

## ¿HAY QUE REGULAR LOS SERVICIOS MÍNIMOS?\*

Juan Bautista Vivero Serrano\*\*

### I. EL PREOCUPANTE ANUNCIO DE REGULACIÓN LEGAL DE LOS SERVICIOS MÍNIMOS

Tras la mayoría absoluta obtenida por el Partido Popular en las elecciones generales de noviembre de 2011 era solo cuestión de que subiese la conflictividad laboral, más que probable tras la reforma laboral de 2012, y de que despuntara alguna huelga mediática, como la reciente de la limpieza de Madrid, para que el Gobierno de la nación anunciara su intención de regular legalmente el derecho de huelga. El hecho de que dicha regulación no apareciera en el programa electoral jugaba a favor del anuncio, a la vista de lo acontecido durante los dos primeros años de la legislatura. Y el anuncio ha acabado haciéndolo nada menos que el propio Presidente en una entrevista radiofónica y bajo una terminología preocupante: «Yo soy partidario de una ley de servicios mínimos para que se cumplan»<sup>1</sup>.

La coincidencia del anuncio con otro más, relativo a la llamada segunda ronda de la reforma laboral, y con el Anteproyecto de Ley para la Protección de la Seguridad Ciudadana, no puede sino acentuar la inquietud. Pese a la falta de documentos concretos que analizar, no parece que vaya a tratarse de una iniciativa legislativa llamada a colmar la irresponsable falta de desarrollo del artículo 28.2 CE, el único a la espera de la correspondiente ley orgánica. Una iniciativa centrada en el régimen jurídico integral del derecho de huelga, sin perjuicio del especial hincapié en la huelga en los servicios esenciales como manda la Constitución. Una iniciativa legislativa consecuente con el carácter fundamental del derecho de huelga. Más bien cabe temer, a temor del contexto en el que surge el anuncio de regulación y de los términos literales del anuncio, una intervención puramente restrictiva, en la que los usuarios de los servicios esenciales sean la excusa para domesticar el siempre incómodo derecho de huelga<sup>2</sup>.

Vuelven así a cobrar actualidad las ideas de quienes proclamaban hace mucho tiempo que la mejor ley de huelga es la que no existe, y las de quienes con criterio más ponderado sostenían que el debate debía centrarse en qué ley de huelga frente a ley de

---

\* El presente trabajo ha sido publicado con anterioridad en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 2014, núm. 45, pp. 50-59.

\*\* Profesor titular de Derecho del trabajo y de la seguridad social de la Universidad de Salamanca ([juvivero@usal.es](mailto:juvivero@usal.es)). Profesor tutor del Centro Asociado de la UNED de Madrid ([juavivero@madrid.uned.es](mailto:juavivero@madrid.uned.es)).

<sup>1</sup> La entrevista tuvo lugar el 21 de noviembre de 2013 en Radio Nacional de España y de la misma se hicieron eco de inmediato todos los medios de comunicación.

<sup>2</sup> Fundamentales a este respecto resultan, entre otras muchas, las siguientes obras: P. CALAMANDREI, «Significato costituzionale del diritto di sciopero», en *Rivista Giuridica del Lavoro*, 1954 I, pp. 222 ss.; 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; M. O. SÁNCHEZ MARTÍNEZ, *La huelga ante el Derecho. Conflictos, valores y normas*, Dykinson, Madrid, 1997, pp. 72-73; y F. SUÁREZ GONZÁLEZ, *La huelga: un debate secular*, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Madrid, 2007.

huelga sí/ley de huelga no<sup>3</sup>. Una síntesis de ambas tesis vendría a poner de manifiesto que en determinados momentos, los de elevada conflictividad laboral, es conveniente no plantear una regulación de la huelga pues cualquier regulación en dicho contexto sería a la fuerza muy restrictiva; antihuelga si se prefiere. Que el presente es uno de esos momentos es tan obvio como que en un sistema democrático a los poderes constituidos les corresponde ejercer su responsabilidad constitucional —y el control del *tempus* forma parte de la misma— y a los ciudadanos pronunciarse en las elecciones y fuera de las elecciones también.

Tanto si el Gobierno de la nación cumple su inquietante anuncio como si no lo hace, y no faltaran quienes así se lo aconsejen, parece oportuno aprovechar la ocasión brindada por el mismo para ofrecer una visión panorámica del marco jurídico de la huelga en los servicios esenciales. Visión panorámica, ya se adelanta, extraordinariamente crítica y que reclama de una vez por todas la necesaria ley orgánica de desarrollo del artículo 28.2 CE, aunque quien esto escribe es de los que piensan que los momentos de alta conflictividad laboral no son los mejores para acometer una empresa tan delicada Y delicada debe de ser a la vista del largo silencio legislativo tanto en España como en muchos de los países que nos rodean<sup>4</sup>, por no hablar de la exclusión expresa de esta materia de las competencias de la Unión Europea —art. 153.5 TFUE—.

En todo caso, se requiere una ley orgánica que no solo piense en la protección a ultranza de los usuarios de los servicios esenciales, condenada de antemano al fracaso por cierto, sino que tutele también a los trabajadores cuyo derecho de huelga no por casualidad merece la condición de fundamental<sup>5</sup>, cosa que muchos parecen obviar. Una ley orgánica condicionada en buena medida por la abundante jurisprudencia constitucional<sup>6</sup>. Una ley orgánica que sea fuente en sí misma y, sobre todo, fuente de fuentes, ya que la misma no puede abordar exhaustivamente todos los problemas, debiendo limitarse a sentar las paredes maestras y dejar para otras fuentes, cuyo peso relativo tiene igualmente que contemplar, el desarrollo completo del sistema. Paredes maestras como la definición y enumeración de los servicios globalmente considerados esenciales; el catálogo de medidas garantizadoras a utilizar para alcanzar el mantenimiento, así como la articulación de las mismas; 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.

---

<sup>3</sup> M. C. PALOMEQUE LÓPEZ, «La regulación por ley del derecho de huelga», en *Documentación Laboral*, 1987, núm. 23, pp. 7 ss.

<sup>4</sup> J. BERNIER (edit.), *Grèves et services essentiels*, Université Laval, Saint-Foy, 1994; E. ALES, *Lo sciopero nei servizi pubblici in Europa tra interesse generale ed autotutela. Spunti comparatistici*, Giappichelli, Torino, 1995; y del mismo autor, «Law and the Courts. Regulating Strike in seven European Countries», in E. Ales & T. Novitz (edits), *Collective Action and Fundamental Freedoms in Europe. Striking the balance*, Intersentia, Antwerp- Oxford, 2010.

<sup>5</sup> 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 y 28, pp. 21 ss. y 29 ss.; y J. B. VIVERO SERRANO, «La huelga como derecho fundamental», en *Anales de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Laguna*, 2002, núm. 19, pp. 263 ss.

<sup>6</sup> SSTC 11/1981; 26/1981; 33/1981; 61/1986; 53/1986; 27/1989; 43/1990; 122/1990; 123/1990; 8/1992; 148/1993; 233/1997; 73/2006; 183/2006; 184/2006; 191/2006; 193/2006; 296/2006; 310/2006; 36/2007; 58/2013; y 124/2013.

## II. VISIÓN PANORÁMICA Y CRÍTICA DEL MARCO JURÍDICO DE LA HUELGA EN LOS SERVICIOS ESENCIALES

La huelga ejercida en el ámbito de los servicios esenciales es objeto de una regulación específica y adicional a la que toda huelga tiene<sup>7</sup>. 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, los trabajadores y empresarios, de los usuarios cuyos intereses resultan perjudicados por el ejercicio del derecho de huelga. Para ser precisos lo relevante 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 social.

La respuesta que el ordenamiento español, muy influido por el italiano<sup>8</sup>, da a esta importante realidad social se plasma nada más y nada menos que 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 selectiva de los usuarios perjudicados por el ejercicio del derecho de huelga<sup>9</sup>. De la totalidad de usuarios perjudicados merecen protección jurídica específica solo 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 huelguistas<sup>10</sup>. 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 huelga.

---

<sup>7</sup> La bibliografía española sobre la huelga en los servicios esenciales es ciertamente copiosa, destacando las siguientes monografías: A. BAYLOS GRAU, *Derecho de huelga y servicios esenciales*, Tecnos, Madrid, 1988; S. TORRENTE GARI, *El ejercicio del derecho de huelga y los servicios esenciales*, Cedecs, Barcelona, 1996; J. B. VIVERO SERRANO, *La huelga en los servicios esenciales*, Lex Nova, Valladolid, 2002; F. FERNÁNDEZ PROL, *La huelga en los servicios esenciales de la comunidad*, CES, Madrid, 2005; R. FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, *Los servicios esenciales como límites al derecho de huelga*, Servicios de Publicaciones de la Universidad de León, León, 2006; M<sup>o</sup>. N. MORENO VIDA, *La huelga en servicios esenciales*, Aranzadi, Navarra, 2007; y E. MONREAL BRINGSVAERD, *Huelga en servicios esenciales. Análisis de la jurisprudencia española*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

<sup>8</sup> Sobre la disciplina italiana de la huelga en los servicios esenciales, cuya pieza clave es la Ley 146/90, modificada por la Ley 83/2000, véase, por todos, T. TREU y otros, *Sciopero e servizi essenziali. Commentario sistematico alla l. 12 giugno 1990, n. 146*, Cedam, Padova, 1991; U. ROMAGNOLI y M. V. BALLESTRERO, *Norme sull'esercizio del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali*, Zanichelli-II Foro, Bologna-Roma, 1994; y P. PASCUCI (a cura di), *La nuova disciplina dello sciopero nei servizi essenziali. Legge n. 146/1990 (modificata dalla legge n. 83/2000)*, Ipsoa, 2000.

<sup>9</sup> SSTC 11/81, F. J. 18, y 53/86, F. J. 3, entre otras muchas.

<sup>10</sup> Sobre el papel de la autorregulación del derecho de huelga, F. DURÁN LÓPEZ, *Autorregulación de servicios mínimos en paros y huelgas laborales*, CARL, Sevilla, 1988.

Hasta aquí lo que podría denominarse el núcleo de las líneas maestras, unánimemente aceptadas. 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 esenciales<sup>11</sup>.

Deficiencias técnicas que se aprecian ya en el plano formal de las fuentes. 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 del TS. La autonomía colectiva juega un papel ciertamente marginal, lo que contrasta con el protagonismo que dicha fuente singular asume en el modelo democrático de relaciones laborales que diseña la Constitución. 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 y acatadas pacíficamente por los trabajadores.

Sin salir del terreno formal de las fuentes, y a tenor de la 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 materia<sup>12</sup>. La regulación de la huelga en los servicios esenciales forma parte de la política de los 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 venido haciendo. Sólo por esta circunstancia debería cambiarse radicalmente de rumbo, comenzando por emanar la ley orgánica anunciada por el artículo 28.2 y reclamada más de una vez por el propio TC<sup>13</sup>.

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 en su caso concretado el legislador orgánico, lo que como se sabe no ha tenido lugar<sup>14</sup>. En este contexto el TC no ha hecho otra cosa que asumir el papel

---

<sup>11</sup> Entre otros muchos, M. E. CASAS BAAMONDE en el prólogo de *Legislación de huelga*, Tecnos, Madrid, 1992, pp. 13-20, y M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, «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 como necesaria base sobre la que fundar las propuestas normativas *de lege ferenda* se encuentra en el documento *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>12</sup> Por todas, la STS, 3ª, 7-11-1997, Ar. 9498, F. J. 3, seguida por otras muchas posteriores.

<sup>13</sup> SSTC 123/1990, F. J. 4, y 183/2006, F. J. 6.

<sup>14</sup> 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.*, AA.VV., *Ley de huelga*, ISE, Madrid, 1993, e 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.

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 amplios<sup>15</sup>. En todo caso, constituye un acierto del TC haber construido el concepto de servicios esenciales a partir de las categorías de derechos fundamentales y bienes constitucionales, y con arreglo a un criterio teleológico.

La inevitable amplitud de la definición jurisprudencial de servicios esenciales ha posibilitado una concreción extensiva del concepto por parte de la constelación de autoridades gubernativas, que han 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 de turno ha prescindido de los parámetros acogidos por el TC y ha calificado como esenciales, por ejemplo, todos los servicios prestados por la Administración —huelga general de 1988 y otras posteriores—, apelando al perjuicio para el interés general y a la continuidad de los servicios públicos; criterios éstos que no cuentan con el respaldo del TC<sup>16</sup>.

Siguiendo con el concepto de servicios esenciales ni la regulación administrativa ni la jurisprudencial han abordado correctamente la distinción entre los servicios esenciales globalmente considerados y las prestaciones esenciales dentro de los mismos. La esencialidad, tal y como ha sido definida por el TC, debe predicarse en realidad de las prestaciones y éstas pueden integrar la práctica totalidad de un servicio global o sólo una parte del mismo<sup>17</sup>. 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 esencial. Solo las prestaciones verdaderamente esenciales deben ser mantenidas, so pena de vulnerar el derecho fundamental de huelga. 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 del poder público. Evidentemente, el legislador orgánico no puede precisar hasta sus últimas consecuencias la totalidad de las prestaciones esenciales, debiendo limitarse a

---

<sup>15</sup> 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 A. MARTÍN VALVERDE, «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. La doctrina se ha dividido en torno a esta definición: *cfr.* F. VALDÉS DAL-RÉ, «Servicios esenciales y servicios mínimos en la función pública», en *RL*, 1986 II, p. 131; 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. 15; y 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. 300.

<sup>16</sup> SSTC 26/81, F. J. 8, y 53/86, F. J. 3.

<sup>17</sup> 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. Asimismo, la STC 183/2006, F. J. 8. Igualmente, las STSS, 3ª, 17-2-89, Ar. 1069, antecedente 2 y F. J. 1, que se pronuncia sobre una administración municipal; 15-9-95, Ar. 6654, F. J. 2 relativa a RTVE; y 14-10-1997, Ar. 7535, F. J. 4. Véase J. J. DÍEZ SÁNCHEZ, *El derecho de huelga de los funcionarios públicos*, Civitas, Madrid, 1990, pp. 193-198, en relación con el complejo servicio esencial de la enseñanza.

señalar los servicios globalmente considerados esenciales y, en su caso, determinadas prestaciones esenciales genéricas.

También cabe apreciar una deficiente elaboración técnica del concepto de mantenimiento de los servicios esenciales. En efecto, aunque predominan 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 apriorística de unos intereses sobre otros: los de la comunidad/usuarios sobre los de los huelguistas<sup>18</sup>. 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 sea.

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 actividades<sup>19</sup>. Al contrario de lo que sucede en otras experiencias de Derecho comparado, donde la pluralidad de medidas garantizadoras es una realidad, 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 servicios mínimos, que todavía hoy día no ha sido del todo superada<sup>20</sup>. 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 el interés de los usuarios con la publicidad de la existencia del conflicto por ejemplo. Sin embargo y como consecuencia de la confusión se recurre automáticamente a los servicios mínimos y se limita innecesariamente el derecho de huelga —v. gr. las huelgas de corta duración en los medios de comunicación—<sup>21</sup>.

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 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

---

<sup>18</sup> La STC 11/81, F. J. 18, se refiere a esta prioridad. 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).

<sup>19</sup> Véase el concepto de servicios mínimos en F. VALDÉS DAL-RE, «Servicios esenciales y ...», op. cit., p. 142.

<sup>20</sup> Para L. E. DE LA VILLA GIL, «Servicios mínimos en empresas prestatarias de servicios públicos», en *REDT*, 1991, núm. 47, 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. Muy interesante es la distinción trazada en la STS, 3ª, 14-10-97, Ar. 7535.

<sup>21</sup> Fundamental a este respecto resulta la STC 183/2006, F. J. 7.

actividad. Lo único que parece claro es que se trata de una potestad administrativa a tenor del artículo 10.2 DLRT<sup>22</sup>. Lo que muchos no tienen claro es si se trata de una potestad de actuación o de una potestad reglamentaria; si se trata del ejercicio de una potestad discrecional o de la concreción administrativa de un concepto jurídico indeterminado. 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<sup>23</sup>. 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 se fijan los servicios mínimos. Por lo que a la competencia para fijar los servicios mínimos se refiere resulta inaceptable la inflación de órganos administrativos y no administrativos que han autoproclamado su condición de autoridad gubernativa. La inflación de autoridades gubernativas, además de disminuir la exigencia de imparcialidad tantas veces invocada por el TC<sup>24</sup>, 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 administrativo<sup>25</sup>. Problemas incrementados por la más que discutible posibilidad de delegación.

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 pública o privada como la fijación de los servicios mínimos a través de los que se garantiza en el caso concreto el mantenimiento del servicio esencial en cuestión<sup>26</sup>. Sería deseable que la declaración de esencialidad correspondiese básicamente al legislador, sin perjuicio del auxilio de otras fuentes, y que la fijación de los servicios mínimos quedase en manos, aunque solo sea por razones de eficacia, de la autonomía colectiva,

---

<sup>22</sup> El artículo 10.2 del Real Decreto-ley 17/1977, 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, J. GÁRATE CASTRO, «Derecho de huelga y servicios esenciales», en *REDT*, 1996, núm. 75, p. 6.

<sup>23</sup> J. B. VIVERO SERRANO, *La huelga en...*, op. cit., pp. 224 ss.

<sup>24</sup> SSTC 11/81, F. J. 18, y 26/81, F. J. 11. También resultan interesantes las SSTC 27/89, F. J. 3, 296/2006, FF. JJ. 2 y 3, y 58/2013, F. J. 4. Doctrinalmente, por todos, J. CRUZ VILLALÓN, «La intervención de la autoridad gubernativa (laboral) en la fijación de los servicios mínimos», en *RL*, 1988, núm. 10, pp. 416 ss.

<sup>25</sup> 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. Asimismo, la STC 124/2013. *Vid.*, 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 *Documentación Laboral*, 1982, núm. 4, pp. 24-33, y J. CABEZA PEREIRO, «Sobre la autoridad gubernativa competente para dictar decretos de servicios mínimos», en *REDT*, 1998, núm. 90, pp. 661-677.

<sup>26</sup> La crítica se centra no en la intervención de un tercero imparcial, la autoridad gubernativa, sino en su protagonismo excesivo. Es este protagonismo omnicompreensivo 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, *El proyecto de...*, op. cit., p. 21, habla con acierto de “hipertrofia heterorreguladora” y de “hipotofia autorreguladora”.

sin perjuicio de las irrenunciables tareas de control y suplencia por parte del poder público, que no tiene por qué seguir siendo la autoridad gubernativa pudiendo confiarse en una autoridad administrativa independiente, al estilo de la [comisión de garantías italiana](#)<sup>27</sup>.

Si del quién se pasa al cómo se fijan los servicios mínimos las deficiencias técnicas son igualmente numerosas. Así, el procedimiento —en sentido coloquial— seguido por las autoridades gubernativas 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 los servicios mínimos para otra autoridad gubernativa; y así podrían describirse otros procedimientos distintos. La utilización de distintos procedimientos genera, cuando menos, confusión e inseguridad<sup>28</sup>. 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 común. Dentro de este último, el trámite de audiencia de los interesados no siempre se respeta, lo cual constituye una vulneración flagrante de la legalidad ordinaria. Por cierto, entre los sujetos interesados no suele considerarse a las asociaciones de usuarios.

En cuanto a la motivación de las disposiciones administrativas de fijación de servicios mínimos, requisito de valor constitucional<sup>29</sup>, 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 las autoridades gubernativas que siguen reiteradamente incumpliendo este requisito<sup>30</sup>. Conviene recalcar que a partir de los años noventa del siglo pasado el TS de la mano del TC perfila con claridad este requisito, acabando con la confusión imperante en los años ochenta<sup>31</sup>.

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 mínimos. Especial mención merece a este respecto la publicación. Son muchas las disposiciones de fijación de servicios mínimos que no se publican y las que se publican lo hacen como normas reglamentarias, cuando lo que corresponde es su publicación

---

<sup>27</sup> U. ROMAGNOLI, «Le fonti regolative dello sciopero nei servizi essenziali», en *Lavoro e Diritto*, 1991, pp. 547-583.

<sup>28</sup> La pluralidad de métodos ha sido convalidada por la STC 27/89, F. J. 2, en cuanto no resulta inconstitucional, lo que no significa que no pueda ser objeto de crítica. Así, para J. GARCÍA MURCIA, «Huelga en servicios esenciales», en *REDT*, 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.

<sup>29</sup> Entre otras muchas, SSTC 26/81, F. J. 14, y 27/89, F. J. 4. Véase, M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, «Órgano competente y motivación en la determinación de los servicios mínimos en caso de huelga», en *Relaciones Laborales*, 1990 II, p. 26.

<sup>30</sup> Si se efectúa un análisis de las disposiciones impugnadas ante la jurisdicción contencioso-administrativa se advierte claramente que son muchas las que incumplen 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 un porcentaje importante de disposiciones que por las razones que sean no son impugnadas.

<sup>31</sup> Influido por la jurisprudencia del TC, especialmente por la STC 8/92, el Tribunal Supremo ha acabado aplicando rigurosamente la exigencia de motivación. Así, 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.



como actos administrativos que afectan al interés general. 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 las autoridades gubernativas, 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 insuficiente. Cuando la motivación es adecuada los tribunales utilizan como técnica de control material el socorrido principio de proporcionalidad, mediante el cual en la práctica sólo acaban rechazándose las decisiones manifiestamente innecesarias o manifiestamente desproporcionadas<sup>32</sup>. Aunque la declaración de esencialidad y la fijación de servicios mínimos no tengan carácter discrecional no parece conveniente que tan complejas y sensibles decisiones sean competencia exclusiva de la autoridad gubernativa. Parece más acertado —se vuelve a insistir en esta idea— 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 ámbito<sup>33</sup>.

Las deficiencias técnicas que rodean la fijación gubernativa de servicios mínimos se encuentran igualmente en la ejecución o puesta en práctica de los mismos, a la que suele denominarse complemento técnico y funcional<sup>34</sup>. 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 trabajadores<sup>35</sup>; 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 huelga<sup>36</sup>; debe necesariamente acudirse al criterio de la asignación preferente de los servicios mínimos a los trabajadores no huelguistas<sup>37</sup>; cuál es la naturaleza jurídica de los poderes

---

<sup>32</sup> Principio de proporcionalidad empleado por las SSTC183/2006, 184/2006, 191/2006 y 193/2006. Véase en especial la STC 183/2006, FF. J J. 8 y 9. Comentan estas sentencias A. BAYLOS GRAU, «Nuevas determinaciones en materia de huelga y servicios esenciales», en *RDS*, 2006, núm. 36, pp. 153 ss., y J. B. VIVERO SERRANO, «Una nueva oleada de sentencias del Tribunal Constitucional sobre la huelga en los servicios esenciales: comentario a las sentencias de 2006 y 2007», en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* (Iustel), 2007, núm. 15.

Un buen ejemplo de aplicación del principio de proporcionalidad por parte del Tribunal Supremo lo constituye la STS, 3ª, 15-9-95, Ar. 6654, FF. JJ. 2 y 5.

<sup>33</sup> STC 11/81, F. J. 18.

<sup>34</sup> STC 53/86, F. J. 5, y 193/2006, F. J. 10.

<sup>35</sup> De manera ciertamente criticable la STC 53/86, F. J. 5, permite que el complemento técnico y funcional recaiga bien en las partes en conflicto bien unilateralmente en el empresario.

<sup>36</sup> STC 123/90, F. J. 2.

<sup>37</sup> STC 123/90, F. J. 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, A.

empresariales de dirección y control de los trabajadores designados<sup>38</sup>; y el poder disciplinario, puede dejarse libremente en manos de los empresarios la eventual sanción de los incumplimientos y, como consecuencia de ello, la eficacia misma del sistema<sup>39</sup>.

Las numerosas deficiencias técnicas hasta ahora vistas no son nada comparadas con las que presenta el control judicial. Con la normativa procesal vigente, en modo alguno retocada por la Ley de la Jurisdicción Social de 2011, el control judicial es totalmente ineficaz por extemporáneo<sup>40</sup>. Las autoridades gubernativas se desenvuelven 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 más desolador: se recurre casi automáticamente a los tribunales, porque en la praxis administrativa la irregularidad es un *modus operandi*, y éstos no pueden otorgar una verdadera tutela judicial efectiva, a salvo de lo que suceda en sede de tutela cautelar, eso sí admitida con cuenta gotas hasta el momento<sup>41</sup>.

### III. ¿POR QUÉ NO SE CUMPLEN LOS SERVICIOS MÍNIMOS?

Puestos a buscar una explicación global de las numerosas deficiencias técnicas expuestas y que de una u otra manera explican el generalizado incumplimiento de los servicios mínimos que caracteriza al sistema español, debe comenzarse por 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 la misma: autonomía colectiva y heterorregulación administrativa básicamente. Frente a lo que debería haber lo que hay 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

---

SANTANA GÓMEZ, Antonio, *El régimen jurídico de los trabajadores no huelguistas*, Civitas, Madrid, 1993, pp. 187-189; E. GONZÁLEZ BIEDMA, *Derecho de huelga y servicios de mantenimiento y de seguridad en la empresa*, Civitas, Madrid, 1992, pp. 80-87 y 117-119; 158 ss.; y F. FERRANDO GARCÍA, *Los efectos de la huelga en el contrato de trabajo*, Aranzadi, Pamplona, 1999, pp. 93 ss.

<sup>38</sup> Sobre este complejo punto, J. B. VIVERO SERRANO, *La huelga en ...*, op. cit., pp. 236 ss.

<sup>39</sup> El vigente sistema deja inaceptablemente en manos de los empresarios la eficacia misma del sistema. *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 actué como cierre del sistema, como de hecho sucede en Italia. *Vid.*, P. PASCUCCI, *Tecniche regolative dello sciopero nei servizi essenziali*, Giappichelli, Torino, 1999, pp. 73 ss., especialmente pp. 92 ss. y 229 ss.

<sup>40</sup> Muy 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>41</sup> Especialmente importante es la STC 148/93, 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. También resulta interesante la STS, 3ª, 3-4-96, Ar. 3222.

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 para el derecho fundamental de reunión<sup>42</sup>, 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 mínimos<sup>43</sup>. Dualidad jurisdiccional que casa mal con la potenciación de la jurisdicción social por parte de la Ley ritual social de 2011.

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 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 muchos problemas que en la actualidad existen no sólo se deben a la ausencia de una adecuada regulación. 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, muy en especial la motivación suficiente y el principio de proporcionalidad. Significativo es a este respecto que un porcentaje altísimo de las disposiciones de fijación de servicios mínimos que se impugnan judicialmente sean declaradas nulas, sin mayores efectos eso sí.

La ineficacia del control judicial, especialmente sangrante en un sistema como el actual 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 trabajadores. Incumplimiento mayor en la medida en que en la fijación de los servicios mínimos no se haya dado cabida a la representación sindical de los trabajadores. Incumplimientos tan notorios que no necesitan mayor prueba en esta sede

---

<sup>42</sup> Artículo 122 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

<sup>43</sup> Los problemas ligados a la dualidad jurisdiccional motivaron la STC 123/90, comentada por M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, «Dualidad de jurisdicciones y cumplimiento de los servicios esenciales en caso de huelga», en *Relaciones Laborales*, 1990 II, pp. 28-34; y 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*, Cuaderno núm. XII, CGPJ, Madrid, 1992, pp. 217 ss.

y de los que en muchos casos, y por distintas circunstancias, no se derivan responsabilidades<sup>44</sup>.

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, el actual marco jurídico 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 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 importantes responsabilidades. En cuanto a las asociaciones de usuarios en el país transalpino, han ido progresivamente ganando importancia aunque todavía hoy día sigan en un segundo plano<sup>45</sup>.

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 mínimos<sup>46</sup>. Pero lo más contradictorio 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 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 responsabilidades *de iure* y sobre todo *de facto*<sup>47</sup>.

---

<sup>44</sup> Es muy frecuente que los pactos de fin de huelga contemplen la exoneración de responsabilidades. Por todos, J. B. VIVERO SERRANO, *La terminación de la huelga*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 30 ss.

<sup>45</sup> P. PASCUCCI, «Le sanzioni», en 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, pp. 92 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>46</sup> STC 233/97, F. J. 3.

<sup>47</sup> J. B. VIVERO SERRANO, «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.