

LA DEFICIENTE REGULACIÓN DE LA HUELGA EN LOS SERVICIOS ESENCIALES: NECESIDAD DE UNA LEY ORGÁNICA QUE DESARROLLE ADECUADAMENTE EL ARTÍCULO 28.2 DE LA CONSTITUCIÓN*

Juan Bautista Vivero Serrano

Profesor asociado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de La Laguna

RESUMEN

En el presente artículo se analizan las numerosas deficiencias técnicas que presenta la vigente regulación de la huelga en los servicios esenciales, así como las frecuentes irregularidades cometidas por la administración. Para acabar con esa situación se propone una profunda reforma que pasa por emanar la ley orgánica anunciada por el artículo 28.2 de la Constitución española y por conceder mayor protagonismo a la autonomía colectiva.

PALABRAS CLAVES: huelga, servicios esenciales, servicios mínimos.

ABSTRACT

In the present article are addressed many technical deficiencies existing in current strike regulation inside essential services field, as well as frequents irregularities committed by public administration. In order to improve the above mentioned scenario, it is proposed a deep system reform which takes duly into account the reform mentioned in article 28.2 of the Spanish Constitution, also throughout labour and economic actors collective autonomy and administrative regulation.

KEY WORDS: strike, essential services, minimun services.

1. LA HUELGA EN LOS SERVICIOS ESENCIALES: UNA REALIDAD SOCIAL DE CRECIENTE IMPORTANCIA PARA EL DERECHO

La huelga ejercida en el ámbito de los servicios esenciales es objeto de una regulación específica y adicional a la que toda huelga tiene¹. Regulación que constituye la respuesta que el Ordenamiento jurídico ofrece a una determinada realidad social de creciente importancia para el Derecho. De manera algo simplista la realidad social que está detrás de la huelga en los servicios esenciales es la presencia, junto a los tradicionales protagonistas del conflicto, trabajadores y empresarios, de los usuarios, cuyos intereses resultan perjudicados por el ejercicio del derecho de



huelga². Para ser precisos, la esencia del fenómeno social no es tanto la presencia de terceros usuarios en los conflictos como 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 social³.

La respuesta que el Ordenamiento español, muy influido por el italiano⁴, da a esta importante realidad social se plasma nada más y nada menos en la propia Constitución de 1978, cuyo artículo 28.2, tras reconocer el derecho fundamental de huelga, recoge el complejo concepto jurídico indeterminado de mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad. El criterio que está detrás de este concepto constitucional, tal y como ha corroborado el TC, es el de la protección selec-

* El presente artículo constituye, con algunas matizaciones y con la adición de notas a pie, la versión escrita de la defensa de mi tesis doctoral, efectuada en la Facultad de Derecho de la Universidad de La Laguna el 5 de febrero de 2001.

¹ La bibliografía española sobre la huelga en los servicios esenciales es ciertamente copiosa, destacando dos monografías: BAYLOS GRAU, A.: *Derecho de huelga y servicios esenciales*, Tecnos, Madrid, 1988; TORRENTE GARI, S.: *El ejercicio del derecho de huelga y los servicios esenciales*, Cedecs, Barcelona, 1996.

² 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, KAHN FREUND, O.: «Le relazioni sindacali: tradizione e rinnovamento», en *GDLRI*, 1980, p. 414 y ss.; ACCORNERO, A.: «La «terciarizzazione» del conflitto e i suoi effetti», en CELLA, G.P. y REGINI, M.: *Il conflitto industriale in Italia*, Il Mulino, Bologna, 1985, pp. 275-313; PIPAN, T.: *Sciopero contro l'utente. La metamorfosi del conflitto industriale*, B. Boringuieri, Torino, 1989; CELLA, G.P. (a cura di): *Il conflitto. La trasformazione. la prevenzione. Il controllo*, Giappichelli, Torino, 1992; CURZIO, P.: *Autonomia collettiva e sciopero nei servizi essenziali*, Cacucci, Bari, 1992, pp. 13-27; BORDOGNA, L.: «Il conflitto», en RICCIARDI, M. (a cura di): *Gli studi di relazioni industriali negli anni 80*. ANGELI, F.: Milano, 1993, pp. 109-133; FRANZOSI, R.: «Conflitto industriale e conflitto terziario: nuova evidenza empirica sul caso italiano», en *Lavoro e relazioni industriali*, 1995, núm. 2, pp. 135-157; MCBRITTON, M.: *Sciopero e diritti degli utenti*, F. Angeli, Milano, 1995, pp. 11-31.

³ En este sentido, CURZIO, P.: *Autonomia collettiva e...*, *op. cit.*, pp. 13-14.

⁴ Sobre la disciplina italiana de la huelga en los servicios esenciales, cuya pieza clave es la Ley 146/90, recientemente modificada por la Ley 83/2000, véase, por todos, TREU, T. y otros, *Sciopero e servizi essenziali. Commentario sistematico alla l. 12 giugno 1990, n. 146*, Cedam, Padova, 1991; RUSCIANO, M. y SANTORO PASSARELLI, G.: *Lo sciopero nei servizi essenziali. Commentario alla legge 12 giugno 1990, n. 146*, Giuffrè, Milano, 1991; ROMAGNOLI, U. y BALLESTRERO, M.V.: *Norme sull'esercizio del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali*, Zanichelli-Il Foro, Bologna-Roma, 1994; MENGHINI, L. MISCIONE, M. y VALLEBONA, A. (a cura di): *La nuova disciplina dello sciopero nei servizi pubblici essenziali*, Cedam, Padova, 2000; PASCUCCI, P. (a cura di): *La nuova disciplina dello sciopero nei servizi essenziali. Legge n. 146/1990 (modificata dalla legge n. 83/2000)*, Ipsoa, 2000.

Además del Derecho italiano otras experiencias de Derecho comparado también interesantes pueden consultarse en BERNIER, J. (ed.): *Grèves et services essentiels*, Université Laval, Saint-Foy, 1994; ALES, E.: *Lo sciopero nei servizi pubblici in Europa tra interesse general ed autotutela. Spunti comparatistici*, Giappichelli, Torino, 1995.

tiva de los usuarios perjudicados por el ejercicio del derecho de huelga⁵. De la totalidad de usuarios perjudicados sólo reciben protección jurídica específica los usuarios de los servicios considerados esenciales. Protección específica que, obvio es decirlo, las más de las veces exige la limitación en mayor o menor medida del derecho fundamental de huelga. El resto de usuarios tendrá que conformarse con la protección que pudiera derivar de la regulación general del derecho de huelga y, en su caso, de la autorregulación de los propios huelguistas⁶. Sin ninguna duda, el hecho de que la huelga sea un derecho subjetivo y fundamental de los trabajadores en lugar de un derecho subjetivo ordinario ha motivado que sólo determinados usuarios, los de los servicios esenciales, vean específicamente protegidos sus intereses frente al ejercicio del derecho de huelga⁷.

Hasta aquí lo que podría denominarse el núcleo de las líneas maestras, unánimemente aceptadas: en primer lugar, la existencia de un grave y específico problema social generado por el ejercicio del derecho de huelga; en segundo lugar, la necesidad de ofrecer una respuesta jurídica a dicho problema, aun a costa de limitar el derecho fundamental de huelga; en tercer y último lugar, la respuesta querida por la Constitución española sólo otorga protección específica a los usuarios de los servicios esenciales⁸.

2. CRÍTICA DE LA VIGENTE REGULACIÓN DE LA HUELGA EN LOS SERVICIOS ESENCIALES

Cuando del núcleo incontrovertido de las líneas maestras se pasa a la articulación técnico-jurídica de dichas líneas a través de conceptos, principios y reglas, el panorama cambia por completo: la controversia es el denominador común y, lo que es peor, la elaboración técnica es muy deficiente. Pocas materias jurídico-laborales hay con una elaboración técnica tan deficiente como la de la regulación jurídica de la huelga en los servicios esenciales⁹.

⁵ SSTC 11/81, F.J. 18 y 53/86, F.J. 3. Confirman esta tesis, MATÍA PRIM, J. y otros, *Huelga, cierre patronal y conflictos colectivos*, Civitas, Madrid, 1982, pp. 137-138, y VALDÉS DAL-RÉ, F.: «Servicios esenciales y servicios mínimos en la función pública», en *RL*, 1986 II, pp. 125-128.

Ha sido BAYLOS GRAU, A.: *Derecho de huelga y...*, *op. cit.*, p. 25 y ss., quien mejor ha estudiado los criterios que de alguna manera explican la singularidad de la huelga en los servicios esenciales. Vid., también, TORRENTE GARI, S.: *El ejercicio del...*, *op. cit.*, p. 91 y ss.

⁶ Sobre el papel de la autorregulación del derecho de huelga, véase, por todos, DURÁN LÓPEZ, F.: *Autorregulación de servicios mínimos en paros y huelgas laborales*, CARL, Sevilla, 1988.

⁷ La influencia del carácter fundamental del derecho de huelga en la regulación de la huelga en los servicios esenciales es uno de los hilos conductores de mi tesis doctoral dedicada al *Mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad en caso de huelga* (en curso de publicación).

⁸ BAYLOS GRAU, A.: *Derecho de huelga y...*, *op. cit.*, p. 25 y ss., ha sido quien con mayor profundidad y rigor se ha ocupado de constatar la unánime aceptación.

⁹ Acertadamente crítica se muestra CASAS BAAMONDE, M.E., en el prólogo de *Legislación de huelga*, Tecnos, Madrid, 1992, pp. 13-20. Igualmente, GALIANA MORENO, J.M.: «Consideraciones

Deficiencias técnicas que se aprecian ya en el plano formal de las fuentes de esta materia. Así, el edificio jurídico de la huelga en los servicios esenciales, cuyos cimientos están en la Constitución, en lugar de descansar en la ley orgánica anunciada por el artículo 28.2 CE reposa en la regulación administrativa emanada por multitud de órganos y en la regulación jurisprudencial del TC y de los tribunales ordinarios¹⁰. La autonomía colectiva juega un papel ciertamente marginal, lo que contrasta con el protagonismo que dicha autonomía asume en el modelo democrático de relaciones laborales que diseña la Constitución¹¹. Y lo que es más importante, la postergación de la autonomía colectiva dejar sentir sus efectos en la eficacia del sistema, cuyas soluciones heterónomas raramente son compartidas por los trabajadores¹².

Sin salir del terreno formal de las fuentes, y a tenor de la última e inequívoca jurisprudencia del TS, una parte considerable de la regulación administrativa sobre la que descansa el edificio jurídico de la huelga en los servicios esenciales, aquella que tiene carácter reglamentario, es inconstitucional, pues vulnera la garantía constitucional de la reserva de ley que rodea esta materia¹³. La regulación de la

sobre una futura regulación de las huelgas en los servicios esenciales», en AAVV: *Homenaje a J. García Abellán*, Publ. Univ. de Murcia, Murcia, 1994, pp. 101-108. También, con indicación de otras posturas doctrinales descontentas, RODRÍGUEZ-PINERO, M.: «La huelga en los servicios esenciales y el papel de la jurisprudencia constitucional», en *Relaciones Laborales*, 1997, núms. 15-16, 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 AAVV: *Estudios sobre la huelga*, ACARL, Madrid, 1992, p. 199 y ss.

¹⁰ A este propósito, véase, BAYLOS GRAU, A.: «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.

¹¹ Vid., BAYLOS GRAU, A.: *Derecho de huelga y...*, *op. cit.*, pp. 172-179.

¹² 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, CURZIO, P.: *Autonomia collettiva e...*, *op. cit.*, p. 56 y ss., especialmente p. 59; SANTONI, F.: *Lo sciopero*, Jovene, Napoli, 1999, p. 135.

¹³ Así lo entiende la STS (3ª), 7-11-1997, Ar. 9498, cuando establece: «[...] 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 artículo 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). También, entre otras, SSTS (3ª) 15-9-95, Ar. 6654, F.J. 1; 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.

Doctrinalmente, por todos, ORTEGA, L.: *Los derechos sindicales de los funcionarios públicos*, Tecnos, Madrid, 1983, pp. 193-194; TORRENTE GARI, S.: *El ejercicio del...*, *op. cit.*, p. 245 y ss.; OLMEDA FREIRE, G.B.: «Los Decretos sobre servicios mínimos y la competencia del Orden Social», en

huelga en los servicios esenciales forma parte de la política de derechos fundamentales y ésta compete primariamente al legislador y, desde otra perspectiva, al TC. En ausencia del legislador, como es el caso, el ejecutivo no puede elaborar con carácter abstracto una determinada política de derechos fundamentales, que es lo que precisamente ha hecho. Sólo por esta circunstancia, a la que por el momento se ha concedido poca importancia, debería cambiarse radicalmente de rumbo, comenzando por emanar la ley orgánica anunciada por el artículo 28.2.

Si desde el punto de vista formal el edificio jurídico de la huelga en los servicios esenciales es un edificio declarado en ruinas, desde el punto de vista de la regulación material y procesal las deficiencias técnicas son todavía mayores. Puede comenzarse, a este respecto, con el propio concepto de servicios esenciales. Concepto que debiera haber definido y concretado con suficiente precisión el legislador orgánico, lo que como se sabe no ha tenido lugar¹⁴. En este contexto el TC no ha hecho otra cosa que asumir el papel institucional que le corresponde, creando un marco lo suficientemente amplio como para que quepan distintas opciones políticas. La definición de servicios esenciales efectuada por el TC tiene, por ello, unos contornos amplios¹⁵. En todo caso, constituye un acierto del TC haber construido

Tribuna Social, 1997, núm. 182, p. 42. Sobre la reserva de ley en general, VILLACORTA MANCEBO, L.: «Aspectos de la reserva de ley en el sistema constitucional español», en *Escritos jurídicos en memoria de Luis Mateo Rodríguez*, t. 1, Universidad de Cantabria, 1993, pp. 519-576.

¹⁴ El frustrado Proyecto de Ley de 1992-93 (art. 11.1) definía con relativa precisión el concepto de servicios esenciales, siguiendo en buena medida la técnica utilizada por la Ley italiana 146/90 (art. 1.1.). Vid., AAVV: *Ley de huelga*, ISE, Madrid, 1993; GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: *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.

El *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, pp. 1.428-1.433) sí recoge una definición más o menos precisa del concepto de servicios esenciales (punto 1. 1).

¹⁵ Literalmente: «[...]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 contenida en la STC 26/81, F.J. 10). De las dos acepciones, amplia y estricta, de servicios esenciales manejadas por MARTÍN VALVERDE, A.: «El derecho de huelga en la Constitución de 1978», en *Revista de Política Social*, 1979, núm. 121, pp. 232-233, la STC 26/81, F.J. 10, elige la amplia, si bien la argumentación que utiliza es tan confusa que parece que acoge la estricta cuando en realidad se decanta por la amplia. En este sentido, TORRENTE GARI, S.: *El ejercicio del...*, *op. cit.*, pp. 198-199.

Se trata de una definición ciertamente amplia y polémica. Así, BAYLOS GRAU, A.: *Derecho de huelga y...*, *op. cit.*, pp. 101-104, califica la noción elaborada por el TC como vaporosa; ALARCÓN CARACUEL, M.R.: «Un posible modelo de regulación de la huelga que afecte a servicios esenciales de la comunidad», en *RL*, 1991, núm. 19, p. 15, la rechaza al estar basada en un cúmulo de elementos heterogéneos que dan lugar a una enorme cantidad de servicios susceptibles de ser considerados esenciales. En cambio, PÉREZ DE LOS COBOS, F.: «La definición de los servicios esenciales en el proyecto de ley de huelga», en AAVV: *Homenaje a J. García Abellán*, Univ. de Murcia, Murcia, 1994, p. 300, considera que la amplia definición del TC encuentra su justificación en el papel institucional que a este órgano le corresponde, de tal manera que sus definiciones actuarían como marco de referencia para el legislador.



el concepto de servicios esenciales a partir de las categorías de derechos fundamentales y de bienes constitucionales, y con arreglo a un criterio teleológico¹⁶. Con este concepto no hay la menor duda de que los únicos usuarios protegidos específicamente frente al ejercicio del derecho de huelga son aquéllos cuyos intereses tienen valor constitucional y es que constitucional es el interés protegido por el derecho de huelga.

Los contornos amplios de la definición jurisprudencial de servicios esenciales han posibilitado una concreción extensiva del concepto por parte de la autoridad gubernativa, que ha calificado como esenciales servicios cuya conexión instrumental con intereses de relieve constitucional es más que dudosa. En otros casos, y esto es especialmente inaceptable, la autoridad gubernativa ha prescindido de los parámetros acogidos por el TC y ha calificado como esenciales, por ejemplo, a todos los servicios prestados por la Administración, apelando al perjuicio para el interés general y a la continuidad de los servicios públicos; criterios éstos que no cuentan con el respaldo del TC¹⁷.

Siguiendo con el concepto de servicios esenciales ni la regulación administrativa ni la jurisprudencial han abordado correctamente la distinción entre los ser-

¹⁶ Para VALDÉS DAL-RÉ, F.: «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.

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, VALDÉS DAL-RÉ, F.: «Servicios esenciales y...», *op. cit.*, p. 132; BAYLOS GRAU, A.: *Derecho de huelga y...*, *op. cit.*, p. 105 y ss.; MONEREO PÉREZ, J.L.: «La huelga como derecho constitucional: la técnica específica de organización jurídico-constitucional de la huelga (I y II)», en *Temas Laborales*, 1993, núms. 27 y 28, p. 79; OJEDA AVILÉS, A.: *Derecho Sindical*, Tecnos, Madrid, 1995, p. 481 y ss.; y TORRENTE GARI, S.: *El ejercicio del...*, *op. cit.*, p. 25 y ss. y 199 y ss.

¹⁷ Para BAYLOS GRAU, A.: «La regulación del derecho de huelga en España:...», *op. cit.*, pp. 1.261, 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. TORRENTE GARI, S.: *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. En contra de estos planteamientos se sitúa MARTÍNEZ MARÍN, A.: *El buen funcionamiento de los servicios públicos*, Tecnos, Madrid, 1990, p. 49 y ss., para quien todos los servicios públicos son esenciales.

La doctrina del TC al respecto es clara. En torno a este punto ha establecido: «[...] 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). Asimismo: «[...] 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).

vicios esenciales globalmente considerados y las prestaciones esenciales. La esencialidad, tal y como ha sido definida por el TC, se predica en realidad de las prestaciones y éstas pueden integrar la práctica totalidad de un servicio global o sólo una parte del mismo¹⁸. Lógicamente, no es lo mismo hablar del mantenimiento de un servicio globalmente considerado esencial que del mantenimiento de las concretas prestaciones esenciales de dicho servicio globalmente considerado esencial. Sólo las prestaciones verdaderamente esenciales deben ser mantenidas, so pena de vulnerar el derecho fundamental de huelga¹⁹. La identificación de las concretas prestaciones esenciales dentro de un servicio globalmente considerado esencial, tarea de enorme complejidad técnica, debiera corresponder a la autonomía colectiva, sin perjuicio del eventual control de un poder público imparcial. Evidentemente, el legislador orgánico no puede precisar hasta sus últimas consecuencias la totalidad de prestaciones esenciales, debiendo limitarse a señalar los servicios globalmente considerados esenciales y, en su caso, determinadas prestaciones esenciales más o menos genéricas.

También cabe apreciar una deficiente elaboración técnica del concepto de mantenimiento de los servicios esenciales. En efecto, aunque predominen las decisiones que ven en el citado concepto la necesidad de alcanzar un equilibrio entre los intereses constitucionales en conflicto, los de los usuarios y los de los huelguistas, no faltan ocasiones en las que dicho concepto se interpreta en clave de prevalencia

¹⁸ Por todos, VALDÉS DAL-RÉ, F.: «Servicios esenciales y...», *op. cit.*, p. 133, con las referencias allí contenidas; Díez SÁNCHEZ, J.J.: *El derecho de huelga de los funcionarios públicos*, Civitas, Madrid, 1990, pp. 193-198, en relación con el servicio esencial de la enseñanza. En contra de esta postura, OJEDA AVILÉS, A.: *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.

¹⁹ 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 Decretos) 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. 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.



apriorística de unos intereses sobre otros: los de la comunidad, los de los usuarios sobre los de los huelguistas²⁰. Evidentemente, la óptica que se asuma condiciona radicalmente las concretas soluciones que para alcanzar el citado mantenimiento se adopten. En este sentido, la fórmula empleada por el artículo 28.2 de la Constitución exige como regla general la compatibilidad de intereses, el equilibrio de los intereses en conflicto, por difícil que éste sea²¹.

Con todo, es en el campo de las concretas medidas garantizadoras del mantenimiento de los servicios esenciales donde con mayor facilidad se aprecian las deficiencias técnicas de las que se viene hablando. Por lo pronto, se utiliza en la práctica un único tipo de medida, el establecimiento de servicios mínimos, esto es, la necesaria continuidad de determinadas actividades²². Al contrario de lo que suce-

²⁰ El propio TC 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» (sentencia 11/81, F.J. 18). 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, RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M.: «El derecho de huelga en los servicios esenciales. Planteamientos jurisprudenciales recientes», en *Revista de Treball*, 1990, núm. 14, p. 12; MONEREO PÉREZ, J.L.: *Configuración jurídica del...*, *op. cit.*, p. 281; 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 ALARCÓN CARACUEL, M.R.: Marcial Pons, Madrid, 1992, pp. 375-376; SÁNCHEZ MARTÍNEZ, M.O.: *La huelga ante...*, *op. cit.*, p. 214, nota 221.

Sin embargo, cuando el TC entra de lleno en la definición del concepto de mantenimiento cambia de rumbo y 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» (STC 53/86, F.J. 3). Doctrinalmente, véase, por todos, MARTÍN VALVERDE, A.: «El derecho de...», *op. cit.*, pp. 233 y 246; VALDÉS DAL-RE, F.: «Servicios esenciales y...», *op. cit.*, pp. 135-136.

²¹ La STS (3ª), 17-4-96, Ar. 3.720, F.J. 2, rechaza unos servicios mínimos del 100% en diversos transportes especiales, recalcando 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. 2.895, 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. 8.809, F.J. 3, rechaza unos servicios mínimos del 100% en el sector del transporte escolar y en el de la distribución de combustibles.

²² Para VALDÉS DAL-RE, F.: «Servicios esenciales y...», *op. cit.*, p. 142: «El servicio mínimo no es «la cuota del servicio que es esencial para el libre ejercicio de los derechos fundamentales en liza»; es la cuota o parte de la actividad laboral que no cabe interrumpir en un servicio esencial, so pena de dañar irremediabilmente los derechos fundamentales, libertades públicas y bienes amparados en la Constitución que entran en conflicto con el derecho de huelga». En parecido sentido, BAYLOS GRAU, A.: *Derecho de huelga y...*, *op. cit.*, p. 195. Un concepto diferente puede verse en ALONSO OLEA, M.: *Las fuentes del Derecho. En especial del Derecho del Trabajo según la Constitución*, Civitas, Madrid, 1982, pp. 169-170.

de en otras experiencias de Derecho comparado, donde la pluralidad de medidas garantizadoras es una realidad cotidiana²³, el vigente sistema español emplea invariablemente los servicios mínimos. La utilización exclusiva de la técnica de los servicios mínimos ha generado una inaceptable confusión entre los conceptos de servicios esenciales y de servicios mínimos, que todavía hoy día no ha sido del todo superada²⁴. Tanto la utilización exclusiva como la confusión denunciada perjudican notablemente al derecho de huelga. En efecto, son muchas las huelgas de breve duración en las que resulta innecesario recurrir a la técnica de los servicios mínimos, bastando para satisfacer los intereses de los usuarios, por ejemplo, con la publicidad de la existencia del conflicto. Sin embargo, y como consecuencia de la confusión, se recurre automáticamente a los servicios mínimos y se limita innecesariamente el derecho de huelga²⁵.

Centrados en la técnica de los servicios mínimos, a través de la cual se garantiza invariablemente en España el mantenimiento de los servicios esenciales o, lo que

²³ 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, PÉLISSIER, J.: «Grève et substituts des services essentiels: la situation française», en BERNIER, J. (ed.): *Grèves et services essentiels*, Université Laval, Saint-Foy, 1994, 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, GRAGNOLI, E.: «Le regole per l'esercizio del diritto di sciopero», en PASCUCCI, P. (a cura di): *La nuova disciplina dello sciopero nei servizi essenziali. Legge n. 146/1990 (modificata dalla legge n. 83/2000)*, Ipsoa, 2000, p. 20 y ss.

PANKERT, A.: «Solución de conflictos del trabajo en los servicios esenciales», en *Revista Internacional de Trabajo*, 1981, núm. 100, p. 64 y 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.

²⁴ La utilización habitual de los servicios mínimos ha sido puesta de manifiesto y criticada por la doctrina. Así, por todos, BAYLOS GRAU, A.: *Derecho de huelga y...*, op. cit., pp. 168-169; TORRENTE GARI, S.: *El ejercicio del...*, op. cit., pp. 225-228.

Para DE LA VILLA, L.E.: «Servicios mínimos en...», op. cit., pp. 447-448, la principal consecuencia de la inaceptable confusión entre los servicios esenciales y los servicios mínimos 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». De trazar la distinción entre los servicios esenciales y los servicios mínimos se ocupan, entre otros muchos, VALDÉS DAL-RE, F.: «Servicios esenciales y...», op. cit., p. 142; BAYLOS GRAU, A.: «Los servicios esenciales de la comunidad», en AAVV: *Jornadas sobre la regulación del derecho de huelga*, IEL, Barcelona, 1988, pp. 67-71; DE LA VILLA, L.E.: «Servicios mínimos en...», op. cit., pp. 447-448; TORRENTE GARI, S.: *El ejercicio del...*, op. cit., pp. 229-230. Especialmente importante es la STS (3ª), 14-10-97, Ar. 7.535.

²⁵ Véase el ejemplo mencionado en la nota 19, en el que resulta patente que la escasa duración de la huelga en RTVE hacía innecesario el recurso a los servicios mínimos.

es lo mismo, se compone el conflicto de intereses que está detrás del artículo 28.2 CE, los problemas surgen inmediatamente en relación con la propia naturaleza jurídica de esta actividad. Lo único que parece claro es que se trata de una potestad administrativa, a tenor del artículo 10.2 DLRT²⁶. Lo que ya no está tan claro es si se trata de una potestad de actuación o de una potestad reglamentaria²⁷. Si se trata del ejercicio de una potestad discrecional o de la concreción administrativa de un concepto jurídico indeterminado²⁸. Aquí se defiende que se trata de una potestad de actuación, a través de la cual se concreta un concepto jurídico indeterminado, el de mantenimiento de los servicios esenciales. De este modo, el margen de apreciación de la autoridad gubernativa es mínimo, únicamente el indispensable para aprehender en el caso concreto el difícil concepto de mantenimiento de los servicios esenciales.

La confusión que reina en materia de naturaleza jurídica de los servicios mínimos se extiende también a los requisitos que rodean esta técnica: quién y cómo

²⁶ El artículo 10.2 DLRT, que es el que alude a la autoridad gubernativa, fue convalidado por la STC 11/81, F.J. 18, luego de haberlo reinterpretado completamente, sustituyendo sus términos originales por los del artículo 28.2 CE. En este sentido, 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, pp. 170-171; GÁRATE CASTRO, J.: «Derecho de huelga y servicios esenciales», en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 1996, núm. 75, p. 6; RODRÍGUEZ-PINERO, M.: «La huelga en...», *op. cit.*, p. 119.

En cuanto a la naturaleza administrativa de la fijación de servicios mínimos, véase, por todos, GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: *El proyecto de...*, *op. cit.*, p. 22; TORRENTE GARI, S.: *El ejercicio del...*, *op. cit.*, p. 245.

²⁷ Anteriormente se dijo que a tenor de la última e inequívoca jurisprudencia del Tribunal Supremo se trata de una potestad de actuación. Vid. nota 12. Para S. TORRENTE GARI, *El ejercicio del...*, *op. cit.*, p. 257, se trata de: «[...] 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 «órdenes cuyo cumplimiento da lugar a sanción administrativa o disciplinaria», exigiéndose, para habilitar a su autor, una legitimación legal».

²⁸ Entiende que se trata de la concreción de un concepto jurídico indeterminado TORRENTE GARI, S.: *El ejercicio del...*, *op. cit.*, pp. 270-275. También rechazan el carácter discrecional de la fijación de servicios mínimos, MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO, F. y GARCÍA MURCIA, J.: *Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 2000, p. 380. Por contra, MERCADER UGUINA, J.R. y TOLOSA TRIBIÑO, C.: *Derecho Administrativo Laboral*, Tirant lo blanch, Valencia, 2000, p. 400, entienden que la fijación de servicios mínimos es una actividad discrecional.

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, GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: «La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo», en *RAP*, 1962, núm. 38, pp. 171-176; SAINZ MORENO, F.: *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Civitas, Madrid, 1976; ALONSO GARCÍA, E.: *La interpretación de la Constitución*, CEC, Madrid, 1984, p. 116 y ss.; IGARTUA SALAVERRÍA, J.: «Principio de legalidad, conceptos indeterminados y discrecionalidad administrativa», en *REDA*, 1996, núm. 92, pp. 535-554.

se fijan los servicios mínimos. Por lo que a la competencia para fijar servicios mínimos se refiere resulta inaceptable la inflación de órganos administrativos y no administrativos que han autoproclamado su condición de autoridad gubernativa²⁹. La inflación de autoridades gubernativas, además de disminuir la exigencia de imparcialidad tantas veces invocada por el TC³⁰, ha dado lugar a múltiples problemas de identificación de la específica autoridad gubernativa competente en un determinado conflicto huelguístico: qué concreta Administración y dentro de ésta qué concreto órgano administrativo³¹. Problemas incrementados por la más que discutible posibilidad de delegación³².

²⁹ Órgano competente es según el artículo 10.2 DLRT la autoridad gubernativa y ésta ha sido configurada por el TC con arreglo a dos exigencias: imparcialidad respecto a los intereses en juego —los de los trabajadores, los de los usuarios y los de los empresarios— y responsabilidad política. De esta singular y confusa atribución de competencia han surgido como setas en otoño multitud de órganos administrativos investidos, con o sin fundamento, de la condición de autoridad gubernativa y ello en los tres niveles de la Administración —Administración General del Estado, Administraciones Autonómicas y Administraciones Locales—. Incluso, entidades que no son órganos administrativos: TC, CGPJ y Congreso de los Diputados, que se sepa. Sobre el particular, BAYLOS GRAU, A.: *Derecho de huelga y...*, *op. cit.*, pp. 182-184; DÍEZ SÁNCHEZ, J.J.: *La huelga de...*, *op. cit.*, p. 122; GÁRATE CASTRO, J.: «Derecho de huelga...», *op. cit.*, pp. 23-24; ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M.E.: *Derecho del Trabajo*, Civitas, Madrid, 2000, p. 994; PALOMEQUE LÓPEZ, M.C. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: *Derecho del Trabajo*, *op. cit.*, pp. 583-584.

³⁰ En este sentido, la STC 11/81, establece: «[...] 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). Y la STC 26/81: «[...] 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» (F.J. 11). También resulta interesante la STC 27/89, F.J. 3. Doctrinalmente, por todos, BAYLOS GRAU, A.: *Derecho de huelga...*, *op. cit.*, pp. 179-180; CRUZ VILLALÓN, J.: «La intervención de la autoridad gubernativa (laboral) en la fijación de los servicios mínimos», en *Relaciones Laborales*, 1988, núm. 10, p. 416 y ss.; TORRENTE GARI, S.: *El ejercicio del...*, *op. cit.*, pp. 241-242 y 257-261.

³¹ Tras las SSTC 33/81 y 237/93 el criterio que ha acabado imponiéndose para seleccionar a la Administración competente es el de la competencia sobre el sector al que el servicio esencial pertenezca, en lugar de la competencia en materia de ejecución de la legislación laboral. Vid., PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.: «Sobre la competencia para acordar las medidas de mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad en caso de huelga», en *Documentación Laboral*, 1982, núm. 4, pp. 24-33; TORRENTE GARI, S.: «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; CABEZA PEREIRO, J.: «Sobre la autoridad gubernativa competente para dictar decretos de servicios mínimos», en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 1998, núm. 90, pp. 661-677.

³² La doctrina laboralista admite la delegación en esta materia, si bien la somete al ineludible requisito de que recaiga en órgano que asimismo ostente la condición de autoridad gubernativa. Así, CRUZ VILLALÓN, J.: «La intervención...», *op. cit.*, p. 420; BAYLOS GRAU, A.: *Derecho de huelga...*, *op. cit.*, pp. 183-184; TORRENTE GARI, S.: *El ejercicio del...*, *op. cit.*, p. 258; GÁRATE CASTRO, J.: «Derecho de...», *op. cit.*, p. 24.



Al margen de los anteriores problemas, la mayor crítica que puede efectuarse al sistema en este punto es que deja exclusivamente en manos de la nebulosa autoridad gubernativa tanto la declaración de esencialidad de una determinada organización como la fijación de los servicios mínimos a través de los que se garantiza en el caso concreto el mantenimiento del servicio esencial en cuestión³³. Sería deseable que la declaración de esencialidad correspondiese básicamente al legislador, sin perjuicio del auxilio de otras fuentes, y que la fijación de servicios mínimos quedase en manos, aunque sólo sea por razones de eficacia, de la autonomía colectiva, sin perjuicio de las irrenunciables tareas de control y suplencia de un poder público imparcial, que no tiene por qué seguir siendo la autoridad gubernativa, pudiendo confiarse en una autoridad administrativa independiente, al estilo de la comisión de garantías italiana³⁴.

En todo caso, y a tenor de las SSTC 53/86, F.J. 5 y 8/92, F.J. 4, la delegación no puede recaer en los órganos de gestión empresarial, por ejemplo en el Director General de RENFE. En los órganos de gestión empresarial podrá recaer el complemento técnico y funcional de los servicios mínimos, pero en ningún caso la propia fijación de los servicios mínimos amparada en una delegación que vulneraría el derecho fundamental de huelga.

³³ La crítica 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 (STC 11/81, F.J. 18), 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 «publicitan» necesariamente esta materia. 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. Es este protagonismo omnicomprendivo de la autoridad gubernativa el que se critica y el que choca frontalmente con el protagonismo que el modelo constitucional de relaciones laborales otorga a la autonomía colectiva. A este respecto, I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: *El proyecto de...*, op. cit., p. 21, habla con acierto de «hipertrofia heterorreguladora» y de «hipotofria autorreguladora». Véase, también, BAYLOS GRAU, A.: *Derecho de huelga y...*, op. cit., pp. 178-179; SÁNCHEZ MARTÍNEZ, M.O.: *La huelga ante...*, op. cit., p. 222.

³⁴ La propuesta que se acaba de formular se alinea, con alguna que otra matización, con la opinión de buena parte de la doctrina laboralista y estuvo a punto de plasmarse en líneas generales en el frustrado Proyecto de Ley Orgánica de Huelga de 1993. Vid., AAVV: *Estudios sobre la huelga. Jornada para el estudio del PLOH sobre la huelga*, ACARL, Madrid, 1992; AAVV: *Ley de huelga*, op. cit.; GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: *El proyecto de...*, op. cit.; TORRENTE GARI, S.: *El ejercicio del...*, op. cit., p. 359 y ss.

En el Derecho comparado el mejor ejemplo de lo que se propone lo constituye la Ley italiana 146/90, recientemente modificada por la Ley 83/2000, de 11 de abril de 2000. Vid., ROMAGNOLI, U.: «Le fonti regolative dello sciopero nei servizi essenziali», en *Lavoro e Diritto*, 1991, pp. 547-583; CURZIO, P.: *Autonomia collettiva e...*, op. cit., p. 49 y ss.; TREU, T.: «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. 1.325-1.382; P. PASCUCCI, P.: *Tecniche regolative dello sciopero nei servizi essenziali*, Giappichelli, Torino, 1999, p. 113 y 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, VALLEBONA, A.: «Introduzione», en MENGHINI, L., MISCIONE, M. y VALLEBONA, A. (a cura di):

Si del quién se pasa al cómo se fijan los servicios mínimos, las deficiencias técnicas son igualmente numerosas. Así, el procedimiento, coloquialmente hablando, seguido por la autoridad gubernativa no siempre es el mismo: en unos casos se declara la esencialidad y se fijan simultáneamente los servicios mínimos; en otros casos sólo se declara la esencialidad, dejando la fijación de servicios mínimos para otra autoridad gubernativa; y así podrían describirse otros procedimientos distintos³⁵. La utilización de distintos procedimientos genera, cuando menos, confusión e inseguridad³⁶. Por otra parte, y ya desde un punto de vista jurídico-administrativo, en muchos casos se utiliza el procedimiento administrativo de elaboración de reglamentos cuando lo que corresponde es, en la medida de lo posible, el procedimiento administrativo común³⁷. Dentro de este último, el trámite de audiencia de los interesados no siempre se respeta, lo cual constituye una vulneración flagrante de la legalidad ordinaria³⁸. Por cierto, entre los interesados no suele considerarse a las asociaciones de usuarios³⁹.

La nuova disciplina dello sciopero nei servizi pubblici essenziali, Cedam, Padova, 2000, pp. 5-7; GRAGNOLI, E.: «Le regole per...», *op. cit.*, p. 40 y ss.

³⁵ Véase, BAYLOS GRAU, A.: *Derecho de huelga y...*, *op. cit.*, pp. 188-189; CRUZ VILLALÓN, J.: «La intervención de...», *op. cit.*, pp. 424 ss.; DIEZ SÁNCHEZ, J.J.: *El derecho de...*, *op. cit.*, pp. 126-127; TORRENTE GARI, S.: *El ejercicio del...*, *op. cit.*, p. 247 y ss.; ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M.E.: *Derecho del Trabajo*, *op. cit.*, p. 1.029.

³⁶ La pluralidad de métodos ha sido convalidada por el TC (sentencia 27/89, F.J. 2), en cuanto no resulta inconstitucional, lo que no significa que no pueda ser objeto de crítica. Así, para GARCÍA MURCIA, J.: «Huelga en servicios esenciales», en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 1989, núm. 39, p. 488, la variedad de métodos de fijación de servicios mínimos utilizados por las distintas autoridades gubernativas genera inseguridad, desconfianza y dificultades aplicativas.

³⁷ No existe en el Ordenamiento vigente procedimiento administrativo especial a través del cual canalizar la fijación de servicios mínimos. De este modo, se impone recurrir a las disposiciones generales sobre los procedimientos administrativos del título VI LRJAP —artículo 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, 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. Vid., GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.R.: *Curso de Derecho Administrativo II*, Civitas, Madrid, 1999, p. 452 y ss.

³⁸ La exigibilidad de este requisito o garantía no ofrece la menor duda. Sin embargo, el TC (sentencia 51/86, F.J. 3) ha declarado que carece de alcance constitucional. 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.

³⁹ Pudiera plantearse la intervención directa de las organizaciones de usuarios en tanto que portadoras *per se* de un interés legítimo colectivo o difuso —artículo 31.2 LRJAP—. Ésta parece ser



En cuanto a la motivación de las disposiciones administrativas de fijación de servicios mínimos, requisito de valor constitucional⁴⁰, raramente se cumple satisfactoriamente. Una ingente cantidad de sentencias del TC y del TS exigiendo la motivación y regulándola con bastante precisión no han acabado de calar en la autoridad gubernativa que sigue reiteradamente incumpliendo este requisito⁴¹. Conviene recalcar que a partir de los años 90 el TS, de la mano del TC, perfila con claridad este requisito, acabando con la confusión que imperaba en los años ochenta⁴².

La precisión con la que finalmente se ha perfilado la motivación no ha alcanzado, sin embargo, a otros requisitos como la notificación y la publicación de los servicios mínimos⁴³. Especial mención merece a este respecto la publicación. Son muchas las disposiciones de fijación de servicios mínimos que no se publican y las que sí se publican lo hacen en tanto que normas reglamentarias, cuando lo que

la tesis defendida por TORRENTE GARI, S.: *El ejercicio del...*, *op. cit.*, pp. 279-280, al menos para determinados usuarios, concretamente aquellos que de manera estable utilizan los servicios esenciales afectados. CRUZ VILLALÓN, J.: «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 ALARCÓN CARACUEL, M.R.: «Un posible modelo...», *op. cit.*, p. 21 a proponer que la autoridad gubernativa represente *ex lege* a los usuarios.

⁴⁰ SSTC 26/81, F.J. 14 y 27/89, F.J. 4. GARCÍA MURCIA, J.: «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 RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.: «Órgano competente y motivación en la determinación de los servicios mínimos en caso de huelga», en *Relaciones Laborales*, 1990 II, p. 26.

⁴¹ Si se efectúa un análisis de las disposiciones impugnadas ante la jurisdicción contencioso-administrativa se advierte claramente que son muy pocas las que cumplen íntegramente la garantía formal de la que se está hablando. De hecho, buena parte de las sentencias del TC y del TS declaran la nulidad de las disposiciones de fijación de servicios mínimos por falta de motivación suficiente. Lo mismo puede decirse de todas aquellas disposiciones que por las razones que sea no son impugnadas.

⁴² Influido 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 FFJJ; 15-9-95, Ar. 6654, F.J. 2; y 20-2-98, Ar. 2362, F.J. 3. 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.

⁴³ De estas garantías se ocupan, entre otros, BAYLOS GRAU, A.: *Derecho de huelga y...*, *op. cit.*, p. 188 y ss.; con mayor detenimiento, TORRENTE GARI, S.: *El ejercicio del...*, *op. cit.*, p. 276 y ss.

corresponde es su publicación como actos administrativos que afectan al interés general⁴⁴. El hecho de que muchas disposiciones no se publiquen y el de que las publicadas vean la luz en un océano de periódicos oficiales dificulta extraordinariamente cualquier investigación que pretenda efectuarse en esta materia.

Desde el punto de vista del fondo, del contenido de las decisiones adoptadas por la autoridad gubernativa, resulta extraordinariamente difícil saber por qué se recurre a la técnica de los servicios mínimos en lugar de a otra técnica menos agresiva para el derecho de huelga y por qué se fijan unos concretos servicios mínimos y no otros. Y resulta extraordinariamente difícil porque o bien las disposiciones carecen de motivación, o bien ésta es claramente insuficiente⁴⁵. Cuando la motivación lo permite los tribunales utilizan como técnica de control material el principio de proporcionalidad, mediante el cual en la práctica sólo acaban rechazándose las decisiones manifiestamente innecesarias o manifiestamente desproporcionadas⁴⁶. Aunque la declaración de esencialidad y la fijación de servicios mínimos no tengan

⁴⁴ TORRENTE GARI, S.: *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.

⁴⁵ La declaración de nulidad de una disposición de fijación de servicios 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. 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, ALONSO OLEA, M.: *Jurisprudencia constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, tomo IV, 1986, Civitas, Madrid, 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, GARCÍA MURCIA, J.: «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; RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.: «La huelga en...», *op. cit.*, p. 138.

⁴⁶ Aluden a los tres principios que integran el principio general de proporcionalidad —adecuación, indispensabilidad y proporcionalidad *stricto sensu*— y los aplican a la fijación administrativa de servicios mínimos, MERCADER UGUINA, J.R. y TOLOSA TRIVIÑO, C.: *Derecho Administrativo Laboral*, *op. cit.*, pp. 404-405. Sobre el principio de proporcionalidad en general, véase, BARNÉS VÁZQUEZ, J.: «Introducción al principio de proporcionalidad en el Derecho Comparado y Comunitario» en *RAP*, 1994, núm. 135, p. 495 y ss.; AAVV: *El principio de proporcionalidad*, número monográfico de la revista *Cuadernos de Derecho Público*, 1998, núm. 5.

En cuanto a la jurisprudencia, el mejor ejemplo de aplicación del principio de proporcionalidad lo constituye la STS (3ª), 15-9-95, Ar. 6654, FFJJ 2 y 5.

Para ALARCÓN CARACUEL, M.R.: «Un posible modelo...», *op. cit.*, p. 16, la proporcionalidad es difícil de aplicar, pero resplandece en los casos flagrantes. Para BARNÉS, J.: «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 [...]».



carácter discrecional no parece conveniente que tan complejas y sensibles decisiones sean competencia exclusiva de la autoridad gubernativa. Parece más acertado un sistema como el italiano o como el que básicamente pretendía instaurar el frustrado legislador español de 1993, en el que se combinan la intervención protagonista de la autonomía colectiva y el control de una autoridad administrativa independiente. Adviértase que esta materia no puede dejarse por completo en manos de la autonomía colectiva, por la sencilla razón de que la presencia de los usuarios publica necesariamente este ámbito⁴⁷.

Las deficiencias técnicas que rodean la fijación administrativa de servicios mínimos se encuentran igualmente en la ejecución o puesta en práctica de los mismos, a la que suele denominarse complemento técnico y funcional⁴⁸. A pesar de la labor efectuada por el TC son muchas las cuestiones que carecen de la necesaria elaboración. Por citar sólo algunas: hasta qué punto a través de esta vía pueden indirectamente los empresarios fijar la intensidad de los servicios mínimos y, consiguientemente, limitar el derecho de huelga sin contar con los representantes de los trabajadores⁴⁹; qué criterios pueden emplearse para designar a los trabajadores encargados de prestar los servicios mínimos, que como se sabe no pueden ejercer el derecho de huelga⁵⁰; debe necesariamente acudirse al criterio de la asignación preferente de los servicios mínimos a los trabajadores no huelguistas⁵¹; cuál es la naturaleza jurídica de los poderes empresariales de dirección y control de los trabajadores designados⁵²; y el poder disciplinario, puede dejarse libremente en manos de los

⁴⁷ STC 11/81, FJ. 18. Vid., DURÁN LÓPEZ, F.: *Autorregulación de servicios...*, *op. cit.*, p. 79 y ss.

⁴⁸ STC 53/86, FJ. 5. Véase, VALDÉS DAL-RE, F.: «Servicios esenciales y...», *op. cit.*, pp. 144-146; BAYLOS GRAU, A.: *Derecho de huelga y...*, *op. cit.*, pp. 182-185; CRUZ VILLALÓN, J.: «La intervención de...», *op. cit.*, pp. 414-416; GARATE CASTRO, J.: «Derecho de huelga...», *op. cit.*, pp. 25-26.

⁴⁹ De manera ciertamente criticable, la STC 53/86, FJ. 5, permite que el complemento técnico y funcional recaiga bien en las partes en conflicto bien unilateralmente en el empresario. Critican duramente la doctrina del TC por considerar que se pueden producir abusos en la puesta en práctica de los servicios mínimos, F. VALDÉS DAL-RE, «Servicios esenciales y...», *op. cit.*, pp. 145-146; BAYLOS GRAU, A.: *Derecho de huelga y...*, *op. cit.*, pp. 184-185; CRUZ VILLALÓN, J.: «La intervención de...», *op. cit.*, pp. 415-416. Para este último, y a la hora de evitar posibles abusos, lo importante es que el complemento técnico no conlleve la determinación de la intensidad del servicio mínimo.

⁵⁰ STC 123/90, FJ. 2.

⁵¹ STC 123/90, FJ. 3. Este criterio introduce una enorme complejidad, que en todo caso debe ser solventada porque permite que el derecho de huelga se vea limitado lo menos posible. Vid., por todos, SANTANA GÓMEZ, A.: *El régimen jurídico de los trabajadores no-huelguistas*, Civitas, Madrid, 1993, pp. 187-189; GONZÁLEZ BIEDMA, E.: *Derecho de huelga y servicios de mantenimiento y de seguridad en la empresa*, Civitas, Madrid, 1992, pp. 80-87 y 117-119; 158 y ss.; FERRANDO GARCÍA, F.: *Los efectos de la huelga en el contrato de trabajo*, Aranzadi, Pamplona, 1999, p. 93 y ss.

⁵² 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

empresarios la eventual sanción de los incumplimientos y, como consecuencia de ello, la eficacia misma del sistema⁵³.

Las numerosas deficiencias técnicas hasta ahora vistas no son nada comparadas con las que presenta el control judicial. Con la normativa procesal vigente el control judicial es totalmente ineficaz por extemporáneo⁵⁴. Al margen de la posible tutela cautelar, puede afirmarse que la autoridad gubernativa se desenvuelve en un marco de impunidad, pues el control judicial se produce años después de que la huelga que dio lugar al litigio terminara. Para colmo, los tribunales hasta ahora no reconocen la correspondiente reparación de daños y perjuicios. El estado de la tutela judicial en esta materia no puede ser, por tanto, más desolador: se recurre casi automáticamente a los tribunales, porque en la praxis administrativa la irregularidad es un *modus operandi*⁵⁵, y éstos no pueden otorgar una verdadera tutela judicial efectiva, a salvo de lo que pueda suceder en sede de tutela cautelar⁵⁶.

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. El segundo momento, 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. Aunque no compartan totalmente la anterior tesis resulta conveniente conocer la opinión al respecto de OLMEDA FREIRE, G.B.: «Los Decretos sobre...», *op. cit.*, pp. 54-56; BAYLOS GRAU, A.: «Sobre los despidos por huelga», en APARICIO TOVAR, J. y BAYLOS GRAU, A.: *El régimen del despido tras la reforma laboral*, *Ibidem*, Madrid, 1995, p. 250 y ss.

⁵³ 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 empresarios acomoden su actuación a las directrices marcadas por el mismo poder público imparcial que actúe como cierre del sistema, como de hecho sucede en Italia. *Vid.*, PASCUCCI, P.: *Tecniche regolative dello...*, *op. cit.*, pp. 73 ss., especialmente p. 92 y ss. y 229 y ss.

⁵⁴ La insuficiencia práctica de los efectos meramente declarativos de las sentencias estimatorias se encuentra perfectamente reflejada en la obra de BAYLOS GRAU, A.: *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*).

⁵⁵ Así lo entiende GARATE CASTRO, J.: «Derecho de huelga...», *op. cit.*, p. 33.

⁵⁶ Especialmente importante es la STC 148/93, comentada por GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: «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; BAYLOS GRAU, A.: «Sobre la suspensión de los actos de imposición de servicios mínimos en casos de huelga», en *Derecho Privado y Constitución*, 1994, pp. 289-310.

También resulta interesante la STS (3ª), 3-4-96, Ar. 3.222.

3. LA AUSENCIA DE UNA REGULACIÓN SISTEMÁTICA DE LA HUELGA EN LOS SERVICIOS ESENCIALES Y LA IRREGULARIDAD COMO *MODUS OPERANDI*

Puestos a buscar una explicación global de las numerosas deficiencias técnicas seguramente todo se deba a la falta de una verdadera regulación sistemática de la huelga en los servicios esenciales. Una regulación que hunda sus raíces en la Constitución y que se articule a través de la correspondiente ley orgánica, así como de los instrumentos normativos previstos por dicha ley: autonomía colectiva y heterorregulación administrativa básicamente. Frente a lo que se propone, lo que hay en la actualidad es una regulación administrativa, además de inconstitucional, parcial y dispersa, que va a remolque de los conflictos huelguísticos. Una regulación administrativa que por incompleta necesita del continuo auxilio de multitud de normas administrativas, laborales y procesales generales, que no están pensadas para abordar la concreta problemática de la huelga en los servicios esenciales y que, lógicamente, son inadecuadas. El mejor ejemplo de la inadecuación de las normas generales se encuentra en materia procesal. En efecto, la ausencia de una previsión procesal específica, similar a la que existe en materia de derecho de reunión⁵⁷, impide materialmente a los tribunales otorgar una tutela judicial efectiva, aunque se utilice el proceso especial de protección de los derechos fundamentales. Ausencia de previsión que igualmente motiva los conocidos problemas de dualidad jurisdiccional: jurisdicción contencioso-administrativa para fiscalizar la fijación de servicios mínimos y jurisdicción social para controlar el complemento técnico y funcional y otras cuestiones, singularmente el ejercicio del poder disciplinario en caso de incumplimiento de los servicios mínimos⁵⁸.

Las deficiencias técnicas que en materia procesal y en materia sustantiva existen ponen de manifiesto la necesidad de una regulación global y sistemática de la huelga en los servicios esenciales. Podría contraargumentarse diciendo que ya existe una copiosa jurisprudencia del TC y del TS que específicamente aborda la huelga en los servicios esenciales y que, asimismo, es bastante frecuente en Derecho

⁵⁷ Artículo 122 de la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. LÓPEZ SANZ-ARANGUEZ, L.M., SÁNCHEZ-JUNCO, J. y MOIX BLÁZQUEZ, M.: «Los servicios mínimos: resoluciones administrativas y recursos jurisdiccionales», en AAVV: *Los derechos fundamentales y libertades públicas*, tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, p. 1.027, proponen la implantación en materia de control judicial de los servicios mínimos de un procedimiento especial oral como el del derecho de reunión.

⁵⁸ Los problemas ligados a la dualidad jurisdiccional motivaron la STC 123/90, comentada por RODRÍGUEZ-PINERO, M.: «Dualidad de jurisdicciones y cumplimiento de los servicios esenciales en caso de huelga», en *Relaciones Laborales*, 1990 II, pp. 28-34; ALONSO OLEA, M.: *Jurisprudencia constitucional sobre trabajo y seguridad social*, tomo VIII, 1990, Civitas, Madrid, 1991, pp. 329-34; BAYLOS GRAU, A.: «Derecho de huelga en los servicios esenciales. Problemas derivados del acto gubernativo de imposición de un servicio mínimo», en AAVV: *Derecho de libertad sindical y huelga*, Cuaderno núm. XII, CGPJ, Madrid, 1992, p. 217 y ss.



comparado que la regulación jurídica de la huelga provenga de los tribunales. Con ser lo anterior cierto y con ser muy importante la labor creativa llevada a cabo por los tribunales, la regulación jurisprudencial no puede hacer las veces de la necesaria regulación sistemática de la huelga en los servicios esenciales. Téngase en cuenta, a este propósito, que del mismo modo que la regulación administrativa tiene carácter parcial y disperso y va a remolque de los conflictos huelguísticos, la regulación jurisprudencial tiene también carácter parcial y disperso y va a remolque, en este caso, de las irregularidades de la actuación administrativa. No hay, por tanto, en la actualidad una adecuada respuesta jurídica global y sistemática al problema social de la huelga en los servicios esenciales.

Pero los problemas que en la actualidad existen no sólo se deben a la ausencia de una regulación sistemática, con las consiguientes deficiencias técnicas que ello provoca. Se deben también a una praxis administrativa que reiteradamente incumple los requisitos con los que el TC y el TS han rodeado la fijación administrativa de servicios mínimos: el mejor ejemplo de lo que se dice lo constituye el requisito de la motivación suficiente, que pese a haber sido objeto de una minuciosa regulación resulta reiteradamente incumplido. Significativo es, a este respecto, que más de la mitad de las disposiciones de fijación de servicios mínimos que se impugnan judicialmente sean declaradas nulas, sin mayores efectos, eso sí⁵⁹.

La ineficacia del control judicial, especialmente sangrante en un sistema que como el actual está plagado de deficiencias y en el que la irregularidad es un *modus operandi*, tiene como contrapunto un alto nivel de incumplimiento de los servicios mínimos por parte de los trabajadores⁶⁰. Incumplimientos de los que en muchos casos, y por distintas circunstancias, no se derivan responsabilidades⁶¹.

A propósito de responsabilidades, parece obvio que un sistema que pretenda ser eficaz tiene que tener claramente establecidas las obligaciones de los distintos sujetos y las responsabilidades en caso de incumplimiento. Pues bien, la actual regulación de la huelga en los servicios esenciales no aborda específicamente la responsabilidad de los distintos sujetos interesados, dejando este punto a las normas generales, que o bien no se aplican o bien se aplican de manera claramente insatisfactoria. Ni se aborda la responsabilidad de los distintos sujetos ni mucho menos se implica a todos esos sujetos en la consecución de la exigencia constitucional de mantenimiento de los servicios esenciales. En efecto, la regulación actual prácticamente sólo considera a los trabajadores. Las asociaciones de usuarios simplemente no aparecen y los empresarios desempeñan una función marginal y carente de regulación, lo que

⁵⁹ Vid. nota 41.

⁶⁰ Vid. 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».

⁶¹ Es muy frecuente que los pactos de fin de huelga contemplen la exoneración de responsabilidades. Así lo manifiestan, entre otros, RENTERO JOVER, J.: «Reflexiones sobre los pactos de fin de huelga», en *Aranzadi Social*, 1992, núm. 2, p. 2.617; GOERLICH PESET, J.M.: *Los efectos de la huelga*, Tirant lo blanch, Valencia, 1994, p. 66 y ss.

contrasta con el papel que tanto las asociaciones de usuarios como los empresarios tienen, por ejemplo, en el Derecho italiano. La disciplina italiana de la huelga en los servicios esenciales contempla un complejo de deberes y de poderes-deberes a cargo de los empresarios, cuyo incumplimiento está sujeto a una importante responsabilidad⁶². En cuanto a las asociaciones de usuarios en el país transalpino han ido progresivamente ganando importancia, aunque todavía hoy día sigan en un segundo plano⁶³.

El sistema español, como se acaba de apuntar, reposa casi exclusivamente en los trabajadores y en sus representantes, como si la satisfacción de la exigencia constitucional de mantenimiento de los servicios esenciales dependiera únicamente de la limitación individual y colectiva del derecho de huelga. Ésta es, precisamente, la única preocupación de las disposiciones de fijación de servicios mínimos⁶⁴. Pero lo

⁶² 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. Tras la importante reforma, véase, PASCUCCI, P.: «Le sanzioni», en PASCUCCI, P. (a cura di): *La nuova disciplina dello sciopero nei servizi essenziali. Legge n. 146/1990 (modificata dalla legge n. 83/2000)*, Ipsoa, 2000, pp. 92 ss.; VALLEBONA, A.: «Le sanzioni», en MENGHINI, L., MISCIONE, M. y VALLEBONA, A. (a cura di): *La nuova disciplina dello sciopero nei servizi pubblici essenziali*, Cedam, Padova, 2000, p. 107 y ss. Cfr., igualmente, SANTORO PASSARELLI, G.: «Vecchi e nuovi problemi in materia di sciopero nei servizi pubblici essenziali», en *RIDL*, 1999 I, pp. 47-48.

⁶³ 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 —artículo 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, PILATI, A.: «L'azione giudiziaria delle associazioni rappresentative dei consumatori e degli utenti», en PASCUCCI, P. (a cura di): *La nuova disciplina dello sciopero nei servizi essenziali*, Ipsoa, 2000, p. 144 y ss.; OGRISEG, C.: «Il ruolo delle associazioni degli utenti», en MENGHINI, L., MISCIONE, M. y VALLEBONA, A. (a cura di): *La nuova disciplina dello sciopero nei servizi pubblici essenziali*, Cedam, Padova, 2000, p. 139 y ss.

⁶⁴ 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. Vid., en este sentido, MARTÍN VALVERDE, A.: «El derecho de...», *op. cit.*, p. 248; BAYLOS GRAU, A.: *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; GÁRATE CASTRO, J.: «Derecho de huelga...», *op. cit.*, p. 20.

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» (FJ. 3).

En parecidos términos, pero en relación con los servicios mínimos de seguridad y mantenimiento, GONZÁLEZ BIEDMA, E.: *Derecho de huelga...*, *op. cit.*, pp. 52-57.

más curioso es que la pesada carga con la que se lastra a los trabajadores no se corresponde con un similar cuadro de responsabilidades. En este sentido, a pesar de la publicación que rodea a la fijación de servicios mínimos no existe una responsabilidad administrativa pecuniaria dirigida específicamente a los trabajadores y a sus representantes. Todo se resuelve conforme a la ordinaria responsabilidad disciplinaria (laboral para los trabajadores y administrativa para los funcionarios), que como se sabe gestionan libremente los empresarios. Y conforme a la responsabilidad civil, a la que en la práctica no se recurre. De este modo, si de un lado los trabajadores soportan prácticamente todas las cargas del sistema, de otro se benefician de un benigno cuadro de responsabilidades⁶⁵.

4. A MODO DE CONCLUSIÓN: LA NECESIDAD DE UNA LEY ORGÁNICA QUE DESARROLLE ADECUADAMENTE EL ARTÍCULO 28.2 DE LA CONSTITUCIÓN

La conclusión que se deriva de todo lo hasta ahora dicho es la necesidad de una reforma que ponga fin a las deficiencias técnicas y a las irregularidades que jalonan el actual sistema. Con el vigente marco y con la aplicación que de él se está haciendo cuesta trabajo pensar que lo único que se persigue es proteger a los usuarios de los servicios esenciales del perjuicio ocasionado por el ejercicio del derecho de huelga. Más bien parece que el mantenimiento de los servicios esenciales está sirviendo como moderno cauce de expresión de la histórica desconfianza con que el Poder y de su mano el Derecho contemplan el fenómeno huelguístico: superada la represión penal, superada la represión contractual y casi superados los límites internos del derecho subjetivo de huelga, parece que la desconfianza ha encontrado un moderno y renovado cauce: el mantenimiento de los servicios esenciales como excusa para domesticar el siempre incómodo derecho de huelga⁶⁶.

⁶⁵ En materia de responsabilidades por incumplimiento de los servicios mínimos, véase mi artículo «El despido disciplinario por incumplimiento de los servicios mínimos en caso de huelga en los servicios esenciales», en *Actualidad Laboral*, 1998-3, pp. 671-684.

⁶⁶ 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. De la evolución histórico-jurídica de la huelga en España se han ocupado muchos autores. Así, entre otros, ALMANSA PASTOR, J.M.: «La huelga laboral en España tras la modificación del artículo 222 del código penal español», en *RPS*, 1966, núm. 72, pp. 49-94; ÁVILA ROMERO, M.: *Conflictos colectivos, huelgas y cierre patronal. Recopilación de la legislación*



Reforma necesaria que ya se ha dicho en varias ocasiones pasa por emanar la ley orgánica prevista por el artículo 28.2 CE. Una ley que sea fuente en sí misma y, sobre todo, fuente de fuentes. Efectivamente, la ley orgánica no puede abordar exhaustivamente todos los problemas. Debe limitarse a sentar las paredes maestras, dejando para otras fuentes, cuyo peso relativo tiene igualmente que contemplar, el desarrollo completo del sistema. Paredes maestras como, por ejemplo, la definición y enumeración de los servicios globalmente considerados esenciales, el catálogo de las medidas garantizadoras a utilizar para alcanzar el mantenimiento, así como la articulación de dichas medidas, el procedimiento a seguir y los criterios a respetar en la puesta en práctica de cada medida, el papel de los distintos sujetos interesados (trabajadores, empresarios, usuarios y Administración), el cuadro de responsabilidades, la tutela judicial, etc.



española, comentada a través de la jurisprudencia y las memorias de la Fiscalía del Tribunal Supremo (1869-1980), IES, Madrid, 1981; PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.: *Derecho Sindical Español*, Tecnos, Madrid, 1994, p. 283 y ss.; OJEDA AVILÉS, A.: *Derecho Sindical*, *op. cit.*, p. 438 y ss.; TORRENTE GARI, S.: *El ejercicio del...*, *op. cit.*, p. 51 y ss.; SÁNCHEZ MARTÍNEZ, M.O.: *La huelga ante...*, *op. cit.*, p. 75 y ss.; GONZÁLEZ DE LA ALEJA, R.: *La titularidad del derecho de huelga. En especial de la función pública: perspectivas jurídico-críticas*, Comares, Granada, 1999, p. 6 y ss. En estas obras pueden encontrarse abundantes referencias —normativas, jurisprudenciales y bibliográficas— sobre los distintos periodos.