

DERECHO AL TRABAJO Y DERECHO A LA HUELGA: UNA LEY NECESARIA

JUAN PABLO PÉREZ-BUSTAMANTE MOURIER
*Inspector de Trabajo y Seguridad Social,
Máster en protección jurisdiccional de
los Derechos Fundamentales*

BEGOÑA MARCO ARGUEDAS
Inspectora de Trabajo y Seguridad Social

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Rafael FERNÁNDEZ VALVERDE, don Xabier ARZOZ SANTISTEBAN, doña María Camino VIDAL FUEYO, don José Ramón DE HOCES ÍÑIGUEZ y don Pedro POVEDA GÓMEZ.

Extracto:

LA falta de una regulación por ley orgánica del derecho de huelga coloca en una situación de completa inseguridad jurídica todo el tratamiento de este derecho. Una normativa preconstitucional regula actualmente la huelga, sometida a importantes modificaciones derivadas de una sentencia del Tribunal Constitucional. Así, en lugar de regular en un texto legal los diferentes límites al derecho de huelga, los órganos jurisdiccionales vienen asumiendo el papel del poder legislativo. Ante la ausencia de una fijación a priori, necesaria en nuestra opinión, de la legalidad o ilegalidad de la huelga, los tribunales sentencian una vez que los daños a los huelguistas, no huelguistas o a los usuarios de los servicios públicos ya se han producido.

El derecho al trabajo carece de una protección equivalente a la del derecho de huelga y las posibles violaciones del derecho a trabajar no gozan de protección reforzada mediante la figura del recurso de amparo, protección que sí se concede al derecho de huelga. En nuestra opinión, todo ello es consecuencia de una visión colectiva del derecho de huelga que ha dejado en un segundo plano la figura de los trabajadores que individualmente quieren sumarse o no a la huelga.

Palabras clave: derecho de huelga ley necesaria.

THE RIGHT TO WORK AND THE RIGHT TO STRIKE: A NECESSARY LAW

JUAN PABLO PÉREZ-BUSTAMANTE MOURIER
*Inspector de Trabajo y Seguridad Social,
Máster en protección jurisdiccional de
los Derechos Fundamentales*

BEGOÑA MARCO ARGUEDAS
Inspectora de Trabajo y Seguridad Social

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Rafael FERNÁNDEZ VALVERDE, don Xabier ARZOZ SANTISTEBAN, doña María Camino VIDAL FUEYO, don José Ramón DE HOCES ÍÑIGUEZ y don Pedro POVEDA GÓMEZ.

Abstract:

THE absence of an organic law on the right to strike has created uncertainty on how to treat this right. Pre-constitutional legislation currently regulates striking in Spain, subject to major changes resulting from a decision from the Constitutional Court. The courts judge if the strike is legal or illegal when the possible damage has already been caused to strikers, non strikers or the consumer.

The right to work hasn't got a similar protection as the right to strike, and possible violations of the right to work don't allow the presentation of an appeal brought on grounds of violation to these rights and liberties. In our opinion, this reflects the consequence of a collective point of view about the right to strike, leaving in the background the situation of workers who want to join or not strike.

Keywords: right to strike necessary law.

Sumario

- I. Introducción: el derecho al trabajo, su contenido esencial y su posición frente al derecho de huelga.
- II. La necesidad de una ley orgánica del derecho de huelga.
 - 1. El principio de seguridad jurídica.
- III. Los servicios esenciales de la comunidad.
 - 1. Los servicios esenciales.
 - 2. Cumplimiento de servicios mínimos.
 - 3. Fijación de los servicios de seguridad y mantenimiento.
- IV. El orden público y la titularidad del derecho de huelga.
- V. El esquirolaje externo e interno: los piquetes informativos.
 - 1. Los piquetes informativos.
- VI. La necesidad de una definición de la huelga.

1. INTRODUCCIÓN: EL DERECHO AL TRABAJO, SU CONTENIDO ESENCIAL Y SU POSICIÓN FRENTE AL DERECHO DE HUELGA

Sorprende en primer lugar que el derecho al trabajo, derecho y deber de los españoles, reconocido en el artículo 35 de la Constitución Española de 1978 (en adelante, CE), no sea considerado como un derecho fundamental de los incluidos en la Sección Primera del Capítulo II del Título I de la CE de 1978, pero sorprende aún más que sí estén incluidos en esta sección derechos y libertades que se derivan del derecho al trabajo, como son la libertad sindical y la huelga (art. 28 CE).

Por tanto, si se coartan las libertades sindicales, incluida la huelga como manifestación de la misma, se puede acudir a un procedimiento preferente y sumario para su protección, tanto en la jurisdicción ordinaria como en la constitucional a través del recurso de amparo. Todo ello conforme a lo dispuesto en el artículo 53.2 de la CE.

En una situación de huelga si alguien es obligado a trabajar se vulnera un derecho fundamental con protección reforzada, en cambio si alguien es obligado a no trabajar, se produce un vacío jurídico pues nada se dice sobre la posibilidad de articular un procedimiento preferente y sumario para la protección del trabajo.

Esta circunstancia coloca en una situación de patente desigualdad a personas que ejercen libremente sus opciones ante el mismo supuesto de hecho como es la huelga de que se trate. Señala repetidamente el Tribunal Constitucional (en adelante, TC) que no se pueden tratar de manera diferente situaciones que no sean disímiles y, partiendo del mismo supuesto de hecho, opciones igual de legítimas no tienen la misma protección jurídica. Dispone el TC en la Sentencia 75/1983, de 3 de agosto, fundamento jurídico segundo que «la norma debe ser idéntica para todos, comprendiéndolos en sus disposiciones y previsiones con la misma concesión de derechos».

Este es el primer aspecto inadecuado, a nuestro juicio, de la regulación del derecho al trabajo y el derecho de huelga.

Hablamos de la falta de consideración del trabajo como derecho fundamental en sentido estricto, pues aunque un importante sector doctrinal sostiene que los derechos y deberes de los ciudadanos también se pueden considerar derechos subjetivos fundamentales, lo cierto es que en la tradicional clasificación de los derechos fundamentales ¹ en base a sus garantías, la garantía del trabajo es

¹ PÉREZ TREMP, P.: *Derecho Constitucional*, vol. I, Editorial Tirant lo Blanch, pág. 147.

mucho menor que la de la huelga ya que no se permite el procedimiento del artículo 53.2 de la CE ni el recurso de amparo.

La referencia al artículo 35 de la CE es compleja, teniendo en cuenta su contenido que reproducimos:

«Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción, a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación alguna por razón de sexo.»

Analicemos cada uno de los contenidos de este artículo:

- a) *El deber de trabajar*: evidentemente no puede haber una imposición del Estado hacia un individuo a que lleve a cabo un determinado trabajo. Los trabajos forzados están prohibidos. Pero como en el presente trabajo se trata de poner en relación el derecho al trabajo con el derecho de huelga, ello implica que no se puede obligar en una huelga a trabajar a aquel que voluntariamente quiera secundarla y, por tanto, no trabajar. Así, los únicos límites a la libertad individual del trabajador y la imposición del deber de trabajar, se producen en el supuesto de que sea designado para realizar servicios mínimos, ya sea en empresas que sostienen servicios esenciales para la comunidad o no.
- b) *El derecho al trabajo*: la doctrina y el TC refieren en relación con este derecho su vertiente individual y colectiva.

En la vertiente individual, se concreta en el igual derecho de todos a un determinado puesto de trabajo si se cumplen los requisitos necesarios de capacitación y en el derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo, es decir, a no ser despedidos si no existe una causa justa. Por tanto, este derecho va dirigido frente al empleador y supone una protección contra el despido libre.

En su vertiente colectiva, el derecho al trabajo implica un mandato a los Poderes Públicos para que lleven a cabo una política destinada a conseguir el pleno empleo. De este modo, más parece configurarse el derecho al trabajo como un principio rector de la política social y económica que como un derecho subjetivo de cada individuo a que se le proporcione un puesto de trabajo con la correspondiente obligación para el Estado.

Esta distinción genérica parece adecuada, pero si volvemos a poner en relación el derecho al trabajo con el derecho de huelga resulta que el no secundar la huelga por parte del trabajador y su derecho al trabajo, no goza de protección reforzada como sí la tienen los huelguistas en sus reclamaciones. Entraríamos de nuevo en el terreno del trato diferenciado ante situaciones no disímiles.

- c) *La libre elección de profesión u oficio*: esta libertad impide, por un lado, la imposición del deber de realizar un trabajo determinado por parte del Estado a los ciudadanos. Desde

nuestro punto de vista, aunque pueda parecer que nos movemos en el terreno de la filosofía del derecho, se nos presenta aquí la necesidad de valorar las oportunidades. De este modo, hay un importante segmento de población abocado por razones económicas y socioculturales a los oficios tradicionalmente menos valorados y peor remunerados. Es por ello que se debe reforzar la educación pública, las becas, la gratuidad de la enseñanza para que por parte de todos se pueda aspirar a lo máximo. No hay que olvidar que, conforme al artículo 9.2 de la CE «corresponde a los Poderes Públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, removiendo los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida... económica y social».

- d) *Remuneración suficiente para satisfacer las necesidades propias y las de su familia*: en nuestra opinión, si hay algún aspecto que ha de gozar de protección reforzada en el ámbito del trabajo, este es el salario. No hay que olvidar, tal como señalaba el profesor ALONSO OLEA, que el contrato de trabajo supone «una relación jurídica bilateral constituida por el intercambio continuado entre una prestación de trabajo, dependiente y por cuenta ajena, y una prestación salarial».

El salario constituye el sustento de las personas y para ello se hace necesario trabajar, lo que refuerza el carácter fundamentalísimo del derecho al trabajo y del salario a percibir. No cabe duda de que lo expuesto tiene una vertiente pública que configura principios rectores de la política social y económica, pero junto con ello hay un derecho subjetivo, claramente fundamental, a percibir el salario por el trabajo realizado.

- e) *La promoción a través del trabajo*: mencionamos este contenido justo después del derecho a la remuneración puesto que, a nuestro modo de entender, tienen una clara relación el salario y la promoción profesional.

Actualmente, para poder entablar un procedimiento de defensa de derechos fundamentales en la promoción profesional, solo cabe acudir al principio de igualdad de trato y no discriminación. Si no se ascendió y se dio el puesto a otra persona por razones presuntamente discriminatorias, la falta de ascenso tiene protección como derecho fundamental, pero ¿y si no se ascendió teniendo mérito y capacidad y el puesto quedó vacante? No es menos grave para el trabajador o trabajadora en cuestión el daño que se ha causado a su derecho subjetivo, cuando cumpliendo los requisitos y teniendo el derecho a ello se le cercena la promoción profesional conllevando, en la mayoría de las ocasiones, la pérdida de una remuneración mayor.

- f) Sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación alguna por razón de sexo. Dispone el artículo 14 de la CE que «todos los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social».

En virtud de lo expuesto en el mandato constitucional, creemos que sería necesario reformar con urgencia el artículo 35 de la CE pues solo refiere el sexo como causa de

discriminación laboral, mientras que a nivel constitucional están prohibidas todo tipo de discriminaciones.

Particularmente grave nos parece el aspecto salarial, puesto que en la ley orgánica del Estatuto de los Trabajadores aprobada por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, que desarrolla el artículo 35 de la CE, está contemplado, en el artículo 17, el principio de igualdad de trato y la no discriminación en las relaciones laborales por múltiples circunstancias y, en cambio, en el ámbito salarial solo se indica, en el artículo 28 del Estatuto de los Trabajadores, el principio de igual remuneración por razón de sexo.

Esta referencia del artículo 28 únicamente al sexo en la remuneración salarial trae su origen en las directivas comunitarias de igualdad salarial por razón de sexo y tiene que ser completada con las restantes directivas comunitarias que sí están acogidas en el artículo 17.1 del Estatuto cuando se refiere, entre otras cuestiones, «que se entenderán nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que contengan discriminaciones directas o indirectas desfavorables... en materia de retribuciones... por circunstancias de sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, condición social, religión y convicciones, ideas políticas, orientación sexual, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con otros trabajadores en la empresa y lengua dentro del Estado español».

Cabe destacar aquí lo dispuesto en la Declaración Universal de Derechos del Hombre de 1948, en su artículo 23.2: «Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual». No hace, por tanto, este artículo ninguna referencia al sexo como único criterio de discriminación.

A través de la exposición del contenido del artículo 35 de la CE hemos querido presentar la necesidad, a nuestro juicio, de incluir el trabajo como derecho subjetivo fundamental con protección reforzada en la Sección Primera del Capítulo II del Título I de la CE de 1978.

II. LA NECESIDAD DE UNA LEY ORGÁNICA DEL DERECHO DE HUELGA

Otro aspecto, también preocupante, es la falta de desarrollo mediante ley orgánica de las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad. Son muy pocos los derechos fundamentales no desarrollados mediante ley orgánica y así tenemos regulación orgánica de las diferentes libertades y derechos (expresión, educación, asociación, régimen electoral, honor, intimidad, propia imagen, etc.).

El principal problema, a nuestro modo de ver, es que la falta de regulación orgánica afecta a una de las cuestiones más sustanciales de la huelga y que consiste en sus límites cuando se trata de huelgas en servicios esenciales para la comunidad. Aquí estos servicios esenciales limitan el derecho de huelga y un límite al derecho de huelga precisa, de modo absolutamente imperativo, de una regulación mediante ley orgánica que garantice la seguridad jurídica de las limitaciones.

Entendemos, por tanto, que no garantiza la seguridad jurídica ni de empresa ni de trabajadores que todos los posibles conflictos sobre servicios mínimos para garantizar servicios esenciales a la comunidad se diriman judicialmente con posterioridad al ejercicio de la huelga, cuando el posible perjuicio ya está causado.

Se hace necesaria una declaración previa al ejercicio de la huelga que determine la legitimidad o no de los servicios mínimos establecidos y, asimismo, la legalidad o no de las condiciones de la huelga se tiene que sustanciar antes de que la misma se produzca.

Dos podrían ser las posibilidades para decidir sobre los aspectos de la huelga antes de su desarrollo:

- De un lado, de modo similar al derecho de reunión en lugares públicos, se podría establecer un procedimiento preferente para decidir sobre la licitud o no de los servicios mínimos. Así, el órgano judicial dotaría de seguridad jurídica al proceso decidiendo antes de su desarrollo. En la propia STC 11/1981, de 8 de abril, que interpreta el Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, se establecen paralelismos entre los límites al derecho de huelga y al derecho de reunión en lugares públicos.
- También cabe la posibilidad del arbitraje obligatorio para la fijación de los servicios mínimos, de modo que esta técnica se implante con carácter general. Entiendo que sería adecuado que la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, organismo imparcial de la Administración del Estado o de las Comunidades Autónomas, según que esté transferida o no, dictase un laudo de obligatorio cumplimiento. Los Inspectores de Trabajo están familiarizados con las huelgas, mediaciones, conocen la legislación laboral y también el mercado de trabajo. De hecho, en determinadas Comunidades Autónomas, desde hace muchos años, juegan un importante papel de mediación en las huelgas y conflictos colectivos.

La actual Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social, en su artículo 180.3 ha establecido de modo específico la posibilidad de que en los procedimientos en materia de huelga se puedan solicitar medidas cautelares en relación con los trabajadores que han de cubrir los servicios mínimos para garantizar servicios esenciales a la comunidad o destinados a mantener la seguridad en la empresa. Estas medidas habrán de ser adoptadas, en su caso, por la jurisdicción social en el plazo máximo de 48 horas. Abre pues el artículo 180 una vía para mantener, modificar o revocar el número de trabajadores adscritos a los servicios mínimos, pero entendemos que, a pesar de que suponga un cierto control a priori sobre el carácter de la huelga, es insuficiente y se hace necesario un mayor desarrollo del control de la legalidad de la huelga o de los posibles actos de represión de la misma antes de que esta se ejecute. Todos estos aspectos han de recogerse en la correspondiente ley orgánica de huelga, que entendemos ha de ser aprobada con inmediatez.

No puede ser tampoco, pues es una clara dejación de funciones por parte del legislador, que la regulación de la huelga esté en manos de un Real Decreto-Ley 17/1977 preconstitucional y que además ha sido zarandeado ampliamente por la STC de 8 de abril de 1981. De este modo, los tribuna-

les han acabado ejerciendo el papel del legislador en la regulación de la huelga, pero con un claro inconveniente, sus pronunciamientos son a posteriori, una vez que se ha producido la huelga.

Hay, pues, mucho camino por recorrer que también ha de incluir cuestiones como determinar legalmente cuáles son los servicios esenciales para la comunidad, realizando una sinopsis de la jurisprudencia existente. También habría que regular cuáles serían las consecuencias de incumplir las resoluciones judiciales previas o los laudos de obligado cumplimiento en la fijación de servicios mínimos, según la fórmula por la que se optase.

En el presente trabajo vamos a tratar de presentar una posible regulación de la huelga, teniendo en cuenta la jurisprudencia, el derecho comparado y los propios conceptos de derechos fundamentales y el principio de seguridad jurídica. Este principio de seguridad jurídica, tal como establece nuestro TC, se halla en un estadio similar a los valores superiores del ordenamiento jurídico.

1. El principio de seguridad jurídica

El principio de seguridad jurídica es, sin duda, el de alcance más general y de él son instrumentales algunos de los demás principios enunciados en el artículo 9.3 de la CE. Viene a ser, por tanto, una síntesis de los demás principios, tal como ha proclamado la STC 27/1981.

La seguridad jurídica comprende la regularidad o conformidad a derecho y la previsibilidad de la actuación de los Poderes Públicos y, especialmente, de la interpretación y aplicación del derecho por las Administraciones Públicas y los jueces y tribunales.

Solo la razonable expectativa de que los titulares del Poder Público y los restantes sujetos de derecho van a comportarse de manera respetuosa con las leyes posibilita a los ciudadanos planificar su actuación.

La seguridad jurídica vincula al legislador, de modo que si la regulación legal crea inseguridad jurídica insalvable puede por ello ser declarada inconstitucional.

Aunque los principios del artículo 9.3 de la CE no están protegidos por el procedimiento preferente y sumario del artículo 53.2 de la CE, sí pueden sustentar la declaración de inconstitucionalidad de una ley o cualquier norma por parte del TC.

Junto con el principio de seguridad jurídica, también es importante referir la conculcación que se produce del principio de legalidad por la falta de una ley orgánica del derecho de huelga tal como exige el mandato constitucional. Refiere el principio de legalidad que todos los Poderes Públicos se encuentran sometidos a la ley. Respecto del poder legislativo (el Parlamento) que es quien tiene la obligación de aprobar la ley orgánica de huelga, el artículo 20.3 de la Ley Fundamental Alemana

recoge, muy adecuadamente, que el Poder Legislativo está sometido al Ordenamiento Constitucional y los Poderes ejecutivo y judicial a la ley y al derecho.

Así, en nuestra opinión, se produce una quiebra del principio de legalidad (o constitucionalidad como refiere la doctrina) puesto que el Poder Legislativo no ha procedido a dar cumplimiento a la previsión constitucional de que por ley orgánica se desarrolle el derecho de huelga, con el agravante de que en muchas ocasiones la huelga afecta a derechos fundamentales de los ciudadanos como son los incluidos en los servicios esenciales a la comunidad.

Se hace necesario realizar un examen de cómo ha quedado la regulación de la huelga tras la depuración que del Real Decreto-Ley 17/1977 llevó a cabo la STC 11/1981, de 8 de abril, y el examen de la jurisprudencia posterior.

III. LOS SERVICIOS ESENCIALES DE LA COMUNIDAD

Con independencia de la necesidad de regular orgánicamente todos los extremos relativos a la huelga, nos vamos a centrar en aquello a lo que específicamente se refiere el artículo 28.2 de la CE «el establecimiento de las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad», pues este es el límite constitucional al derecho de huelga. *Así las SSTC 26/1981 y 51/1986 definen los servicios esenciales como los destinados a satisfacer derechos e intereses que son, a su vez, esenciales, entendiendo por tales derechos fundamentales, las libertades públicas y los bienes constitucionalmente protegidos. La nota definitoria de los mismos es la naturaleza constitucional de los intereses a los que sirven (STC 53/1986) y es por ello que dispone la STC 11/1981 que la restricción que para el derecho de huelga supone el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad tiene plena justificación y no viola su contenido esencial al traer causa en la correlativa satisfacción de otros derechos y libertades constitucionalmente protegidos y en la preservación de los bienes de idéntica satisfacción, que deben prevalecer sobre el derecho de huelga.*

Evidentemente, un límite a un derecho fundamental, en virtud de otros derechos fundamentales, tiene que estar justificado y superar el juicio de proporcionalidad al que se refiere la jurisprudencia del TC. De este modo, si imponemos unos servicios mínimos en empresas encargadas de prestar servicios esenciales a la comunidad, tenemos que procurar que el derecho de huelga no se vacíe de contenido ni se rebase la idea de servicio esencial, quedando sometido además su ejercicio a control jurisdiccional (STC 11/1981).

Se hace necesario, a nuestro juicio, en el caso de discrepancia en la fijación de servicios mínimos para mantener servicios esenciales a la comunidad, realizar un análisis del principio de la concordancia práctica que es una de las bases para la resolución de controversias entre derechos fundamentales por parte del TC. De este modo, tal como señala el TC, hay que procurar, en la medida de lo posible, la mayor coexistencia pacífica entre los derechos fundamentales dirimidos.

Refiere la STC 11/1981 el control judicial en la fijación de servicios mínimos para el mantenimiento de servicios esenciales de la comunidad. En nuestra opinión, aquí reside una de las claves de la inseguridad en la regulación. ¿Es seguridad jurídica que la posible restricción a un derecho fundamental con carácter previo a su ejecución se resuelva una vez ejecutada la huelga? ¿Es seguridad jurídica que no haya acuerdo sobre servicios mínimos y estos se incumplan? Por tanto, creemos que el control judicial de las discrepancias se tiene que llevar a cabo en un procedimiento preferente, tal como sucede en el supuesto de las reuniones y manifestaciones en lugares públicos, de conformidad con lo establecido en el artículo 122 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

En este caso, las limitaciones o prohibiciones que impone la autoridad pública al derecho de reunión y manifestaciones son juzgadas, determinando su legalidad o ilegalidad, previamente a la manifestación en un procedimiento preferente contra el que solo cabe recurso de amparo.

Como decíamos al principio de este trabajo, técnica similar se puede establecer para resolver las discrepancias sobre la fijación de servicios mínimos por parte de la autoridad gubernativa. Así, se tendría la seguridad jurídica de saber que los servicios decretados han sido considerados abusivos o no y la sentencia es de obligado cumplimiento para las partes.

Pensamos que esta técnica es, quizás, preferible a la otra que apuntamos y que consiste en que la labor de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en vez de ser de simple mediación, se convierta en laudo de obligatorio cumplimiento. Nos basamos para ello en la circunstancia de que se están sustanciando derechos fundamentales para los que tiene que estar previsto un procedimiento preferente y sumario conforme al artículo 53.2 de la CE. Este procedimiento ya existe, pero si no es previo al ejercicio de la huelga no es operativo pues el daño al derecho de huelga mediante limitaciones ilegales o el daño a los intereses de la comunidad constitucionalmente protegidos ya se ha producido.

Analizando el concepto de servicios esenciales, llama la atención la STC 183/2006, fundamento jurídico sexto, que establece que la calificación de un servicio esencial solo puede hacerlo la ley que regule el derecho de huelga y no otra. Se da la paradoja de que en la ley que regula el derecho de huelga (RD-Ley 17/1977) no se definen los servicios esenciales. Sería necesario, como se hace en Italia, que estos servicios se definan. No tiene por qué ser una relación *numerus clausus* pero sí es importante que lo precisado por el TC en cuanto al concepto de servicios esenciales para la comunidad aparezca recogido en la ley orgánica del derecho de huelga que es obligatorio aprobar por expreso mandato del texto constitucional.

Cualquier servicio público no tiene que considerarse esencial sino que lo que habrá que valorar es que, en el caso concreto, la satisfacción de los bienes o derechos constitucionalmente protegidos exija el mantenimiento del servicio. Incluso en un servicio público esencial hay que distinguir entre los aspectos cuyo mantenimiento debe considerarse indispensable, de aquellos otros que pueden quedar interrumpidos temporalmente sin comprometer el interés general.

La jurisprudencia del TC ha precisado de una manera bastante pormenorizada qué actividades y en que medida se consideran servicios esenciales y también hay abundante jurisprudencia relativa

a cuando la fijación de servicios mínimos para el mantenimiento de servicios esenciales se considere legal o ilegal. A continuación hacemos un repaso de esta jurisprudencia que también consideramos debe ser introducida en la ley orgánica sobre huelga que se ha de aprobar.

1. Los servicios esenciales

- Radiodifusión sonora y televisión.
- Producción y suministro de energía eléctrica.
- Servicios de seguridad privada.
- Transporte público.
- Residencias de ancianos.
- Sector hospitalario.
- Servicios de salvamento marítimo.
- Mantenimiento y reparación de aparatos elevadores.
- Telecomunicaciones.
- Cultura.

Evidentemente, estos sectores han sido objeto de consideración jurisprudencial como servicios esenciales pero puede haber muchos más que son todos aquellos donde se satisfacen derechos y libertades constitucionalmente protegidos.

Por la incidencia que ha tenido, y sigue teniendo, la normativa italiana en el debate jurídico y sindical en España, nos vamos a referir brevemente a la Ley de 12 de junio de 1990 y a sus contenidos más relevantes. El modelo de huelga italiano es fruto de un interesante debate entre los sectores académico y sindical ².

En la regulación italiana se consideran servicios públicos esenciales «aquellos que garantizan el disfrute de los derechos constitucionalmente protegidos de la persona a la vida, salud, libertad y seguridad, medio ambiente y patrimonio artístico (ejemplo, sanidad, higiene pública, protección civil, vigilancia de bienes culturales, etc.); tutela de la libertad de circulación (ejemplo, transportes públicos); asistencia y previsión social (ejemplo, pago de las prestaciones sociales, incluso cuando se realice mediante servicios bancarios); educación (ejemplo, educación pública, con especial referencia al desarrollo de las calificaciones finales y de los exámenes)».

² ROJO TORRECILLA, E.: *El Derecho de Huelga. Elementos para una reflexión*.

Tal como establece el artículo 10 del Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, «cuando la huelga se declare en empresas encargadas de la prestación de cualquier género de servicio público o de reconocida e inaplazable necesidad y concurren circunstancias de especial gravedad, la autoridad gubernativa podrá acordar las medidas necesarias para asegurar el funcionamiento de los servicios, incluso el Gobierno podrá adoptar las medidas de intervención adecuadas».

Como vemos, el artículo 10 del real decreto-ley, además de no ser ley orgánica, es muy parco y no refiere servicios esenciales sino servicios públicos y como ya hemos indicado anteriormente todo servicio público no tiene por qué considerarse esencial. **Se aprecia así otra importante laguna del real decreto-ley.**

Sí ha precisado la jurisprudencia qué características ha de tener el procedimiento para la determinación de los servicios esenciales por parte de la autoridad gubernativa y la resolución que determine los servicios mínimos a realizar para el mantenimiento de los servicios esenciales:

- El periodo de consultas y la previa negociación con las partes para la fijación de servicios mínimos se considera deseable por la jurisprudencia pero no lo considera indispensable para la validez de la decisión administrativa (STC 51/1986, STS de 24 de junio de 1994 y ATC 332/1990). **En nuestra opinión, lo adecuado es que en la ley orgánica de huelga se fije un periodo mínimo para intentar llegar a un acuerdo ya que es la mejor manera de posibilitar la concordancia práctica entre el derecho fundamental de la huelga y los derechos y libertades a satisfacer por los servicios esenciales que han de ser mantenidos.**

La resolución de la autoridad gubernativa ha de ser motivada: exige el TC (SSTC 27/1989 y 43/1990) una especial justificación al afectar al ejercicio de un derecho fundamental. La motivación es, por tanto, un requisito esencial de la resolución y en esta motivación se tienen que incluir los siguientes extremos: intereses tomados en consideración, los trabajos que no pueden sufrir interrupción, factores o criterios técnicos a ponderar.

- La fijación de servicios mínimos debe ajustarse lógicamente a criterios de imparcialidad y neutralidad.
- La necesidad de la proporcionalidad resulta evidente de la propia exigencia de que cualquier limitación de un derecho fundamental ha de superar el juicio de proporcionalidad al que se refiere el TC y que requiere que la medida sea idónea, necesaria y proporcional. Tal como establecen las SSTC 26/1981, 53/1986 y 27/1989 se han de ponderar y valorar los siguientes aspectos: el ámbito de la huelga, su duración y características, la naturaleza de los bienes y derechos constitucionalmente protegidos, grado de afectación de los servicios esenciales, la comunidad afectada, la existencia o no de servicios alternativos, las concretas necesidades de los servicios esenciales, la oferta de mantenimiento de servicios esenciales que realicen los huelguistas.

Viendo la complejidad del proceso y teniendo en cuenta que en el artículo 9 del Real Decreto-Ley 17/1977 se indica que la Inspección de Trabajo podrá ejercer su labor de mediación desde que

se comunique la huelga hasta la solución del conflicto, podría reforzarse la tesis anteriormente expuesta de que sea el informe técnico de la propia Inspección de Trabajo y Seguridad Social el que determine la manera de llevarse a cabo los servicios mínimos.

En cualquier caso, el procedimiento establecido para impugnar la fijación de servicios a mantener en la huelga está previsto que se sustancie ante la jurisdicción contencioso-administrativa y siempre a posteriori, es decir, una vez que el daño a los derechos fundamentales en conflicto puede estar causado. Es por ello que se refuerza la tesis de un control judicial previo a modo del previsto para el derecho de reunión en lugares públicos.

No obstante, el TC y el Tribunal Supremo (en adelante, TS) permiten que se pueda solicitar, ante la jurisdicción contencioso-administrativa, la suspensión total o parcial de la efectividad de la resolución como medida cautelar antes de que se inicie la huelga (STC 148/1993 y STS de 19 de junio de 2002). Cabe hacer referencia, asimismo, a que los artículos 175 a 182 de la Ley 2/1995, de 7 de abril, de Procedimiento Laboral, regulan el procedimiento de tutela de la libertad sindical aplicable a los demás derechos fundamentales. **Es necesario que en la ley orgánica de huelga se incluya un capítulo armonizando la legislación y la jurisprudencia relativa a la impugnación de las resoluciones dictadas en materia de huelga.**

2. Cumplimiento de servicios mínimos

Si ha habido acuerdo previo, lógicamente, será más difícil su incumplimiento y las consecuencias que ello implica, por lo tanto, volvemos a insistir en la importancia de la negociación previa y, en su defecto, un dictamen que determine la legalidad o no de los servicios mínimos fijados.

Es en el campo relativo al cumplimiento de los servicios mínimos donde más disparidad se produce y las consecuencias para el ejercicio de la huelga y el trabajo son mayores.

Sucede que este hecho se agrava si nos movemos en el terreno de la prestación de servicios públicos y no digamos si esos servicios son esenciales para la comunidad.

En una empresa, los servicios mínimos tienen por objeto asegurar y garantizar el mantenimiento y funcionamiento de todo aquello que de pararse supondría un peligro o cuantiosos perjuicios por el abandono de un proceso de producción. En la prestación de servicios públicos el papel del administrado cobra protagonismo, pues se debe garantizar un mínimo funcionamiento de la Administración, cuyo papel es servir a los ciudadanos. Si pasamos al campo de los servicios esenciales, el papel del administrado cambia ya que los derechos de los ciudadanos quedan por encima del derecho de huelga, puesto que los servicios a satisfacer constituyen necesidades básicas de los mismos. En este último caso, sin lugar a dudas, la proporcionalidad entre el fin legítimo de la restricción del derecho de huelga y los medios empleados para su restricción cobra un total protagonismo, habiéndose de procurar, bajo el principio de concordancia práctica entre derechos fundamentales, la menor lesión de cada uno de los derechos.

No es tarea fácil lo expuesto y de ahí que la presencia de la Administración, quien vela por los intereses de la comunidad, sea imprescindible, lo que no garantiza que la decisión sea adecuada ni que satisfaga a empresa y trabajadores. Es por ello que se hace preciso un control previo de la proporcionalidad de la intervención, pues si la intervención no es proporcional supondrá una lesión del derecho de los huelguistas o de los derechos de los ciudadanos a los servicios esenciales, o del derecho al trabajo de los no huelguistas.

Destacamos en este aspecto la técnica utilizada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que establece la necesidad de la proporcionalidad entre el fin legítimo y los medios empleados para justificar una injerencia por parte de los Estados Contratantes en los derechos fundamentales de las personas (Asunto *Traktor AB* contra Suecia, Sentencia de 7 de julio de 1989), teniendo en cuenta que, como señala la Sentencia del Asunto *Agosi* contra Reino Unido de 24 de octubre de 1986, en la búsqueda del equilibrio justo que debe existir entre el interés general de la comunidad y las exigencias de la protección de los derechos fundamentales del individuo, las autoridades nacionales gozan de un gran margen de apreciación. Es también interesante la Sentencia del Asunto *Gallego Zafra* contra España, demanda 58229/2000 no publicada, en la que se refleja las exigencias del interés general de la comunidad en materia de acceso a las prestaciones farmacéuticas.

Desde nuestro punto de vista, se ha colectivizado la interpretación del derecho de huelga, como conflicto entre empresa y sindicatos y como contenido esencial de la libertad sindical, restando protagonismo a la perspectiva individual del derecho. En ocasiones, hemos llegado a escuchar a destacados catedráticos de derecho del trabajo referir que esta técnica fue un guiño hacia los sindicatos. El logro de la huelga y la libertad sindical, tras una larga época de prohibición de las mismas, es evidente y loable pero los derechos de los individuos están al mismo nivel que los derechos de los colectivos.

Centrándonos en la huelga en servicios esenciales, el TC (Sentencia 53/1986), admite que las empresas puedan completar técnica y funcionalmente la resolución gubernativa sobre mantenimiento de servicios esenciales para la fijación de servicios mínimos. Corresponderá, asimismo, a la empresa la designación de los trabajadores que han de cumplir los servicios mínimos, con preferencia de designación entre aquellos que han decidido sumarse a la huelga, tal como señala la STC 123/1990.

Vemos aquí dos nuevos aspectos conflictivos que requerirían de una resolución previa al ejercicio de la huelga para determinar si las actuaciones de la empresa en cuanto a la fijación concreta de los servicios mínimos se mantienen en el terreno de la proporcionalidad. La fórmula de que la empresa puede completar la resolución gubernativa, en nuestra opinión, se presume muy abierta.

Todos estos aspectos se deberían abordar en una ley orgánica de huelga, máxime teniendo en cuenta la variada casuística jurisprudencial entre la que destacamos:

- El incremento o variación de los servicios esenciales fijados por la autoridad gubernativa puede vulnerar el derecho de huelga, como sucede si un canal de televisión mantiene su

programación habitual sin limitarse al mantenimiento de los servicios informativos fijados en la preceptiva orden gubernativa (STS de 16 de marzo de 1998).

- También vulnera el derecho de huelga establecer como servicios mínimos la emisión de una programación previamente grabada y la emisión y producción de la normal programación informativa (SSTC 183, 184, 191 y 193/2006).
- Es lesivo del derecho de huelga el poner en circulación un tren no incluido en los servicios esenciales (STS de 11 de julio de 1994).
- También lo es rebasar el número de trabajadores fijados en la orden gubernativa (STSJ de Galicia de 15 de mayo de 2001). Asimismo, vulnera el derecho de huelga asignar turnos que no se hacían con anterioridad a la huelga (STSJ de Aragón de 20 de julio de 1995) o asignar funciones que exceden de las fijadas como esenciales (STSJ de Sevilla de 5 de septiembre de 2001).
- Vulnera el derecho de huelga fijar como servicios mínimos en un centro sanitario la totalidad de las intervenciones quirúrgicas ya programadas, fuesen o no urgentes y solo se admiten como esenciales las que no puedan demorarse atendiendo al riesgo que implicaría al paciente (STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 11 de mayo de 2007).
- No vulnera en cambio el derecho de huelga, aunque pueda lesionar otros derechos distintos, la decisión de la empresa de minorar los servicios declarados esenciales (STS de 21 de octubre de 1995). Tampoco lo vulnera la realización de servicios no declarados esenciales si se cubren con personal que no secundó la huelga (STSJ de Aragón de 18 de julio de 1997).

Cabe referir que toda esta incertidumbre de hasta dónde puede llegar la empresa en la configuración de servicios mínimos no se puede prever y legislar. El TS, mediante Sentencia de 16 de marzo de 1998, dispone que la jurisdicción social es la competente para conocer las demandas formuladas por los trabajadores o por los convocantes de la huelga en relación con dichas conductas de la empresa y, en su caso, la empresa está obligada a resarcir los daños causados.

No obstante, el resarcimiento de los daños causados, consistentes en obligar a trabajar o a no hacerlo, es con posterioridad a que se produzca el hecho causante y ello no garantiza suficientemente, a nuestro juicio, el respeto de los derechos fundamentales. *Así, la resolución judicial previa sobre la huelga habría de enjuiciar no solo la resolución de la autoridad laboral sino también, en su caso, las medidas adoptadas por la empresa para completarla.*

Finalmente, cabe señalar que el incumplimiento de los servicios mínimos permite a la empresa adoptar medidas disciplinarias respecto de los trabajadores que los incumplan. Aquí también hay diferente casuística pues puede ocurrir que los servicios mínimos sean declarados proporcionados o abusivos. Vemos, pues, la indefinición del control judicial a posteriori, lo que motiva en la práctica incumplimientos de obligaciones por todas las partes en la huelga, en la confianza de que los tribunales les darán la razón. Esto no debe ser admisible en materia de derechos fundamentales.

Nos gustaría reseñar el caso de las huelgas en los meses de junio y julio de 2010 en el Metro de Madrid. El incumplimiento de servicios mínimos, fijados en proporción similar a otros supuestos donde los servicios fueron declarados abusivos, motivó que la huelga fuera declarada ilegal por un juzgado de lo social de Madrid. Habrá que esperar a la resolución de los recursos (el de suplicación ha confirmado la sentencia de instancia), para ver el final del procedimiento. No obstante, cabe preguntarse por la posibilidad de los daños: el de los huelguistas si se tratara de servicios mínimos abusivos y el de la comunidad por la falta de prestación de los servicios esenciales por los huelguistas. A ello se añade un tercer daño, aunque no de ámbito fundamental, que es el perjuicio económico causado a la empresa que se estimó en varios millones de euros.

Todos los perjuicios mencionados, dependiendo del fallo judicial, estarían ya causados y su subsanación concreta ya no es posible sino solo resarcible. De ahí la importancia, nuevamente lo reseñamos, de que el control judicial sea previo a la posible producción de los daños.

3. Fijación de los servicios de seguridad y mantenimiento

Conforme al artículo 6 del Real Decreto-Ley 17/1977 se indica que *el Comité de Huelga habrá de garantizar durante la misma la prestación de los servicios necesarios para la seguridad de las personas y de las cosas, mantenimiento de los locales, maquinaria, instalaciones, materias primas y cualquier otra atención que fuese precisa para la ulterior reanudación de las tareas de la empresa.*

Lo primero que cabe referir es que estos servicios de seguridad y mantenimiento en la empresa no deben confundirse con los servicios mínimos que afectan a los servicios esenciales de la comunidad, aunque tal como señala la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 27 de abril de 2001, en ocasiones se haga referencia a ellos con la expresión de servicios mínimos pese a no ser la adecuada.

Esta apreciación es importante, pues cuando se vayan a negociar los servicios de seguridad y mantenimiento entre empresa y Comité de Huelga, no es lo mismo unos mínimos para garantizar servicios esenciales a la comunidad que unos mínimos para asegurar la seguridad y el mantenimiento en el ámbito de una empresa.

La actividad en servicios esenciales es trabajo normal, aunque para cubrir servicios esenciales, y la actividad en el caso del resto de las empresas es simplemente de seguridad y mantenimiento lo que permite que no haya ninguna actividad en la empresa. A este respecto, la STS de 8 de febrero de 2003 señala que los servicios de seguridad y mantenimiento están exclusivamente dirigidos al fin constitucionalmente legítimo de atender las necesidades de seguridad y mantenimiento, y no el trabajo habitual de producción, vulnerándose el derecho de huelga si los servicios fijados estaban dirigidos a mantener el centro de trabajo abierto y en orden, en vez de atender a la garantía de la seguridad de bienes y personas y el mantenimiento de las instalaciones.

Por decirlo de un modo más claro, en el ámbito de los servicios esenciales se sigue trabajando para cubrir unos mínimos de prestación de servicios esenciales a la comunidad y esto no ocurre en el resto de empresas. Así, fuera de los servicios esenciales no hay un límite al derecho fundamental de huelga en virtud de otro derecho fundamental proclamado por la CE, con lo que lógicamente el contenido de la huelga, la cesación del trabajo, tiene un alcance mayor y esto lo tiene que soportar la empresa en cuestión.

Para evitar tentaciones de que la empresa se extralimite en la fijación de estos servicios de mantenimiento y seguridad es por lo que, en nuestra opinión, tiene un mayor sentido que se declare ilegal la fijación unilateral de estos servicios por parte de la empresa, tal como llevó a cabo la STC 11/1981, de 8 de abril.

Además, si el Comité de Huelga debe responder de la seguridad y mantenimiento del entorno de trabajo, como establece el artículo 6.7 del Real Decreto-Ley 17/1977, hay que darle la posibilidad de acordar cuáles son esos servicios a mantener pues, en su defecto, se entraría en una indefensión, a nuestro juicio.

Diferenciamos, pues, entre una huelga en servicios esenciales, controlada por la autoridad gubernativa y la huelga en el resto de empresas controlada por empresa y trabajadores.

Obsérvese, finalmente, que el único límite que se establece en el artículo 28.2 de la CE al derecho de huelga es el conformado por las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad.

Ello nos lleva a enlazar con otra cuestión que consideramos importante.

IV. EL ORDEN PÚBLICO Y LA TITULARIDAD DEL DERECHO DE HUELGA

Veamos, en primer lugar, las regulaciones relativas a la prohibición de libertad sindical y de derecho de huelga a determinados cuerpos de seguridad, de las fuerzas armadas de carácter militar o sin ese carácter:

- El derecho de libertad sindical de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado que no tengan carácter militar en el que se incluyen el Cuerpo Nacional de Policía como instituto armado dependiente del Ministerio del Interior, los Cuerpos de Policía dependientes de las Comunidades Autónomas y los Cuerpos de Policía dependientes de las Corporaciones Locales. Las peculiaridades del régimen de sindicación de dichos funcionarios se establecen en la Ley Orgánica 2/1986 y cabe destacar entre ellas la prohibición de la huelga y las demás acciones conflictivas y la existencia de una regulación

unitaria sindical para toda la policía del Estado, no pudiendo sus sindicatos federarse ni confederarse con organizaciones extrapoliciales.

- En el artículo 127 de la CE se establece expresamente que «los Jueces y Magistrados, así como los Fiscales, mientras se hallen en activo, no podrán desempeñar otros cargos públicos, ni pertenecer a partidos políticos o sindicatos. La ley establecerá el sistema y modalidades de asociación profesional de los Jueces, Magistrados y Fiscales».

De este modo, la Ley Orgánica de Libertad Sindical (en adelante, LOLS) en su artículo 1.4 contempla la previsión constitucional de la prohibición de sindicación a los Jueces, Magistrados y Fiscales y la regulación específica de este régimen es la acogida en el artículo 401 de la Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial, así como el artículo 59 de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, sobre Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

No tienen expresamente prohibido el ejercicio del derecho de huelga, por lo que sería muy importante precisar en la ley orgánica de huelga si les asiste este derecho o no, pues aquí el límite del orden público al derecho de huelga se difumina claramente.

- El artículo 1.3 de la LOLS dispone que quedan exceptuados del ejercicio de la libertad sindical los miembros de las Fuerzas Armadas y de los institutos armados de carácter militar. Todo este personal tiene expresa prohibición de recurrir a ninguna de las formas directas o indirectas de huelga, conforme al artículo 181 de la Ley Orgánica 85/1978.
- Es importante indicar que esta prohibición no alcanza a los miembros de la Guardia Civil, en cuanto afecta al derecho de asociación profesional, conforme a la disposición derogatoria única.2 de la Ley Orgánica 11/2007.

Creemos que también sería bueno indicar en la futura ley orgánica de huelga si se mantienen estas prohibiciones de huelga e incluso ir más allá, pues tenemos serias dudas de que sea adecuado impedirles el derecho de sindicación.

En todo caso, tendría la ley que precisar a quién se reconoce el derecho de huelga, pues el artículo 28.2 de la CE establece, sin distinción ni límite alguno, que el derecho de huelga se reconoce a los trabajadores para la defensa de sus intereses.

Evidentemente, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad se componen de trabajadores y, en nuestra opinión, más que prohibirles el derecho de huelga lo que habría que hacer es fijar unos servicios mínimos para garantizar el servicio esencial del orden público y la seguridad.

V. ESQUIROLAJE EXTERNO E INTERNO

Otro aspecto a destacar y que tiene que ser objeto de inclusión en la ley orgánica sobre huelga es el relativo a las medidas adoptadas por la empresa para asegurar el funcionamiento de su activi-

dad y que pueden suponer la sustitución de trabajadores huelguistas por otros trabajadores vinculados o no a la empresa.

En el Real Decreto-Ley 17/1977 solo se regula en el artículo 6.5 el esquirolaje externo, disponiendo este apartado lo siguiente: «en tanto dure la huelga, el empresario no podrá sustituir a los huelguistas por trabajadores que no estuviesen vinculados a la empresa al tiempo de ser comunicada la misma, salvo caso de incumplimiento de las obligaciones contenidas en el apartado 7 de este artículo». En el apartado 7 se refiere que el Comité de Huelga habrá de garantizar la prestación de los servicios necesarios para la seguridad de las personas y de las cosas, mantenimiento de los locales, maquinaria, instalaciones, materias primas y cualquier otra atención que fuese precisa para la ulterior reanudación de las tareas de la empresa.

El artículo 10 de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (en adelante, LISOS), aprobada por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, contempla como infracción muy grave «los actos del empresario lesivos del derecho de huelga de los trabajadores consistentes en la sustitución de los trabajadores en huelga por otros no vinculados al centro de trabajo al tiempo de su ejercicio, salvo en los casos justificados por el ordenamiento».

El esquirolaje externo, por tanto, tiene una regulación clara en el Real Decreto-Ley 17/1977.

No se puede decir lo mismo de la situación respecto del esquirolaje interno, donde el real decreto-ley no precisa su alcance. Ha sido la jurisprudencia la que ha establecido los límites a la movilidad de los trabajadores durante la huelga, con el fin de que no se pueda sustituir a los huelguistas más que cuando sea absolutamente necesario conforme a lo establecido en el apartado 7 del artículo 6 del real decreto-ley.

No obstante, como ha señalado la STC 123/1992, de 28 de septiembre, habrá que determinar si cuando un empresario utiliza trabajadores del centro de trabajo, desplazándolos de su trabajo habitual para realizar otras funciones, se está ante una medida necesaria para la buena marcha de la empresa o, al contrario, es una medida destinada a desactivar la presión producida por el paro en el trabajo.

Lógicamente, habrá que examinar cada caso concreto pero sí es importante recoger los criterios jurisprudenciales que son claramente restrictivos de la movilidad funcional y geográfica durante la huelga. Al efecto destacamos las siguientes sentencias que consideran ilícitas estas situaciones:

- La sustitución de trabajadores huelguistas por trabajadores de otro centro de trabajo desplazados al efecto para esta sustitución (STC 123/1992 y SSTs de 23 de octubre y 13 de diciembre de 1989).
- Cubrir los suministros a clientes de un centro que está en huelga desde otro centro de la misma empresa que no esté en huelga (STSJ de Baleares de 8 de abril de 1999).

- Sustitución de huelguistas por otros trabajadores del mismo centro de trabajo de igual o superior categoría profesional para realizar sus tareas (STS de 8 de mayo de 1995).
- Sustitución interna de huelguistas por trabajadores que ocupan puestos de dirección de la misma empresa aunque lo hagan de forma espontánea y sin seguir instrucciones de la empresa (STSJ Navarra de 9 de junio de 2006).
- Trabajadores de cualificación profesional superior con movilidad funcional pactada en convenio colectivo de empresa, que amplían su jornada (TSJ Aragón de 30 de marzo de 2011).

En todo caso, sería importante perfilar en la ley orgánica aspectos discutibles tales como si mantener el suministro a los clientes mediante otro centro de trabajo es admisible o no, en caso de que sean suministros de urgencia para la empresa, y si la realización espontánea de trabajos por los trabajadores sin seguir instrucciones de la empresa se le puede imputar a la misma. A nuestro juicio, las sentencias sobre estos asuntos de los Tribunales Superiores de Justicia de Baleares y Navarra son más que discutibles.

Parece que el TS se inclina por considerar que si la sustitución es limitada en el tiempo y solo afecta a determinadas tareas no se puede hablar de esquirolaje interno. A tal efecto hay que referir la STS de 10 de julio de 1995.

En todo caso, teniendo en cuenta la jurisprudencia actual, es necesaria una modificación de la LISOS, para tipificar como muy grave el esquirolaje interno en los casos de movilidad de los trabajadores dentro del mismo centro de trabajo, cuando se acredite que el único objeto de la empresa era desactivar la huelga.

1. Los piquetes informativos

Otra figura que se tiene que perfilar legalmente de una manera adecuada y suficiente es la de los piquetes.

No supone nada nuevo hacer referencia a que, en más ocasiones de las deseables, la actuación de los piquetes no se limita a una mera labor de publicidad pacífica de la huelga. Por aquello de que una imagen vale más que mil palabras, venimos contemplando en los diversos medios de comunicación, situaciones en las que se impide a los trabajadores no huelguistas acceder al centro de trabajo o no se les permite iniciar su jornada, principalmente mediante el bloqueo de la salida de los medios de transporte de la empresa.

En nuestra opinión, no contribuye a la clarificación de las funciones de los piquetes lo dispuesto en la STC 137/1997: «la actividad del llamado piquete de huelguistas, con sus funciones de información, propaganda, persuasión y presión a los demás trabajadores para que se sumen a la huelga o disuasión a los que han optado por continuar el trabajo, integra el contenido esencial del derecho de huelga».

De este modo, dentro del contenido esencial de un derecho de titularidad individual como es la huelga, se permite la persuasión y, lo que es más chocante, la presión para disuadir a los trabajadores no huelguistas y que no continúen trabajando. ¿Parece esto lógico? Desde luego, a nuestro modo de ver, una presión que dificulte, y no solo impida, a un trabajador acceder a su puesto de trabajo no es lícita. Así, estaríamos ante una huelga abusiva, cuando se producen comportamientos de presión no pacíficos.

Esta exigencia de la publicidad de forma pacífica de la huelga la tienen contemplada nuestros tribunales. El TC en Sentencias 332/1994 y 137/1997 recoge como límites de la huelga la libertad de trabajar, la dignidad de la persona y su derecho a la integridad moral. Así, el piquete deja de ser informativo y se convierte en coactivo, tal como señala la STS de 24 de marzo de 1987.

Volvemos nuevamente a encontrarnos la libertad de trabajar. El Código Penal contempla en el artículo 315.3 que «las mismas penas del apartado segundo se impondrán a los que, actuando en grupo, o individualmente pero de acuerdo con otros, coaccionen a otras personas a iniciar o continuar una huelga».

Las penas que contempla el apartado dos son superiores en grado a las previstas en el apartado 1 del artículo 315 del Código Penal que contempla penas de prisión menor de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses a los que impidieren o limitaren el ejercicio de la libertad sindical o de la huelga mediante engaño o abuso de situación de necesidad.

Siendo que el propio TC encuentra como límite a la huelga la libertad de trabajar y el Código Penal establece una pena superior en grado para los que coaccionen a hacer huelga a otros, aún tiene menos sentido que el derecho al trabajo no goce de la protección reforzada del procedimiento preferente y sumario del artículo 53.2 de la CE.

Así, si a un trabajador o trabajadora se le impide trabajar, este abuso debe convertir a la huelga en ilegal pues, conforme a lo dispuesto en el artículo 11.4 del Real Decreto-Ley 17/1977 la huelga es ilegal «cuando se produzca contraviniendo lo dispuesto en el presente real decreto-ley...» y en el artículo 6.4 de esta norma se indica que «se respetará la libertad de trabajo de aquellos trabajadores que no quisieran sumarse a la huelga».

La mejor manera, en nuestra opinión, de acabar con los piquetes coactivos es estableciendo claramente en la ley orgánica de huelga que el no respeto de la libertad de trabajo de los no huelguistas que incluye la presión no pacífica (por poner un ejemplo no permitir la entrada a la empresa o impedir la salida de vehículos de trabajo), convierte a la huelga automáticamente en ilegal.

Si esto no se hace y no hay un procedimiento preferente y sumario de defensa del trabajo, no se garantiza este al mismo nivel que la huelga y no repara al trabajador no huelguista un procedimiento judicial posterior cuando ya sus derechos han sido cercenados.

VI. LA NECESIDAD DE UNA DEFINICIÓN LEGAL DE LA HUELGA

En el apartado final de este trabajo queremos exponer por qué tiene tanta importancia definir la huelga, su titularidad y su ejercicio.

Tal como señala el fundamento jurídico décimo de la STC 11/1981, de 8 de abril, el artículo 28 de la CE proclama el derecho de huelga como derecho de carácter fundamental, pero no lo define ni lo describe, dejando esta materia a las concepciones existentes en la comunidad y a las inherentes al ordenamiento jurídico. Tampoco el Real Decreto-Ley 17/1977 define la huelga.

En la primera acepción de huelga en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, se dispone que la huelga es el «espacio de tiempo que uno está sin trabajar». Posteriormente, la segunda acepción refiere «interrupción colectiva del trabajo con el fin de imponer ciertas condiciones o manifestar una protesta».

Si el contrato de trabajo, tal como lo define el profesor ALONSO OLEA³, es una «relación jurídica bilateral constituida por el intercambio continuado entre una prestación de trabajo, dependiente y por cuenta ajena, y una prestación salarial», la huelga es una suspensión de estas prestaciones recíprocas.

La suspensión del contrato solo puede venir dada por la voluntad del trabajador individualmente considerado, a salvo de los supuestos de carácter objetivo y regulación de empleo, lo que refuerza el carácter y titularidad individual de este derecho.

Vemos pues, que todas las referencias que se van a hacer por nuestros tribunales al concepto de huelga se basan en interpretaciones de la misma. A nuestro juicio, esta es la primera deficiencia, pues los tribunales están asumiendo un papel que corresponde al legislador como ya hemos señalado anteriormente.

Que la huelga es una cesación del trabajo es obvio, pero es importante que se remarque que es una cesación individual del trabajo y el efecto colectivo de la misma viene derivado de la suma de cesaciones individuales. Nuestros tribunales se han decantado por decir que es un derecho individual de ejercicio colectivo pero, a nuestro juicio, esto es discutible pues el ejercicio necesariamente es también individual, lo que es colectivo es el efecto.

Tiene importancia esta diferenciación porque nuestros tribunales hablan dentro del contenido esencial de una proyección colectiva de la huelga.

³ ALONSO OLEA, M.: *Manual de Derecho del Trabajo*.

La STC 11/1981 indica que no parece descaminado establecer que el contenido esencial del derecho de huelga consiste en una cesación del trabajo en cualesquiera de las manifestaciones o modalidades que puede revestir.

La fuerza de la decisión individual prima sobre la colectiva. Si un sindicato convoca una huelga y nadie la sigue o la siguen 1 o 5 trabajadores en un centro de 1.000 trabajadores, el efecto es prácticamente nulo, incluso llevaría a los sindicatos a desconvocarla. Este extremo nos da idea de la soberanía de los trabajadores individualmente considerados en la decisión de ejercitar la huelga. Por tanto, creemos que no hay que confundir el efecto colectivo de la huelga y la posibilidad de que sea convocada por entidades de carácter colectivo, con la titularidad individual del derecho.

La representación de los trabajadores y los sindicatos pueden adoptar medidas de conflicto colectivo, entre ellas la huelga, pero no son titulares del derecho a hacer huelga que es un derecho individual. Así lo ha precisado además nuestro TC. Si el contrato de trabajo queda en suspenso se debe a la voluntad del trabajador o trabajadora en cuestión que es el titular del contrato de trabajo y del derecho subjetivo de huelga.

La STC 98/1985 ha establecido que la huelga forma parte de la actividad sindical junto a la negociación y los conflictos colectivos, señalando que la actividad sindical no puede disociarse de la libertad sindical. Según esta interpretación, la vulneración del derecho de huelga es también una vulneración de la libertad sindical.

Esta colectivización, a nuestro modo de ver, del derecho de huelga, en función de sus efectos, ha provocado que la figura del trabajador individualmente considerado haya quedado en un segundo plano, lo cual posibilita que la protección del derecho al trabajo, que es la otra opción frente al ejercicio de la huelga, se haya debilitado.

Por tanto, como señalamos anteriormente, nos parece de todo punto insuficiente que el derecho al trabajo no esté bajo la protección del procedimiento preferente y sumario del artículo 53 de la CE. Así, una de las dos opciones del trabajador ante la huelga, trabajar, no goza de la misma protección que no trabajar, es decir, hacer huelga.

A más abundamiento, la STS de 27 de diciembre de 1993, Rj3225/94, estableció que el derecho de huelga es de titularidad individual y su ejercicio es de naturaleza colectiva.

Presenta esta sentencia, a nuestro juicio, contradicciones tales como decir «**la titularidad del derecho de huelga pertenece a los trabajadores y a cada uno de ellos le corresponde individualmente el derecho de ejercitarlo, secundando o no libremente la huelga previamente convocada por los sujetos colectivos legitimados para ello**» para luego a continuación señalar que **su ejercicio es de naturaleza colectiva**. ¿No es esto una contradicción?

Creemos, en definitiva, que habría que precisar que en el marco de actividades que se incluyen dentro de las medidas de conflicto colectivo cabe la huelga, un derecho de titularidad individual, con efectos colectivos, que al ser una medida de conflicto colectivo permite que su proceso de convocatoria, desarrollo y finalización se gestione por la representación de los trabajadores, ya sea unitaria o sindical.

Si los efectos colectivos forman parte del contenido esencial del derecho de huelga sería otra cuestión a analizar. La propia STS de 27 de diciembre de 1993 se refiere a la proyección colectiva del derecho de huelga. Es más, vuelve a presentar otro concepto como es la titularidad de las facultades atinentes a la proyección colectiva del derecho de huelga, que corresponde a los trabajadores, aunque no todas, y a determinados órganos de naturaleza colectiva.

Desde nuestro punto de vista, hay un tórum revolútm del derecho de huelga, las medidas de conflicto colectivo, la actividad sindical y la libertad sindical.

Por tanto, haría bien el legislador en definir claramente de quién es la titularidad del derecho subjetivo de huelga, a quién corresponde la titularidad de su ejercicio, cuáles son sus efectos y si todo ello determina que la huelga tenga dos vertientes de su contenido esencial, una individual y otra colectiva.

También podría el legislador hacerse las siguientes preguntas: ¿El contenido esencial de carácter colectivo de la huelga es el mismo que el contenido esencial de carácter colectivo de la libertad sindical? entonces ¿Qué autonomía y sustantividad propia tiene el derecho de huelga, teniendo en cuenta que en la CE se configura como derecho propio? ¿Por qué las medidas de conflicto colectivo no gozan de garantía reforzada y en cambio la libertad sindical y la huelga sí? ¿Por qué el derecho al trabajo no goza de protección reforzada?

Como conclusión final, consideramos que si el contenido esencial del derecho de huelga incluye la no participación en la huelga y la decisión de incorporarse al trabajo en cualquier momento de su desarrollo, no es admisible que la protección de estas opciones no tenga una garantía de protección reforzada como sí la tiene la opción de la participación en la huelga.

Bibliografía

LÓPEZ GUERRA, L.; ESPÍN, E.; GARCÍA MORILLO, J.; PÉREZ TREMP, P.; SATRÚSTEGUI, M.: *Derecho Constitucional*, vol. I, Ediciones Tirant lo Blanch.

ROJO TORRECILLA, E.: *El derecho de huelga. Elementos para una reflexión*.

Código Penal Español, aprobado por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre.

Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto.

Memento social 2010. Ediciones Francis Lefebvre.

Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social.

Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, de reforma de la normativa sobre relaciones de trabajo.

STC 11/1981, de 8 de abril.