regulación de la huelga en los servicios esenciales en el Reino Unido», en *DL*, 1993, núm. 41.
- FRANZOSI, R.: «Conflitto industriale e conflitto terziario: nuova evidenza empirica sul caso italiano», en *Lavoro e relazioni industriali*, 1995, núm. 2.
- FREIXES SANJUÁN, T.: *Los derechos sociales de los trabajadores en la Constitución*, MTSS, Madrid, 1986.
- «La huelga y sus garantías constitucionales( Algunas reflexiones sobre el contenido del artículo 28.2 y su inserción en el sistema de garantías de la Constitución española de 1978», en *Revista de Derecho Político*, 1986, núm. 22.
- GALGANO, F.: *Le Istituzioni dell'economia capitalistica*, Zanichelli, Bologna, 1980.
- GALIANA MORENO, J. M.: «Consideraciones sobre una futura regulación de las huelgas en los servicios esenciales», en AA.VV., *Homenaje a J. García Abellán*, Publ. Univ. de Murcia, Murcia, 1994.
- GÁRATE CASTRO, J.: «Derecho de huelga y servicios esenciales», en *REDT*, 1996, núm. 75.
- (coord.), *Cuestiones actuales sobre el despido disciplinario*, Universidad de Santiago de Compostela, 1997.
- La tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas por los tribunales laborales (Un estudio de la modalidad procesal regulada por los artículos 175 y*

- sigs. de la Ley de Procedimiento Laboral*), Revista Xurídica Galega, Pontevedra, 1999.
- GARCÍA BECEDAS, G.: «Esencialidad de los servicios y derecho de huelga», en AA.VV., *Estudios sobre la huelga*, ACARL, Madrid, 1992.
  - GARCÍA BLASCO, J.: *El derecho de huelga en España: calificación jurídica y efectos*, Bosch, Barcelona, 1983.
  - GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: «La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo», en *RAP*, 1962, núm. 38.
- La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1985.
- «Constitucionalización definitiva de las medidas cautelares contencioso-administrativas y ampliación de su campo de aplicación (medidas positivas), y “jurisdicción plenaria” de los Tribunales contencioso-administrativos, no limitada al efecto revisor de actos previos. Dos sentencias constitucionales», en *REDA*, 1993, núm. 79.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. R.: *Curso de Derecho Administrativo*, (2 tomos), Civitas, Madrid, 1999.
  - GARCÍA FERNÁNDEZ, M.: *El cierre patronal*, Ariel, Barcelona, 1990.
  - GARCÍA FERNÁNDEZ-LOMANA, M.: «Fijación de servicios mínimos y sanciones individuales», en *El Derecho de huelga. Seminario Hispano-Alemán en honor de los Profesores Manuel Alonso Olea y Franz Gamillscheg*, edición preparada por A. Montoya Melgar, *RFDUCM*, 1993, núm. 17.
  - GARCÍA MACHO, R.: *Las aporías de los derechos fundamentales sociales y el derecho a una vivienda*, IELSS, Madrid, 1984.
  - GARCÍA MURCIA, J.: «La protección del Estado y de los intereses de la comunidad frente al conflicto colectivo de trabajo: del código penal de 1848 al de 1928», en *RPS*, 1985, núm. 147.
- «Huelga en servicios esenciales (Comentario a la STC 27/1989, de 3 de febrero, BOE de 28 de febrero)», en *REDT*, 1989, núm. 39.
- GARCÍA NINET, J. I. e BALLESTER PASTOR, I.: «El sujeto legitimado para la designación de los servicios mínimos en las huelgas declaradas en servicios considerados esenciales: El título competencial aducido y la deseable imparcialidad de la autoridad gubernativa (comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional

- 233/1997, de 18 de diciembre 1997, BOE de 21 de enero de 1998», en *Aranzadi Social*, 1998.
- GARCÍA NINET, J. I. y GARCÍA VIÑA, J.: «Algunas consideraciones acerca del esquirolaje interno y externo, así como sobre ciertas medidas empresariales (algunas curiosas) para reducir los efectos de la huelga», en *Aranzadi Social*, 1998, núm. 21.
  - GARCÍA PELAYO, M.: *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza, Madrid, 1987.
  - GARCÍA ROCA, J.: «Estado social y marcos autonómicos para la solución extrajudicial de conflictos laborales», en *Revista de Estudios Políticos*, 1996, núm. 94.
  - GARCÍA VALVERDE, M. D.: *Personal civil no funcionario al servicio de establecimientos militares*, Comares, Granada, 2000.
  - GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: *La huelga con ocupación de lugar de trabajo*, Akal, Madrid, 1981.
- *Ley y autonomía colectiva*, MTSS, Madrid, 1987.
- *El proyecto de ley orgánica de huelga de 1993: la huelga en los servicios esenciales de la comunidad como telón de fondo*, Univ. de Cantabria, Santander, 1993.
- GARRIDO FALLA, F.: «El modelo económico en la Constitución y la revisión del concepto de servicio público», en *REDA*, 1981, núm. 29.
  - GASCÓN, M. y PRIETO, L.: «Los derechos fundamentales, la objeción de conciencia y el Tribunal Constitucional», en *Anuario de Derecho Humanos*, 1988-89, núm. 5.
  - GENEVOIS, V. B.: «La jurisprudence du Conseil constitutionnel relative au droit de grève dans les services publics», en *DS*, 1989.
  - GERNIGON, B., ODERO, A. y GUIDO, H.: «Principios de la OIT sobre el derecho de huelga», en *RIT*, 1998, núm. 4.
  - GEWIRTH, A.: «There are Absolute Rights», en *The Philosophical Quarterly*, 1982, núm. 32.
  - GHEZZI, G.: «Un'importante riforma tutta in salita: la disciplina dello sciopero nei servizi pubblici essenziali», en *Rivista Giuridica del Lavoro*, 1999, núm. 4.
  - GIANNINI, M. S.: *Diritto público dell'economia*, Il Mulino, Bologna, 1977.
  - GIDDENS, A.: *La estructura de clases en las sociedades avanzadas*, Trad. de J. Bollo Muro, Alianza, Madrid, 1993.



- GIL GIL, J. L.: «Ilegalidad e incumplimiento de servicios mínimos en la huelga (Comentario a la sentencia 141/89 del Juzgado de lo Social nº 5 de Madrid)», en *REDT*, 1989, núm. 39.
- GIL RIVAS, C.: «La huelga en el Reino Unido», en *REDT*, 1998, núm. 91.
- GIMENO FELIÚ, J. M.: «Sistema económico y derecho a la libertad de empresa *versus* reservas al sector público de actividades económicas», en *RAP*, 1994, núm. 135.
- GISMERO LÓPEZ, I. y DEL VALLE JOZ, J. I.: «Acerca de la jurisdicción competente para conocer sobre la impugnación de servicios mínimos en huelga que afecta a servicios esenciales (Comentario al Auto de la Sala Especial de Conflictos de Competencia del TS de 28 de abril de 1994, Ar. 10579)», en *REDT*, 1996.
- GIUGNI, G.: *Diritto sindacale*, Cacucci, Bari, 1996.
- GOERLICH PESET, J. M.: *Los efectos de la huelga*, Tirant lo blanch, Valencia, 1994.
- «Ejercicio del derecho de huelga y poder directivo empresarial», en AA. VV., *Homenaje al Profesor Juan García Abellán*, Public. Univ. de Murcia, Murcia, 1994.
- GOMES CANOTILHO, J. J. y LEITE, J.: «Ser ou não ser uma greve», en *Questoes Laborais*, 1999, núm. 13.
- GÓMEZ CABALLERO, P.: *Los derechos colectivos de los funcionarios*, CES, Madrid, 1994.
- GÓMEZ PUENTE, M.: *La inactividad de la Administración*, Aranzadi, Pamplona, 2000.
- GÓMEZ-FERRER MORANT, R.: «La reserva al sector público de recursos o servicios esenciales», en AA.VV., *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, t. V, Civitas, Madrid, 1991.
- GONZÁLEZ AMUCHÁSTEGUI, J.: «Notas para la elaboración de un concepto de solidaridad como principio político», en *Sistema*, 1991, núm. 101.
- GONZÁLEZ BIEDMA, E.: *Derecho de huelga y servicios de mantenimiento y seguridad en la empresa*, Civitas, Madrid, 1992.
- «Los procedimientos de solución extrajudicial de conflictos colectivos de trabajo en las Comunidades Autónomas», en *REDT*, 1994, núm. 65.
- GONZÁLEZ DE LA ALEJA, R.: *La titularidad del derecho de huelga. En especial en la función pública: perspectivas jurídico-críticas*, Comares, Granada, 1999.

- GONZÁLEZ GUTIÉRREZ-BARQUÍN, P.: «Las garantías para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad», en AA.VV., *Los derechos fundamentales y libertades públicas*, T. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993.
- GONZÁLEZ MOLINA, M. D.: *la responsabilidad civil de los sindicatos derivada del ejercicio de acciones colectivas*, Tirant lo blanch, Valencia, 2000.
- GONZÁLEZ ORTEGA, S.: «Diseño normativo e intervención de la Administración en las relaciones colectivas de trabajo», en *La intervención administrativa y jurisdiccional en las relaciones colectivas de trabajo*, edición preparada por F. Durán López, CARL, Sevilla, 1989.
- «Las formalidades del ejercicio del derecho de huelga», en AA.VV., *Ley de huelga*, ISE, Madrid, 1993.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J. y GONZÁLEZ NAVARRO, F.: *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/92, de 26 de noviembre)*, (2 tomos), Civitas, Madrid, 1999.
- GONZÁLEZ RUS, J. J.: *Bien jurídico y Constitución (Bases para una teoría)*, Fund. J. March, Madrid, 1983.
- GOÑI SEIN, J. L.: «La responsabilidad civil del sindicato por huelga» en *REDT*, 1990, núm. 43.
- «Límites al resarcimiento de daños causados por huelga», en *La Ley*, 1991, núm. 2.
- GRAGNOLI, E.: «Le regole per l'esercizio del diritto di sciopero», en P. Pascucci (a cura di), *La nuova disciplina dello sciopero nei servizi essenziali*, Ipsoa, 2000.
- GRANDI, M.: «Sciopero, prevenzione del conflitto e servizi pubblici essenziali», en *RIDL*, 1999, núm. 1.
- GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CAVIEDES, P.: *La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales: colectivos y difusos*, Aranzadi, Pamplona, 1999.
- HÄBERLE, P.: *Le libertà fondamentali nello stato costituzionale*, NIS, Roma, 1993.
- HEPPLÉ, B.: «The United Kingdom», en R. Blanpain (edit.), *Strikes and Lock-outs in Industrialized Market Economies*, Kluwer, Boston, 1991.
- HERNÁNDEZ VIGUERAS, J.: *La solución de los conflictos laborales en el sistema de relaciones laborales*, MTSS, Madrid, 1992.

- HOBBS, T.: *Leviatán*, edición preparada por C. Moya y A. Escotado, Editora Nacional, Madrid, 1970.
- HODGES-AEBERHARD, J. y ODERO DE DIOS, A.: «Los principios del Comité de Libertad Sindical relativos a la huelga», en *RIT*, 1987, núm. 4.
- HOHFELD, W. N.: «Son fundamental legal conceptions as applied to judicial reasoning», en *Yael Law Journal*, 1913, núm. 16. Traducción al castellano de G. R. Carrió, *Conceptos jurídicos fundamentales*, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1968.
- *Huelga (Documentación preparada para la tramitación del Proyecto de Ley de Huelga y de Medidas de Conflicto Colectivo) (Orgánica)*, Secretaría General del Congreso de los Diputados, Documentación núm. 96, 1992.
- IGARTUA SALAVERRÍA, J.: «Principio de legalidad, conceptos indeterminados y discrecionalidad administrativa», en *REDA*, 1996, núm. 92.
- *Il conflitto collettivo nei servizi pubblici*, en *Quaderni di Diritto del Lavoro e delle Relazioni Industriali*, núm. 25 (próxima publicación).
- ITURRALDE SESMA, V.: *Lenguaje legal y sistema jurídico. Cuestiones relativas a la aplicación de la ley*, Tecnos, Madrid, 1989.
- IUZZOLINO, G.: «Le autorità indipendenti e la Commissione di garanzia istituita dalla legge 12 giugno 1990, n. 146», en *Il Diritto del Lavoro*, 1994 I.
- JACOBS, A. J. M.: «The law of strikes and lock-outs», en *Comparative Labour Law and Industrial Relations in Industrialized Market Economies*, editado por R. Blanpain y C. Engels, Kluwer, The Hague, 1998.
- JEAMMAUD, A.: «Huelga y servicios esenciales en el Derecho Francés», en *Revista de Treball*, 1990, núm. 12.
- JIMÉNEZ CAMPO, J.: «El legislador de los derechos fundamentales», en AA.VV., *Estudios de Derecho Público en homenaje a I. De Otto*, Univ. de Oviedo, Oviedo, 1993.
- JIMÉNEZ CRUZ, J. M.: «La huelga de los funcionarios públicos» en *Documentación Administrativa*, 1982, núm. 196.
- JIMÉNEZ DE PARGA, M.: «La “*Pacem in terris*” y el Estado de derecho», en *Comentarios Universitarios a la Pacem in Terris*, Tecnos, Madrid, 1964.
- «El “contenido esencial” de los derechos y libertades», en *Actualidad Jurídica*, 1981.
- JUÈS, J. P.: *La grève en France*, PUF, Paris, 1998.

- JUNKER, A.: «Huelgas y servicios esenciales», en *El derecho de huelga. Seminario Hispano-Alemán en honor de los profesores Manuel Alonso Olea y Franz Gamillscheg*, editado por A. Montoya Melgar, *RFDUCM*, 1993, núm. 17.
- KAHN-FREUND, O.: «Il diritto di sciopero. La sua estensione e i suoi limiti», en *Rivista di Diritto del Lavoro*, 1978.
- «Le relazioni sindacali: tradizione e rinnovamento», en *GDLRI*, 1980.
- *La huelga y la reivindicación laboral secundaria en los estados miembros de la UE*, Parlamento Europeo, Serie de Asuntos sociales, W-8, Luxemburgo, 1996.
- LA MACCHIA, C.: «L'organizzazione ed i compiti della Commissione di garanzia», en P. Pascucci (a cura di), *La nuova disciplina dello sciopero nei servizi essenziali*, Ipsoa, 2000.
- LAPORTA, F.: «El principio de igualdad: introducción a su análisis», en *Sistema*, 1985, núm. 67.
- LATOURNERIE, R.: *Le droit française de la grève*, Sirey, Paris, 1972.
- LEFRANC, G.: *La huelga: historia y presente*, Laia, Barcelona, 1975.
- *Legislación de huelga*, edición preparada por M. E. Casas Baamonde, A. Baylos Grau y J. Aparicio Tovar, Tecnos, Madrid, 1992.
- LEGUINA VILLA, J. y SÁNCHEZ MORÓN, M. (editores): *La nueva Ley del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Tecnos, Madrid, 1993.
- LÓPEZ GONZÁLEZ, J. I.: «El principio de proporcionalidad en Derecho Administrativo», en AA. VV., *El principio de proporcionalidad*, número monográfico de la revista *Cuadernos de Derecho Público*, 1998, núm. 5.
- LÓPEZ GUERRA, L y otros: *Derecho Constitucional*, vol. I, Tirant lo blanch, Valencia, 1991.
- LÓPEZ SANZ-ARANGUEZ, L. M., SÁNCHEZ-JUNCO, J. y MOIX BLÁZQUEZ, M.: «Los servicios mínimos: resoluciones administrativas y recursos jurisdiccionales», en AA.VV., *Los derechos fundamentales y libertades públicas*, T. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993.
- LORD WEDDERBURN, R. L.: *I diritti del lavoro. Saggi scelti sulla Gran Bretagna e l'Europa*, Giuffrè, Milano, 1998.
- LUQUE PARRA, M.: *Los límites jurídicos de los poderes empresariales en la relación laboral*, Bosch, Barcelona, 1999.

- LYON-CAEN, A.: «Sciopero e servizi pubblici: l'esperienza francese», en *GDLRI*, 1988.
- LLAMAS GASCÓN, A.: *Los valores jurídicos como ordenamiento material*, Univ. Carlos III-BOE, Madrid, 1993.
- LLORET y CASTRO.: «Por qué no hemos respetado los servicios mínimos», publicado en el diario *El País*, de 20 de marzo de 1986.
- MADHUKU, L.: «El derecho de huelga en África Meridional», en *RIT*, 1997, núm. 4.
- MAGNO, M.: «Storia breve dello sciopero nel mondo: sommario», en *Quaderni di Rassegna Sindacale*, 1972, núm. 38.
- MANCINI, G. F.: *Costituzione e movimento operaio*, Il Mulino, Bologna, 1976.  
—«Sistema económico y relaciones de trabajo», en AA.VV., *Los Trabajadores y la Constitución*, Selsa, Madrid, 1980.
- MANTERO ÁLVAREZ, R.: *Límites al derecho de huelga*, Ediciones Amalio M. Fernández, Montevideo, 1992.
- MARÍN CORREA, J. M. «Notas sobre una posible “modalidad procesal especial” de huelga», en *El derecho de huelga. Seminario Hispano-Alemán en honor de los Profesores Manuel Alonso Olea y Franz Gamillscheg*, edición preparada por A. Montoya Melgar, *RFDUCM*, 1993, núm. 17.
- MARÍN RIAÑO, F.: «La necesaria motivación del establecimiento de servicios mínimos», en *La Ley*, 1989 II.
- MARINA JALVO, B.: *El régimen disciplinario de los funcionarios públicos*, Lex Nova, Valladolid, 1999.
- MARIUCCI, L.: «La legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali: problemi chiusi e aperti», en *Lavoro e Diritto*, 1990.
- MARTÍN PÉREZ, P. A.: «Algunas consideraciones jurisprudenciales en torno a la huelga en las administraciones públicas o en empresas que presten servicios públicos», en *AL*, 1990-3.
- MARTÍN SERRANO, A. L.: «La huelga de solidaridad», en AA.VV., *Jurisprudencia constitucional y relaciones laborales*, CEC, Madrid, 1983.
- MARTÍN VALVERDE, A.: «Huelga laboral y huelga política: un estudio de modelos normativos», en AA.VV., *El Derecho del Trabajo ante el cambio social y político*, Instituto de Relaciones Laborales, Zaragoza, 1977.

- «Regulación de la huelga, libertad de huelga y derecho de huelga», en AA.VV., *Sindicatos y relaciones colectivas de trabajo*, Colegio de Abogados de Murcia, Murcia, 1978.
- «El derecho de huelga en la Constitución de 1978», en *RPS*, 1979, núm. 121.
- «Regulación de la huelga en la Constitución» en AA.VV., *Los trabajadores y la Constitución*, Selsa, Madrid, 1980.
- «Los límites del derecho de huelga en la Administración pública», en *REDC*, 1986, núm. 8.
- «La formación del Derecho del Trabajo en España» en AA. VV., *La legislación social en la historia de España. De la revolución liberal a 1936*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1987.
- «La Constitución como fuente del Derecho del Trabajo», en *REDT*, 1988, núm. 33.
- «La doctrina general sobre el derecho de huelga en la sentencia del Tribunal Constitucional 11/81», en *RL*, 1997, núms. 15-16.
- MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO, F. y GARCÍA MURCIA, J.: *Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 2000.
  - MARTÍN-RETORTILLO, L.: «Régimen constitucional de los derechos fundamentales», en L. Martín-Retortillo e I. De Otto y Pardo, *Derechos fundamentales y Constitución*, Civitas, Madrid, 1988.
  - MARTÍNEZ ABASCAL, V., PÉREZ AMORÓS, F. y ROJO TORRECILA, E.: «Experiencias de regulación del derecho de huelga en algunos países de las comunidades europeas», en *Jornadas sobre la regulación del derecho de huelga*, Instituto de Estudios Laborales, Barcelona, 1988.
- «La regulación promocional, legal y convencional del derecho de huelga», en *Constitución y Derecho del Trabajo 1981-1991 (Análisis de 10 años de jurisprudencia constitucional)*, coordinado por M. R. Alarcón Caracuel, Marcial Pons, Madrid, 1992.
- «Los límites del derecho de huelga de la Constitución española», en *Revista Técnico Laboral*, 1994, núm. 59.
- MARTÍNEZ ALARCÓN, M. L.: «Nota sobre la dualidad de vía (alternatividad) para la protección de los derechos fundamentales en el contencioso-administrativo», en *Revista de Estudios Políticos*, 2000, núm. 107.

- MARTÍNEZ EMPERADOR, R.: «Efectos de la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981 en la regulación de la huelga y de los conflictos colectivos», en AA. VV., *La doctrina del Tribunal Constitucional en materia de huelga y conflictos colectivos*, IES, Madrid, 1981.
- «Garantía de servicios esenciales y fijación de servicios mínimos según la jurisprudencia ordinaria y constitucional», en *AL*, 1992, núm. 37.
- «Huelga en servicios esenciales para la comunidad», en AA.VV., *Estudios sobre la huelga*, ACARL, Madrid, 1992.
- «La participación en huelga como causa de despido disciplinario: marco regulador», en AA.VV.: *Estudios sobre el despido disciplinario*, ACARL, Madrid, 1992.
- MARTÍNEZ MARÍN, A.: *El buen funcionamiento de los servicios públicos*, Tecnos, Madrid, 1990.
- Régimen jurídico de los funcionarios*, Tecnos, Madrid, 1999.
- MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, F.: traducción de la Ley italiana 146/90, en *RT*, 1990, núm. 99.
- MARTÍNEZ-PUJALTE, A. L.: *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, CEC, Madrid, 1997.
- MATÍA PRIM, J.: *El abuso del derecho de huelga*, CES, Madrid, 1996.
- MATÍA PRIM, J. y otros.: *Huelga, cierre patronal y conflictos colectivos*, Civitas, Madrid, 1982.
- MC BRITTON, M.: *Sciopero e diritti degli utenti*, F. Angeli, Milano, 1995.
- MEDINA GUERRERO, M.: *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, McGraw-Hill, Madrid, 1996.
- MELLOTI, U.: «Significato sociologico dell'evoluzione dello sciopero nella società moderna», en *Giustizia e Società*, 1965, núm. 3.
- MENGHINI, L.: «Le regole per il lavoro autonomo», en L. Menghini, M. Miscione y A. Vallebona (a cura di), *La nuova disciplina dello sciopero nei servizi pubblici essenziali*, Cedam, Padova, 2000.
- MENGHINI, L., MISCIONE, M. y VALLEBONA, A. (a cura di): *La nuova disciplina dello sciopero nei servizi pubblici essenziali*, Cedam, Padova, 2000.
- MERCADER UGUINA, J.: *La delimitación de competencias entre el orden contencioso-administrativo y el orden social*, Tirant lo blanch, Valencia, 1996. —«La delimitación de competencias entre el orden social de la jurisdicción y el orden

- contencioso-administrativo tras la nueva LJCA», en AA. VV., *Competencias del orden social tras la ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa*, CGPJ, Madrid, 1999.
- MERCADER UGUINA, J. R. y TOLOSA TRIBIÑO, C.: *Derecho Administrativo Laboral*, Tirant lo blanch, Valencia, 2000.
  - MERINO, M. C., GIL, V. y LÓPEZ, J. M.: «La huelga política en el ordenamiento español», en *RT*, 1989, núm. 96.
  - MERINO SEGOVIA, A.: «Servicios mínimos en RTVE», en *Revista de Derecho Social*, 1998, núm. 2.
  - MIGLIORINO, L.: «La “giurisprudenza” del comitato OIL sulla libertà sindacale», en *La Comunità internazionale*, 1996, núm 1.
  - MIRANDA, J.: *Manual de Dereito Constitucional*, t. IV, Coimbra, 1993.
  - MISCIONE, M.: «La giurisdizione esclusiva del giudice del lavoro sulla condotta antisindacale», en L. Menghini, M. Miscione y A. Vallebona (a cura di), *La nuova disciplina dello sciopero nei servizi pubblici essenziali*, Cedam, Padova, 2000.
  - MONEREO PÉREZ, J. L.: *Configuración jurídica del derecho de huelga*, trabajo inédito, Granada, 1992.
- «La huelga como derecho constitucional: la técnica específica de organización jurídico-constitucional de la huelga (I y II)», en *Temas Laborales*, 1993, núms. 27-28.
- «Límites subjetivos del derecho de huelga: algunas reflexiones críticas», en *RL*, 1993 II.
- «La constitucionalidad de las huelgas políticas (a propósito de la STC 36/93, de 8 de febrero)», en AA.VV.: *Homenaje a Juan García Abellán*, Univ. de Murcia, Murcia, 1994.
- MONTALVO CORREA, J.: «La huelga en el Real Decreto-Ley 17/77, de 4 de marzo, de relaciones de trabajo», en AA.VV., *Relaciones de Trabajo. Comentarios al Real Decreto-Ley 17/77, de 4 de marzo*, ICNDLCP, Madrid, 1977.
  - MONTOYA MELGAR, A.: «Ejercicio y garantías de los derechos fundamentales en materia laboral», en *RPS*, 1979, núm. 121.
- «Sindicatos, convenios y conflictos colectivos: el debate constitucional», en AA.VV., *Los trabajadores y la Constitución*, Selsa, Madrid, 1980.
- Ideología y lenguaje en las leyes laborales de España (1873-1938)*, Civitas, Madrid, 1992.



- Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 1998.
- MORELL OCAÑA, L.: *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, Aranzadi, Pamplona, 1997.
  - MORRIS, G. S.: *Strike in essential services*, Mansell, Londres, 1986.
  - «Industrial action in essential services», en *Industrial Law Journal*, 1991.
  - «Industrial action in essential services: the english experience», en J. Bernier (dir.), *Grèves et services essentiels*, L'Université Laval, Sainte-Foy, 1994.
  - MUÑOZ ARNAU, J. A.: *Los límites de los derechos fundamentales en el Derecho Constitucional Español*, Aranzadi, Pamplona, 1998.
  - NANIA, R.: *Sciopero e sistema costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1995.
  - NIETO, A.: *Derecho administrativo sancionador*, Tecnos, Madrid, 1994.
  - NUNIN, R.: «La revoca spontanea dello sciopero», en L. Menghini, M. Miscione y A. Vallebona (a cura di), *La nuova disciplina dello sciopero nei servizi pubblici essenziali*, Cedam, Padova, 2000.
  - ODERO, A.: «El derecho de huelga en la función pública y en los servicios esenciales: los principios de la OIT», en *RL*, 1999, núm. 1.
  - ODRIOZOLA LANDERAS, A.: «El acuerdo sobre solución extrajudicial de conflictos laborales (ASEC)», en *AL*, 1996 III.
  - OGRISEG, C.: «Il ruolo delle associazioni degli utenti», en L. Menghini, M. Miscione y A. Vallebona (a cura di), *La nuova disciplina dello sciopero nei servizi pubblici essenziali*, Cedam, Padova, 2000.
  - OJEDA AVILÉS, A.: «El Código de autorreglamentación de las huelgas en los transportes italianos y el debate sobre una ley de huelga», en *RL*, 1987 II.
  - «El acuerdo para modernizar la Administración y mejorar las condiciones de trabajo: Un importante avance en la negociación colectiva pública», en *AL*, 1992-1.
  - «Derecho de huelga de Jueces, Magistrados y Fiscales», en *AL*, 1993-1.
  - Derecho Sindical*, Tecnos, Madrid, 1995.
  - «La sindicación de los trabajadores autónomos y semiautónomos», en *Aranzadi Social*, 2000, núm. 10.
  - OIT, *La libertad sindical, Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*, OIT, Ginebra, 1996.
  - OLMEDA FREIRE, G. B.: «Los Decretos sobre servicios mínimos y la competencia del Orden Social», en *Tribuna Social*, 1997, núm. 82.

- La problemática delimitación de competencias entre el orden social y el contencioso-administrativo*, Tirant lo blanch, Valencia, 2000.
- ORLANDINI, G.: «Le modifiche apportate dalla legge n. 146/1990 ad altre norme di legge», en P. Pascucci (a cura di), *La nuova disciplina dello sciopero nei servizi essenziali*, Ipsoa, 2000.
- «Il procedimento di precettazione», en P. Pascucci (a cura di), *La nuova disciplina dello sciopero nei servizi essenziali*, Ipsoa, 2000.
- ORTEGA, L.: *Los derechos sindicales de los funcionarios públicos*, Tecnos, Madrid, 1983.
  - ORTELLS RAMOS, M.: «Exclusividad jurisdiccional para la restricción de derechos fundamentales y ámbitos vedados a la injerencia jurisdiccional», en AA.VV., *Medidas restrictivas de derechos fundamentales*, CGPJ, XII, Madrid, 1996
  - PANKERT, A.: «Solución de conflictos del trabajo en los servicios esenciales», en *RIT*, 1981, núm. 100.
  - PALOMAR OLMEDA, A.: *Derecho de la Función Pública. Régimen jurídico de los funcionarios públicos*, Dykinson, Madrid, 2000.
  - PALOMEQUE LÓPEZ, M. C.: «Conflictos y luchas colectivas», en AA.VV., *La transición política y los trabajadores*, Ediciones de la Torre, Madrid, 1978.
- «Regulación y autorregulación del derecho de huelga», en *GS*, 1980, núm. 2.
- «El sindicato como sujeto político», en AA.VV., *Estudios de Derecho del Trabajo en memoria del Prof. G. Bayón Chacón*, Tecnos, Madrid, 1980.
- «Sobre la competencia para acordar las medidas de mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad en caso de huelga», en *DL*, 1982, núm. 4.
- Despidos discriminatorios y libertad sindical*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1983.
- «La regulación por ley del derecho de huelga», en *DL*, 1987, núm. 23.
- Los derechos laborales en la Constitución española*, CEC, Madrid, 1991.
- «Los dos debates políticos sobre la promulgación de una “nueva ley” de huelga y la estrategia diferenciada de los sindicatos», en *RL*, 1992 I.
- «La titularidad diferenciada del derecho de huelga», en *AL*, 1992, núm. 20.
- «La determinación legislativa de los “servicios esenciales” de la comunidad», en AA.VV., *Ley de huelga*, ISE, Madrid, 1993.

- «La huelga y el derecho de huelga en el proyecto de ley orgánica de huelga (PLOH): una reflexión general», en AA.VV., *El nuevo régimen jurídico de la huelga y el cierre patronal*, CGPJ, Madrid, 1993.
- Derecho Sindical Español*, Tecnos, Madrid, 1994.
- Derecho del Trabajo e ideología. Medio siglo de formación ideológica del Derecho español del trabajo (1873-1923)*, Tecnos, Madrid, 1995.
- PALOMEQUE LÓPEZ, M. C. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: *Derecho del Trabajo*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2000.
  - PARADA, R.: *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común. (Estudio, comentarios y texto de la Ley 30/92)*, Marcial Pons, Madrid, 1993.
  - PARDELL VEA, A.: *Los derechos sindicales en la Carta Social Europea*, Bosch, Barcelona, 1993.
  - PAREJO ALFONSO, L.: «El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional. A propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981», en *REDC*, 1981, núm. 3.
- Estado social y Administración Pública. Los postulados constitucionales de la reforma administrativa*, Civitas, Madrid, 1984.
- «Constitución y valores del Ordenamiento», en *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, Vol. I, Civitas, Madrid, 1991.
- Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias. Un estudio del alcance y la intensidad del control judicial a la luz de la discrecionalidad administrativa*, Tecnos, Madrid, 1993.
- PASCO COSMÓPOLIS, M.: (coord.), *La huelga en Iberoamérica*, Edit. Porrúa, México, 1996.
  - PASCUCCI, P.: «L'apparato sanzionatorio», en T. Treu y otros, *Sciopero e servizi essenziali*, Cedam, Padova, 1991.
- Tecniche regolative dello sciopero nei servizi essenziali*, Giappichelli, Torino, 1999.
- (a cura di), *La nuova disciplina dello sciopero nei servizi essenziali. Legge n. 146/1990 (modificata dalla legge n. 83/2000)*, Ipsoa, 2000.
- «L'obbligo a trattare e il referendum», en P. Pascucci (a cura di), *La nuova disciplina dello sciopero nei servizi essenziali*, Ipsoa, 2000.

- «Le sanzioni», en P. Pascucci (a cura di), *La nuova disciplina dello sciopero nei servizi essenziali*, Ipsoa, 2000.
- «La riforma della legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali», en *Giornale di Diritto Amministrativo*, 2000, núm. 8.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, G.: *Derechos fundamentales. Teoría general*, Guadiana, Madrid, 1973.
- Los valores superiores*, Tecnos, Madrid, 1984.
- Curso de Derechos Fundamentales. Teoría general*, BOE-Univ. Carlos III, Madrid, 1995.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, G. y otros: *Derecho positivo de los derechos humanos*, Debate, Madrid, 1987.
  - PEDRAJAS MORENO, A.: «Huelga y servicios de mantenimiento», en AA.VV., *Ley de huelga*, ISE, Madrid, 1993.
  - PEDRAJAS PÉREZ, F.: (dir.), *Solución de conflictos laborales: negociación directa y solución extrajudicial*, Univ. de Almería, Almería, 1996.
  - PÉLISSIER, J.: «Grève et substituts des services essentiels: la situation française», en J. Bernier (edit.), *Grèves et services essentiels*, Université Laval, Saint-Foy, 1994.
  - PERA, G.: «La regolamentazione dello sciopero nei servizi pubblici essenziali», en *Giustizia Civile*, 1991 II.
- «Sullo sciopero degli avvocati», en *Giustizia Civile*, 1996 I.
- PÉREZ DE LOS COBOS, F.: «El régimen jurídico de los piquetes de huelga» en *REDT*, 1985, núm. 22.
- «La definición de los servicios esenciales en el proyecto de ley de huelga», en AA.VV., *Homenaje a J. García Abellán*, Univ. de Murcia, Murcia, 1994.
- PÉREZ ESPINOSA, F.: «El arbitraje en materia laboral», en AA.VV., *Jurisprudencia constitucional y relaciones laborales*, CEC, Madrid, 1983.
  - PÉREZ LUÑO, A. E.: *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1984.
- La seguridad jurídica*, Ariel, Barcelona, 1991.
- Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1998.
- PÉREZ PÉREZ, M.: *Responsabilidad patrimonial del sindicato y acción sindical*, Colex, Madrid, 1999.

- PERSIANI, M.: «Diritti fondamentali della persona e diritto dei lavoratori a scioperare», en *Il Diritto del Lavoro*, 1992 I.
- «Contratti collettivi normativi e contratti collettivi gestionali», en *Argomenti di Diritto del Lavoro*, 1999, núm. 1.
- PILATI, A.: «Il potere disciplinare nella legge sullo sciopero nei servizi essenziali», en *Argomenti di Diritto del Lavoro*, 1998, núm. 3.
- «L'azione giudiziaria delle associazioni rappresentative dei consumatori e degli utenti», en P. Pascucci (a cura di), *La nuova disciplina dello sciopero nei servizi essenziali*, Ipsoa, 2000.
- «Il conflitto collettivo nell'area del lavoro autonomo», en P. Pascucci (a cura di), *La nuova disciplina dello sciopero nei servizi essenziali*, Ipsoa, 2000.
- PIPAN, T.: *Sciopero contro l'utente. La metamorfosi del conflitto industriale*, B. Boringhieri, Torino, 1989.
- PIQUERAS PIQUERAS, C.: *El acuerdo sobre solución extrajudicial de conflictos: una reflexión sobre su naturaleza y eficacia*, Ibidem, Madrid, 1998.
- PISANI, C.: «Prestazioni indispensabili e misure di contemperamento», en L. Menghini, M. Miscione y A. Vallebona (a cura di), *La nuova disciplina dello sciopero nei servizi pubblici essenziali*, Cedam, Padova, 2000.
- PRIETO SANCHÍS, L.: *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid, 1990.
- «Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial», en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 1995, núm. 22.
- *Propuesta sindical de regulación del derecho de huelga en los bienes y los servicios esenciales de la comunidad*, en AA.VV., *Estudios sobre la huelga*, ACARL, Madrid, 1992.
- PUY, F.: «El tópico "derechos fundamentales" en el título I de la Constitución», en AA. VV., *Introducción a los derechos fundamentales. X Jornadas de Estudio*, Vol. II, Publ. del Ministerio de Justicia, Madrid.
- RAMIN, A.: «La grève dans les services publics en France: quelques réflexions sur la situation de l'utilisateur», en *DS*, 1985, núm. 1.
- RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M.: «Huelga y cierre patronal en la Constitución española», en AA.VV., *Estudios de Derecho del Trabajo en memoria del Prof. G. Bayón Chacón*, Tecnos, Madrid, 1980.

- «El derecho de huelga en los servicios esenciales. Planteamientos jurisprudenciales recientes», en *Revista de Treball*, 1990, núm. 14.
- RAMOS QUINTANA, M.: *El deber de paz laboral (Su regulación en la Ley y en el convenio colectivos)*, Civitas, Madrid, 1993.
  - RAYÓN SUÁREZ, E.: «Alcance de la consagración constitucional del derecho de huelga: la doctrina del Tribunal Supremo», en *REDT*, 1980, núm. 4.
  - RAZQUÍN LIZARRAGA, J. A.: *Derecho público del transporte por carretera*, Aranzadi, Pamplona, 1995.
  - *Recomendaciones y Resoluciones del Comité de Ministros del Consejo de Europa en Materia Jurídica*, Publ. Ministerio de Justicia, 1992.
  - RENTERO JOVER, J.: «Reflexiones sobre los pactos de fin de huelga», en *Aranzadi Social*, 1992, núm. 2.
- «Reflexiones sobre el comité de huelga», en AA.VV., *Derechos de libertad sindical y huelga*, CGPJ, Madrid, cuaderno núm. XII, 1992.
- RIERA VAYREDA, C.: *El despido nulo*, Tirant lo blanch, Valencia, 1999.
  - RIVERO LAMAS, J.: «La regulación jurídica de la huelga en España», en *Revista del Colegio de Abogados de Zaragoza*, 1975, núm. 59.
- «Los sindicatos y la acción sindical en la Constitución», en M. Ramírez (coord.), *Estudios sobre la Constitución española de 1978*, Pórtico, Zaragoza, 1979.
- «La huelga en los servicios esenciales: complejidad del supuesto y opciones legislativas», en AA. VV., *El derecho de huelga. Seminario Hispano-Alemán en honor de los profesores Manuel Alonso Olea y Franz Gamillscheg*, RFDUCM, 1993, núm. 17.
- «Infracciones y sanciones laborales y regulación del derecho de huelga: criterios jurisprudenciales y proyectos de reforma», en *AL*, 1993 I.
- «Principio de proporcionalidad y derechos fundamentales( Sobre la inconstitucionalidad de la filmación de los piquetes en una huelga)», en *REDT*, 1999, núm. 98.
- RIVERO YSERN, J. L.: *Manual de Derecho Local*, Civitas, Madrid, 1999.
  - ROBLES, G.: *Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual*, Civitas, Madrid, 1992.
  - ROCCELLA, M.: «La Commissione di garanzia», en T. TREU y otros, *Sciopero e servizi essenziali*, Cedam, Padova, 1991.

- «La precettazione “rivisitata”», en T. Treu y otros, *Sciopero e servizi essenziali*, Cedam, Padova, 1991.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: «En torno a la huelga en los servicios esenciales», en *RL*, 1987 I.
- «El caso italiano y el proyecto de regulación de la huelga en los servicios esenciales», en *RL*, 1988 II.
- «La huelga de transportes en periodos punta», en *RL*, 1990, núms. 15-16.
- «Órgano competente y motivación en la determinación de los servicios esenciales en caso de huelga», en *RL*, 1990 II.
- «Dualidad de jurisdicciones y cumplimiento de los servicios esenciales en caso de huelga», en *RL*, 1990 II.
- «La huelga en los servicios esenciales y el papel de la jurisprudencia constitucional», en *RL*, 1997, núms. 15-16.
- «Nuevas perspectivas de la responsabilidad administrativa (I) y (II)», en *RL*, 2000, núms. 6 y 7.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., MARTÍN VALVERDE, A. y DURÁN LÓPEZ, F.: «La regulación del derecho de huelga y su problemática», en AA.VV., *La huelga ante el desarrollo de la Constitución*, Fundación F. Ebert, Madrid, 1979.
  - RODRÍGUEZ-SAÑUDO, F.: «El régimen jurídico del despido individual: causalidad y forma del despido», ponencia presentada al VIII Congreso Nacional de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, celebrado en Albacete en 1997 (pendiente de publicación).
  - ROJO TORRECILLA, E.: «El Tribunal Constitucional ante el derecho de huelga. (Análisis de la Sentencia del 8 de abril de 1981)», en *Revista de Política Comparada*, 1981, núm. 5.
- «Valoración del derecho constitucional de huelga por el Tribunal Supremo y el Tribunal Central de Trabajo», en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1982.
- El derecho de huelga. Elementos para la reflexión*, CiJ, Barcelona, 1992.
- (coord.), *Delitos contra los derechos de los trabajadores y contra la seguridad social*, Bosch, Barcelona, 1998.
- ROLLA, G.: «Il sistema costituzionale dei diritti fondamentali. L’esperienza spagnola» en *Rivista Trimestrale di Diritto pubblico*, 1990, núm. 1.

- ROMAGNOLI, U.: «Due interventi sullo sciopero nei servizi pubblici», in *Democrazia e Diritto*, 1978, núm. 2.
- «Comentario all'art. 40 della Costituzione», en G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione, tomo I, Rapporti economici*, Zanichelli-Il Foro, Bologna-Roma, 1979.
- «Le fonti regolative dello sciopero nei servizi essenziali», en *Lavoro e Diritto*, 1991.
- «Solidarismo giuridico e conflitto post-industriale», en *Lavoro e Diritto*, 1991.
- «La legge sullo sciopero tra autorità e consenso», en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1992, núm. 4.
- ROMAGNOLI, U. y BALLESTRERO, M. V.: *Norme sull'esercizio del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali*, Zanichelli-Il Foro, Bologna-Roma, 1994.
- ROMÁN DE LA TORRE, M. D.: *Poder de dirección y contrato de trabajo*, Grapheus, Valladolid, 1992.
- ROMEI, R.: «Articolo 4», en M. Rusciano y G. Santoro Passarelli (a cura di), *Lo sciopero nei servizi essenziali*, Giuffrè, Milano, 1991.
- «Di che cosa parliamo quando parliamo di sciopero», en *Lavoro e Diritto*, 1999, núm. 2.
- ROQUETA BUJ, R.: «Las consecuencias jurídicas de la huelga: las responsabilidades derivadas de su ejercicio», en AA.VV., *Ley de huelga*, ISE, Madrid, 1993.
- ROSSEAU, J. J.: *Contrato social*, trad. F. de los Ríos Urruti, Espasa-Calpe, Madrid, 1987.
- ROVIRA VIÑAS, A.: *El abuso de los derechos fundamentales*, Península, Madrid, 1983.
- RUBIO LLORENTE, F. y DARANAS PELÁEZ, M.: *Constituciones de los Estados de la Unión Europea*, Ariel, Barcelona, 1997.
- RUIZ CASTILLO, M. M.: *El cierre patronal*, MTSS, Madrid, 1990.
- RUIZ-GIMÉNEZ, J.: «Raíz y sentido de la relación política», en *Comentarios a la Pacem in terris*, BAC, Madrid, 1963.
- RUSCIANO, M.: «Articolo 1», en M. Rusciano y G. Santoro Passarelli (a cura di), *Lo sciopero nei servizi essenziali*, Giuffrè, Milano, 1991.
- «Utenti senza garanti», en *Lavoro e Diritto*, 1996, núm. 1.
- RUSCIANO, M. y SANTORO PASSARELLI, G. (a cura di): *Lo sciopero nei servizi essenziali. Commentario alla legge 12 giugno 1990, n. 146*, Giuffrè, Milano, 1991.



- SAGARDOY BENGOCHEA, J. A.: *Las relaciones laborales en la Constitución española*, MTSS, Madrid, 1979.
- La eficacia de los convenios colectivos y su contenido en el Estatuto de los Trabajadores*, IES, Madrid, 1981.
- «La huelga en el Derecho comparado (El ejemplo de Europa Occidental)», en *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, 1988, núm. 1.
- «Los modelos jurídicos de regulación del derecho de huelga: el modelo vigente en España y su comparación con el de los restantes países de la Comunidad Europea», en AA.VV., *Estudios sobre la huelga*, ACARL, Madrid, 1992.
- «El despido discriminatorio», en AA.VV., *Estudios sobre el despido disciplinario*, ACARL, Madrid, 1992.
- «La huelga en servicios esenciales de la comunidad», en *El derecho de huelga. Seminario Hispano-Alemán en honor de los profesores Manuel Alonso Olea y Franz Gamillscheg*, RFDUCM, 1993, núm. 17.
- SAINZ MORENO, F.: *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Civitas, Madrid, 1976.
- SALA ARQUER, J. M.: «El Estado neutral. Contribución al estudio de las Administraciones independientes», en *REDA*, 1989, núm. 42.
- SALA FRANCO, T.: «La huelga en los servicios esenciales para la comunidad», en *Revista de Treball*, 1992, núms. 19-20.
- «La titularidad del derecho de huelga», en AA.VV., *Ley de huelga*, ISE, Madrid, 1993.
- SALA FRANCO, T. y ALBIOL MONTESINOS, I.: *Derecho Sindical*, Tirant lo blanch, Valencia, 2000.
- SALA FRANCO, T. y ALFONSO MELLADO, C. L.: *Los procedimientos extrajudiciales de solución de los conflictos laborales establecidos en la negociación colectiva*, Tirant lo blanch, Valencia, 1996.
- SALA FRANCO, T. y ROQUETA BUJ, R.: *Los derechos sindicales de los funcionarios públicos*, Tirant lo blanch, Valencia, 1995.
- SAMPEDRO CORRAL, M.: «Las consecuencias jurídicas de la huelga: sus efectos y la responsabilidad derivada de su ejercicio», en AA.VV., *Estudios sobre la huelga*, ACARL, Madrid, 1992.

- SÁNCHEZ FÉRRIZ, R.: *Estudio sobre las libertades*, Tirant lo blanch, Valencia, 1995.
- SÁNCHEZ MARTÍNEZ, M. O.: «La huelga general como acto de desobediencia civil», en AA.VV., *Escritos jurídicos en memoria de Luis Mateo Rodríguez*, Tomo I, Univ. de Cantabria, Santander, 1993.
- La huelga ante el Derecho. Conflictos, valores y normas*, Dykinson, Madrid, 1997.
- SÁNCHEZ MORÓN, M.: *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Tecnos, Madrid, 1994.
- Derecho de la Función Pública*, Tecnos, Madrid, 1996.
- SÁNCHEZ PEGO, J.: «La huelga en la función pública y las huelgas judiciales», en AA.VV., *El nuevo régimen jurídico de la huelga y el cierre patronal*, CGPJ, Madrid, 1993.
- SÁNCHEZ SUÁREZ, R.: «Doctrina jurisprudencial sobre servicios mínimos de carácter esencial, a mantener en situaciones de huelga en el transporte aéreo», en *Revista del Ministerio de Transportes, Turismo y Comunicaciones*, 1990, núm. 47.
- SANGUINETI RAYMOND, W.: *Lesión de la libertad sindical y comportamientos antisindicales. Estudio de la estructura y el contenido del juicio de antisindicalidad*, MTSS, Madrid, 1993.
- SANTANA GÓMEZ, A.: *El régimen jurídico de los trabajadores no-huelguistas*, Civitas, Madrid, 1993.
- SANTONI, F.: «Sciopero nei servizi pubblici essenziali e obbligo di preavviso: un limite procedurale inderogabile», en *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro*, 1993.
- «Lo “sciopero degli avvocati” nel giudizio della Corte Costituzionale», en *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro*, 1996.
- «Diritto all’informazione e sciopero nel servizio pubblico radiotelevisivo», en *Il Diritto del Lavoro*, 1996 I.
- «Illegittimità dello sciopero nei servizi pubblici essenziali ed evoluzione dei regimi di responsabilità», en *Il Diritto del Lavoro*, 1997 I.
- Lo sciopero*, Jovene, Napoli, 1999.
- SANTORO PASSARELLI, F.: «Autonomia collettiva, giurisdizione, diritto di sciopero», en AA.VV., *Saggi di diritto civile I*, Napoli, 1960.
- SANTORO PASSARELLI, G.: «Vecchi e nuovi problemi in materia di sciopero nei servizi pubblici essenziali», en *RIDL*, 1999 I.

- SARDINA PÁRAMO, J. A.: «Huelga, algo sobre la semántica del mito al derecho», en AA.VV., *Los derechos fundamentales y libertades públicas*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993.
- SASTRE IBARRECHE, R.: *Derecho sindical y transición política*, Tecnos, Madrid, 1987.
- SCOGNAMIGLIO, R.: «Disciplina e autodisciplina del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali», en *Rivista di diritto internazionale e comparato del lavoro*, 1977, núm. 1-2.
- SEMPERE NAVARRO, A. V.: *Nacionalsindicalismo y relación de trabajo (La doctrina nacionalsindicalista de la “relación de trabajo” y sus bases ideológicas)*, Akal, Madrid, 1982.
- SENÉS MOTILLA, C.: *Las cuestiones prejudiciales en el sistema procesal español*, McGraw-Hill, Madrid, 1996.
- SERRANO CARVAJAL, J.: «La huelga», en AA.VV., *Jurisprudencia constitucional y relaciones laborales*, CEC, Madrid, 1983.
- SERRANO TRIANA, A.: *La utilidad de la noción de servicio público y la crisis del Estado bienestar*, IELSS, Madrid, 1983.
- «Lo esencial en los servicios públicos (I)», en *Actualidad Administrativa*, 1990-3.
- SIMPSON, B.: «Los conflictos colectivos en el sector público en Gran Bretaña: el marco de relaciones legales e industriales», en *GS*, 1991, núm. 98.
- SINAY, H. y JAVILLIER, J. C.: *La grève*, en *Traité de Droit du Travail*, dirigido por G. H. Camerlynck, Dalloz, Paris, 1984.
- SINISCALCHI, E.: «Sciopero nei servizi pubblici essenziali e prestazioni indispensabili a tutela dell’utente. Il difficile equilibrio nella giurisprudenza», en *Il Diritto del Lavoro*, 1993 I.
- SOLANS LATRE, M. A.: *Concertación social y otras formas de neocorporatismo en España y en la Comunidad Europea*, Tecnos, Madrid, 1995.
- SOLOZABAL ECHAVARRÍA, J. J.: «Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales», en *Revista de Estudios Políticos*, 1991, núm. 71.
- SORIANO DÍAZ, R. L.: «Las limitaciones al ejercicio de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978», en AA.VV., *Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, Univ. de Murcia, Murcia, 1981.

- STEFANELLI, M. A.: *La tutela dell'utente di pubblici servizi*, Cedam, Padova, 1994.
- SUÁREZ GONZÁLEZ, F.: «El Derecho del Trabajo en la Constitución», en *Lecturas sobre la Constitución española*, coordinada por T. R. Fernández Rodríguez, Vol. II, UNED, Madrid, 1978.
- «El proyecto de ley del Estatuto de los trabajadores (cuatro aspectos sorprendentes)», en AA.VV., *Estudios de Derecho del Trabajo en memoria del Prof. G. Bayón Chacón*, Tecnos, Madrid, 1980.
- *Suplemento especial sobre el ASEC y los Acuerdos autonómicos sobre solución extrajudicial de conflictos laborales*, RL, 1998.
- *Suplemento especial: solución extrajudicial de conflictos*, RL, 2000.
- SUPPIEJ, G.: «Trent'anni di giurisprudenza costituzionale sullo sciopero e sulla serrata», en *RIDL*, 1989 I.
- TERNEYRE, P.: «Vade-mecum du gestionnaire de services publics pour assurer la continuité du service en cas de grève», en *DS*, 1989, núm. 12.
- La grève dans les services publics*, Sirey, Paris, 1991.
- TIERNO GALVÁN, E. y MUÑOZ ALONSO, M.: *La huelga. Cara y Cruz*, Ed. 99, Madrid, 1974.
- TORRENTE GARI, S.: *El ejercicio del derecho de huelga y los servicios esenciales*, Cedecs, Barcelona, 1996.
- «El turno de oficio y el derecho de huelga. (Comentario a la STS 29-5-95, Ar. 4395)», en *REDT*, 1997, núm. 83.
- «La competencia del estado y de las comunidades autónomas en el establecimiento de servicios mínimos», en *Revista de Derecho Social*, 1998, núm. 1.
- TORRENTE GARI, S. y SOLANS LATRE, M. A.: «Servicios esenciales y huelga: la configuración constitucional de un derecho», en *Constitución y Derecho del Trabajo 1981-1991 (Análisis de 10 años de jurisprudencia constitucional)*, coordinada por M. R. Alarcón Caracuel, Marcial Pons, Madrid, 1992.
- TORRES DEL MORAL, A.: *Principios de Derecho Constitucional Español*, FDUCM, Madrid, 1992.
- TREU, T.: «L'ambito di applicazione della legge», en T. Treu y otros, *Sciopero e servizi essenziali*, Cedam, Padova, 1991.

- «Le prestazioni indispensabili», en T. Treu y otros, *Sciopero e servizi essenziali*, Cedam, Padova, 1991.
- «Lo sciopero nei servizi essenziali pubblici essenziali: un caso estremo di regolazione pluralistica», en AA. VV., *Scritti in onore di Luigi Mengoni*, Giuffrè, Milano, 1995.
- TREU, T. y otros.: *Sciopero e servizi essenziali. Commentario sistematico alla l. 12 giugno 1990, n. 146*, Cedam, Padova, 1991.
  - TUÑÓN DE LARA, M.: *El movimiento obrero en la historia de España*, Taurus, Madrid, 1972.
  - VACCARELLA, R. y SASSANI, B.: «Profili processuali della legge sull'esercizio del diritto di sciopero nei servicios esenciales», en *Rivista di Diritto Processuale*, 1991.
  - VALDEOLIVAS GARCÍA, Y.: *Las conductas lesivas de la libertad sindical*, CES, Madrid, 1994.
  - VALDÉS DAL-RÉ, F.: «Notas para una reelaboración crítica del marco normativo de la huelga», en *RT*, 1975, núm. 52.
- «Límites al derecho de huelga: apuntes críticos», en *Cuadernos de Derecho del Trabajo*, 1977, núm. 3 (también en L. E. De La Villa y J. A. Sagardoy (dirs.), *El Derecho del Trabajo en España*, Tomo I, IES, Madrid, 1981).
- «Servicios esenciales y servicios mínimos en la función pública», en *RL*, 1986 II.
- «El cierre patronal», en AA.VV., *Ley de huelga*, ISE, Madrid, 1993.
- «Derecho de huelga: interés comunitario y defensa de derechos fundamentales», en *Asesoría Laboral*, 1998, núm. 93.
- «El ASEC: apuntes sobre un texto y su contexto», en *RL*, 1998, núm. 6.
- VALDÉS DE LA VEGA, B.: «Los bienes constitucionalmente protegidos como límite al derecho de huelga», en *REDT*, 1991, núm. 46.
  - VALLEBONA, A.: «Il ruolo del giudice nel sistema della legge sullo sciopero nei servizi essenziali», en *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro*, 1991.
- «Introduzione», en L. Menghini, M. Miscione y A. Vallebona (a cura di), *La nuova disciplina dello sciopero nei servizi pubblici essenziali*, Cedam, Padova, 2000.
- «Le sanzioni», en L. Menghini, M. Miscione y A. Vallebona (a cura di), *La nuova disciplina dello sciopero nei servizi pubblici essenziali*, Cedam, Padova, 2000.
- «La disciplina per il lavoro autonomo», en *Guida al Lavoro, Il Sole 24 Ore*, 2000, núm. 16.

- VARANINI, R.: «Breve storia del diritto di sciopero nei vari paesi», en *Quaderni di Rassegna sindacale*, 1970, núm. 25.
- VIDA SORIA, J.: «Génesis de las normas laborales en la Constitución española de 1978», en AA.VV., *Estudios de Derecho del Trabajo en memoria del Prof. G. Bayón Chacón*, Tecnos, Madrid, 1980.
- «Efectos laborales del ejercicio del derecho de huelga», en AA.VV., *Ley de huelga*, ISE, Madrid, 1993.
- VIDA SORIA, J. y GALLEGU MORALES, Á.: «Derechos sindicales y de huelga», en *Comentarios a la Constitución española de 1978*, dirigidos por O. Alzaga, Cortes Generales-Edersa, Madrid, 1996.
- VIDAL CARBANA y VIDAL BENEYTO.: *Ley de huelga consensuada: texto definitivo y comentarios*, CDN, Madrid, 1992.
- VILLACORTA MANCEBO, L.: «Aspectos de la reserva de ley en el sistema constitucional español», en *Escritos jurídicos en memoria de Luis Mateo Rodríguez*, t. I, Universidad de Cantabria, Santander, 1993.
- VILLAVERDE, R. F.: «Las coligaciones industriales y las huelgas de obreros ante el derecho», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1902, núm. 101.,
- VILLONE, M.: *Sciopero e solidarietà nella Costituzione italiana*, Jovene, Napoli, 1980.
- VIVERO SERRANO, J. B.: «El despido disciplinario por incumplimiento de los servicios mínimos en caso de huelga en los servicios esenciales», en *AL*, 1998-3.
- «Huelga y servicios esenciales: ¿Son los trabajadores los únicos responsables de los perjuicios ocasionados?», en *Carta Laboral*, 1999, núm. 9.
- «Servicios esenciales y Administraciones Públicas», comunicación presentada al XI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, celebrado en Valencia los días 19 y 20 de Mayo de 2000 (pendiente de publicación).
- «La huelga en el transporte discrecional por carretera de la isla de Tenerife: servicios mínimos y arbitraje obligatorio», próxima publicación en los *Anales de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Laguna*.
- VON IHERING, R.: *El fin en el Derecho*, trad. D. Abad de Santillán, México, 1961.
- WEBB, B. y WEBB, S.: *Historia del sindicalismo 1666-1920*, MTSS, Madrid, 1990.
- ZOPPOLI, A.: «Articolo 8», en M. Rusciano y G. Santoro Passarelli (a cura di), *Lo sciopero nei servizi essenziali*, Giuffrè, Milano, 1991.

- ZORRILLA RUIZ, M. M.: «Garantías precisas para el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad», en *El derecho de huelga. Seminario Hispano-Alemán en honor de los profesores Manuel Alonso Olea y Franz Gamillscheg*, editado por A. Montoya Melgar, *RFDUCM*, 1993, núm. 17.
- ZUFIAUR, J. M.: «Introducción», en AA.VV., *Ley de huelga*, ISE, Madrid, 1993.
- ZUNFT, M.: «El principio de proporcionalidad en el Derecho Alemán de los conflictos colectivos de trabajo», en *El derecho de huelga. Seminario Hispano-Alemán en honor de los profesores Manuel Alonso Olea y Franz Gamillscheg*, editado por A. Montoya Melgar, *RFDUCM*, 1993, núm. 17.