

SERVICIOS MÍNIMOS Y RETRIBUCIÓN SALARIAL ¿ASPECTO NO RESUELTO?

Raquel Poquet Catalá
Profesora asociada de la Universidad de Valencia

Abstract

En este trabajo se analiza cuál es la retribución salarial de los trabajadores, que habiendo decidido secundar una huelga, no obstante, son adscritos a la realización de los servicios mínimos, cuestión nada clara en la normativa reguladora existente que se limita a declarar que durante la huelga el trabajador no tiene derecho a percibir su salario, creándose un vacío legal en torno a la situación en la que se hallan aquellos trabajadores que son obligados a prestar servicios durante una parte de la jornada laboral, concretamente, la determinada como servicio mínimo. Para ello, se procede a realizar un análisis de la doctrina judicial y constitucional en relación con el concepto de servicios mínimos y su dependencia en relación con los servicios esenciales para, a continuación, estudiar la doctrina recaída en torno a los descuentos salariales aplicables para los trabajadores huelguistas, así como la de aquellos que son asignados al turno de servicios mínimos.

In this work it is analyzed the salary remuneration of workers, who having decided to support the strike, however, are attached to the realization of the minimum services, an issue that is not clear in the existing regulation that only declares that during strike workers have no right to receive their salary, creating a legal vacuum around the situation in which are those workers who are required to provide services during a part of the working day, specifically, the determined as a minimum service. For this reason, it is carried out an analysis of judicial and constitutional doctrine in relation to the concept of minimum services and their dependence in relation to essential services, and then it is studied the doctrine relapsed around the wage discounts applicable to the striking workers, as well as those who are assigned to the minimum service shift.

Title: *Minimum services and wage retribution, an unresolved aspect?*

Palabras clave: retribución, descuento salarial, servicio mínimo, proporcionalidad, trabajador designado.

Key words: *retribution, salary discount, minimum service, proportionality, assigned worker.*

IUSLabor 2/2019, ISSN 1699-2938, p. 54-76.

DOI. 10.31009/IUSLabor.2019.i02.04

Sumario

1. Introducción
2. Los mínimos y su relación con los servicios esenciales
 - 2.1. Concepto de servicios esenciales
 - 2.2. Servicios mínimos como medida para garantizar los servicios esenciales
 - 2.3. Designación de los trabajadores adscritos a los servicios mínimos
3. Efectos salariales de la huelga
 - 3.1. Sobre los trabajadores huelguistas, en general
 - 3.2. Sobre los trabajadores huelguistas adscritos a servicios mínimos
4. Bibliografía

1. Introducción

El artículo 37 CE reconoce el derecho de los trabajadores y empresarios a adoptar medidas de conflicto colectivo, pero, de todas ellas, coloca a una en un lugar preferente y especial, concretamente, el derecho de huelga en el artículo 28 CE reconociéndolo como derecho fundamental. Ello se traduce en la exigencia de que sea regulado mediante una ley orgánica, además, de la más completa tutela jurisdiccional con un cauce procesal específico en la vía judicial ordinaria y recurso de amparo.

No obstante, después de cuarenta años, este derecho fundamental no cuenta con su respectiva ley orgánica de desarrollo. Su regulación se halla en un texto normativo preconstitucional, concretamente, el Real Decreto Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre Relaciones de Trabajo (RDLRT, en adelante), norma que ha sido objeto de una reinterpretación por el Tribunal Constitucional.

La falta de una adecuada norma que desarrolle y regule completamente este derecho ha obligado a que sea la doctrina constitucional y judicial la que, mediante sus diferentes pronunciamientos judiciales, ha ido tratando de dar respuesta a los diferentes vacíos legales y conflictos planteados.

Uno de ellos es la problemática planteada en relación con la retribución que deben percibir los trabajadores huelguistas, así como el profundo debate, por cierto, inconcluso sobre los servicios mínimos. De ahí, que se diga que la huelga, si bien es un derecho fundamental, como todos ellos no es ilimitado¹, por lo que tiene una serie de restricciones, siendo, en nuestro caso, la afectación de los servicios esenciales de la comunidad, pues muchas veces durante la huelga queda afectada la sociedad o parte de ella. Esta tercera parte implicada en las huelgas que se llevan a cabo en los servicios esenciales se puede identificar con una colectividad impersonal que, dependiendo de las circunstancias de cada huelga, puede ser más o menos amplia y que se siente perjudicada, porque tiene una serie de necesidades y/o porque precisa de ciertas ayudas o complementos para poder desarrollar sus actividades diarias. Este tercero sólo pretende, en definitiva, que la actividad se siga realizando como debería realizarse, de igual forma que si no hubiera huelga, pues sufren un perjuicio y un sacrificio que, para ellos, es gratuito, pues no les conlleva ningún tipo de beneficio².

¹ STC 11/1981, de 8 de abril; 183/2006, de 19 de junio; 184/2006, de 19 de junio; 27/1989, de 3 de febrero.

² GARCÍA NINET, J. I. y BALLESTER PASTOR, I., “El sujeto legitimado para la designación de los servicios mínimos en las huelgas declaradas en servicios considerados esenciales: el título competencial aducido y la deseable imparcialidad de la autoridad gubernativa”, *Aranzadi Social*, vol. V, 1998, p. 6.

Por tanto, cuando durante la huelga, debido a su consideración de servicios esenciales para la comunidad, se establece la realización de unos servicios mínimos, los trabajadores que quedan adscritos a dicha prestación, están obligados a prestar dicho servicio, de tal forma que el contrato de trabajo deja de estar en suspenso, teniendo pues el trabajador el derecho a percibir el salario correspondiente³.

Ahora bien, el problema se plantea cuando debido a dicha adscripción, y tratándose de trabajadores que han secundado la huelga y son obligados a prestar el servicio mínimo, el mismo viene establecido respecto de un porcentaje concreto en relación con la totalidad de la jornada laboral ordinaria de la empresa. Es decir, se trata de determinar, cuál es la retribución a que tienen derecho aquellos trabajadores que quedan adscritos a un servicio mínimo y prestan, como consecuencia de ello, sólo una parte de la jornada laboral, concretamente, la correspondiente al servicio mínimo.

2. Los servicios mínimos y su relación con los servicios esenciales

Los arts. 28.2 CE⁴ y 10.2 RDLRT⁵ disponen que cuando la huelga afecte a servicios públicos o de inaplazable necesidad y concurran especiales circunstancias, se establecerán las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad, siendo este uno de los debates más polémicos en este ámbito, pues es difícil buscar un equilibrio entre el principio de eficacia lesiva del derecho a la huelga y la satisfacción de los servicios esenciales para la comunidad⁶. Esta limitación del derecho de huelga, según ha declarado el Tribunal Constitucional⁷, debe interpretarse de manera restrictiva, pues en ningún caso este límite puede rebasar el contenido esencial del derecho de huelga, hacerlo impracticable, obstruirlo más allá de lo razonable o despojarlo de la necesaria protección.

³ STSJ Canarias, sala social, de 8 de abril de 2002 (Rec. núm. 703/2001).

⁴ Literalmente establece que la ley que regule su ejercicio “establecerá las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad”.

⁵ Real Decreto Ley, de 4 de marzo, sobre Relaciones de Trabajo. Literalmente señala que “cuando la huelga se declare en empresas encargadas de la prestación de cualquier género de servicios públicos o de reconocida e inaplazable necesidad y concurran circunstancias de especial gravedad, la autoridad gubernativa podrá acordar las medidas necesarias para asegurar el funcionamiento de los servicios. El Gobierno, asimismo, podrá adoptar a tales fines las medidas de intervención adecuadas”.

⁶ POTOBSKY, G.V., “La huelga en los servicios públicos esenciales”, *Debate Laboral*, nº 8-9, 1991, p. 90.

⁷ STC 40/1995, de 13 de febrero; 183/2006, de 19 de junio. Esta última indica que “la cuestión planteada es una cuestión de límites de un derecho fundamental, en la que, en la relación entre el derecho y su posible límite, el criterio de interpretación debe ser el de la mayor amplitud posible del derecho y la restricción del límite a lo necesario”.

Concretamente, el artículo 10 RDLRT requiere de dos supuestos fácticos para poder hablar de servicios esenciales de la comunidad. Por una parte, el doble hecho de que la huelga afecte a los servicios públicos o actividades de reconocida e inaplazable necesidad, y, por otro lado, que concurren supuestos de especial gravedad. Ambos elementos deben ponerse en conexión con el concepto constitucional de servicios esenciales, siendo fundamental que se den circunstancias especiales, es decir, no basta así con la calificación del servicio para justificar las medidas limitativas, sino que éstas, en su caso, deben ajustarse a las circunstancias, que deben ser no sólo graves sino de especial gravedad⁸. Además, concurre el conflicto entre el deseo de autogobierno de las fuerzas sindicales, opuestas a estar sometidas a una regulación legal, y la idea de control por parte de los gobiernos, control que se hace más necesario en el sector público, por la importancia de proteger los intereses generales.

2.1. *Concepto de servicios esenciales*

Al igual que en relación con la huelga, no existe tampoco en nuestro ordenamiento jurídico un concepto de servicios esenciales.

En el ámbito internacional tampoco no existe una definición legal de los mismos, siendo el Comité de Libertad Sindical y la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo, quienes han delimitado este concepto. Para el Comité de Libertad Sindical son servicios esenciales aquellos “*cuya interrupción podría poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en toda o parte de la población*”⁹. Así considera que entran dentro de este término aquellos servicios que pueden suponer una restricción importante o incluso la prohibición del ejercicio del derecho de huelga, como los suministros de agua, electricidad, telefonía, servicios hospitalarios o control del tráfico aéreo (aunque en un sentido más amplio también considera servicios esenciales el transporte, educación, servicios bancarios, radio, televisión o fabricación de automóviles), mientras que no serían esenciales aquellos donde no se puede prohibir el ejercicio de aquel derecho.

El Tribunal Constitucional¹⁰ tampoco ha ofrecido una definición clara, sino que remite a los supuestos concretos que vayan exigiendo un pronunciamiento del mismo, es decir,

⁸ STS, sala contencioso-administrativo, de 14 de abril de 2009 (Rec. núm. 6401/2006); STSJ País Vasco, sala contencioso-administrativo, de 27 de abril de 2010, (Rec. núm. 1794/2009).

⁹ Así lo señalan COSCUBIELA I CONESA, J. y FALGUERA I BARÓ, M.A., “El ejercicio del derecho de huelga y los servicios esenciales a la comunidad. Una propuesta de autorregulación”, en AA.VV., *Constitución y Derecho del Trabajo: 1981-1991 (Análisis de diez años de jurisprudencia constitucional)*, Marcial Pons, Madrid, 1992, p. 361; OIT, 1983 B, párrafo 214.

¹⁰ STC 11/1981, de 8 de abril, que literalmente indica que “*en una primera aproximación... la interpretación de esta fórmula tenía que ser necesariamente incorrecta. Es por ello, más adecuado que el*

que se deberá interpretar en cada momento lo que se entiende por los mismos. Así el Tribunal Constitucional ha establecido una “*cláusula general de esencialidad*”¹¹, lo que ha permitido a la autoridad gubernativa un amplio margen de actuación a la hora de declarar los servicios esenciales en caso de huelga. Al ser un concepto tan abstracto se ha llegado a un término más amplio, lo que ha sido criticado por restringir con ello el derecho de huelga. Así pues, conceptualizar un servicio como esencial no es fácil, porque la operación implica sacrificar el derecho de huelga, porque el concepto tiene una dimensión funcional que dificulta su definición apriorística y porque la diferencia entre el servicio esencial y los que vienen siendo las garantías para asegurar su mantenimiento, es decir, los servicios mínimos, es muy sutil¹².

El Tribunal Constitucional ha considerado que el derecho de la comunidad a las prestaciones vitales “*es prioritario respecto del derecho de huelga*”¹³. En este sentido, ha tratado de delimitar el concepto de servicios esenciales, aunque sin llegar a dar un concepto del mismo, al señalar que “*en la medida en que la destinataria y acreedora de tales servicios es la comunidad entera y los servicios son al mismo tiempo esenciales para ella, la huelga no puede imponer el sacrificio de los destinatarios de los servicios esenciales. El derecho de la comunidad a estas prestaciones vitales es prioritario respecto del derecho de huelga*”¹⁴. Como se observa se están priorizando los derechos, bienes y libertades constitucionalmente garantizados sobre el derecho de huelga. Esta concreción del concepto de servicios esenciales está directamente relacionada con la indeterminación de los destinatarios de los servicios esenciales, que son difusos por genéricos, hecho que obliga al juzgado a fijar, en cada caso, lo que ha de considerarse como servicio esencial. Así, el Tribunal Constitucional¹⁵ ha señalado que la esencialidad del servicio viene referida a su aptitud instrumental de ser condición material para el ejercicio y disfrute por parte de los ciudadanos de los derechos y bienes constitucionalmente protegidos. Frente a la crítica del carácter difuso de los sujetos destinatarios de los servicios esenciales es la propia CE la que se refiere a la comunidad en su conjunto como concepto que engloba a todos los ciudadanos, pues todos ellos son

Tribunal vaya haciendo los correspondientes pronunciamientos respecto de cada uno de los supuestos especiales que se pueden plantear en el futuro a través de los correspondientes recursos de amparo”.

¹¹ BAYLOS GRAU, A., “Procedimiento de fijación de los servicios esenciales”, en AA.VV., *El nuevo régimen jurídico de la huelga y de cierre patronal*, CGPJ, Madrid, 1993, p. 88.

¹² PÉREZ DE LOS COBOS, F., “La definición de los servicios esenciales en el Proyecto de ley de huelga”, en AA.VV., *Homenaje al profesor Juan García Abellán*, Universidad de Murcia, Murcia, 1994, p. 295.

BORRAJO DACRUZ, E., “Garantía de servicios esenciales frente al derecho de huelga”, *Actualidad Laboral*, Tomo III, 1990, p. 1074.

¹³ STC 11/1981, de 8 de abril.

¹⁴ STC 53/1986, de 5 de mayo.

¹⁵ STC 26/1981, de 17 de julio; 64/1982, de 4 de noviembre; 51/1986, de 24 de abril.

potenciales beneficiarios de los distintos servicios que con carácter esencial se prestan y son a la vez los beneficiarios de las garantías constitucionales que establece la CE.

Por otro lado, cabe señalar que no debe confundirse servicio esencial con servicio público¹⁶, teniendo mayor relevancia el servicio esencial a nivel constitucional frente al derecho a la huelga¹⁷. Tampoco se puede confundir servicios esenciales con los servicios de seguridad y mantenimiento que hace referencia el artículo 6.7 RDLRT, pues éstos van destinados a garantizar la seguridad de las personas y cosas, mantenimiento de locales, maquinaria, instalaciones, materias primas, etc., que sean necesarios para la posterior reanudación de la actividad y que se ciñen al ámbito de la actividad productiva de los centros de trabajo afectados por la huelga.

Como indica el Tribunal Supremo, *“mediante la fijación de los servicios esenciales se pretende que la actividad productiva continúe limitadamente durante la huelga, mientras que la regulación de los servicios mínimos, aplicable a todas las empresas, aunque no se trate de empresas encargadas de la prestación de servicios esenciales, tiende a posibilitar, además de la seguridad de las personas, que la actividad productiva pueda reanudarse al acabar la huelga. Se destaca, igualmente, lo que compartimos, que los servicios de mantenimiento son sólo los servicios marginales de aseguramiento de la reanudación productiva, como indica el propio término de “mantenimiento” contrapuesto al de “funcionamiento”, con lo que, con la idea de reducción al mínimo, se trata sólo de mantener unos determinados servicios con el fin de evitar daños graves en el patrimonio de la empresa o de las personas”*¹⁸.

Teniendo en cuenta dos puntos de vista, se pueden ofrecer varias definiciones, siendo la primera aquella que relaciona la naturaleza de las actividades que se prestan con las necesidades vitales que son necesarias para la vida de la comunidad, y la segunda la que

¹⁶ SAN, sala social, de 10 de mayo de 2010 (St. núm. 47/2010), que señala *“que la noción de servicios esenciales es material, de manera que no puede identificarse mecánicamente con servicios públicos, ni menos aún, con aquellos prestados por la Administración, ya que ni todos los servicios públicos son esenciales, ni los servicios prestados por particulares quedan excluidos del carácter esencial”*.

¹⁷ STC 8/1982, de 16 de enero, que indica que *“no cabe identificar servicio público con servicio esencial, sin que la esencialidad pueda definirse por el cumplimiento de intereses generales, noción esta última que concurre en todo servicio público. La mera alegación del carácter público o utilidad general del servicio no basta para limitar el derecho de huelga”*.

¹⁸ STS, sala social, de 14 de noviembre de 2012 (Rec. núm. 283/2011), que enjuicia el caso de una empresa dedicada al mantenimiento de ascensores, cuyos trabajadores convocaron una huelga, y la empresa estableció servicios de seguridad y mantenimiento, pero fue tan elevado, que el Tribunal Supremo considera que estos servicios *“ampliaron injustificadamente el límite legal del derecho de huelga, expandiéndolo en términos no previstos por el legislador al servicio de fines no atendidos por éste, y que entran además en colisión directa con el propio contenido del derecho de huelga”*. En términos similares, se pronuncia la STS, sala social, de 18 de abril de 2012 (Rec. núm. 153/2011).

conecta la actividad que se realiza con el resultado que pretende obtenerse con la misma o con los intereses a cuya satisfacción se dedica la prestación que se lleva a cabo. Así se obtiene un concepto amplio que engloba a *“aquellas actividades industriales o mercantiles de las que derivan prestaciones vitales o necesarias para la vida de la comunidad”* valorándose *“el carácter necesario de las prestaciones y su conexión con las atenciones vitales”*¹⁹, es decir, la naturaleza de la actividad que despliega. En un sentido estricto, la esencialidad proviene del resultado que con dicha actividad se pretende, esto es, *“por naturaleza de los intereses a cuya satisfacción la prestación se endereza”*, de forma que *“para que el servicio sea esencial deben ser esenciales los bienes e intereses satisfechos”*, debiendo considerarse como tales *“los derechos fundamentales, las libertades públicas y los bienes constitucionalmente protegidos”*²⁰. De estos dos criterios, el Tribunal Constitucional ha optado por el más restrictivo *“por ser el que mejor concuerda con los principios que inspira la Constitución”*, y el que, según mi parecer, es el que debe seguirse, pues *“un servicio no es esencial tanto por la naturaleza de la actividad que se despliega como el resultado que con dicha actividad se pretende”*²¹, por lo que la esencialidad del servicio no se refiere a la actividad realizada sino a los intereses que dicha actividad satisface y, por tanto, *“sólo serán esenciales aquellas actividades que satisfacen derechos o bienes constitucionalmente protegidos, y en la medida y con la intensidad con que los satisfagan”*²². En principio, ninguna actividad es esencial, sino sólo aquellas en que la satisfacción de los intereses constitucionalmente protegidos, exijan el mantenimiento del servicio. En definitiva, *“antes que determinadas actividades industriales y mercantiles de las que se derivarían prestaciones vitales y necesarias para la vida de la comunidad, la noción de servicio esencial de la comunidad hace referencia a la naturaleza de los intereses a cuya satisfacción la prestación se endereza, entendiendo por tales los derechos fundamentales, las libertades públicas y los bienes constitucionalmente protegidos, con la consecuencia de que a priori ningún tipo de actividad productiva puede ser considerado en sí mismo como esencial. Sólo se da en aquellos casos en que la satisfacción de los mencionados intereses afectados exija el mantenimiento del servicio y en la medida y con la intensidad en que efectivamente lo exija, puesto que los servicios esenciales no son dañados o puestos en peligro por*

¹⁹ STC 26/1981, de 17 de julio.

²⁰ STC 26/1981, de 17 de julio.

²¹ STC 26/1981, de 17 de julio. En el mismo sentido, SSTS, sala social, de 17 de abril de 1997 (Rec. núm. 8688/1994); sala contencioso-administrativo, de 14 de abril de 2009 (Rec. núm. 6401/2006). Esta última considera que constituye un servicio esencial *“el derecho a la educación, en cualquiera de los distintos espacios de edad y circunstancias en que el mismo se puede desarrollar, en este caso en centros de educación especial, educación infantil y educación primaria, puesto que la huelga afectaba a un servicio como el de comedor en aquellos centros, servicio que se constituye a su vez en esencial para en determinadas circunstancias prestar el derecho a la educación”*.

²² STC 51/1986, de 24 de abril.

*cualquier situación de huelga, siendo necesario en cada caso examinar las circunstancias concurrentes en la misma*²³.

Según mi parecer, en primer lugar, debería tenerse en cuenta que el concepto de lo que es esencial para la comunidad, puede ser muy diferente según el individuo de que se trata, pues puede resultar esencial para un miembro, mientras que para otro no, de tal forma que se puede afectar al derecho fundamental de un individuo sin que, por ello, la huelga afecte a servicios esenciales de la comunidad, y a la inversa. Así, cabe tener una concepción restrictiva de lo que es esencial para la comunidad, de tal forma que sería esencial aquél servicio cuya ausencia produciría consecuencias irreparables para la vida, la salud o la seguridad, o bien aquel servicio del cual no se puede prescindir durante un largo tiempo, como puede ser el caso de la huelga de la recogida de basura, la cual, en principio, puede no ser esencial, pero cuando es prolongada en el tiempo y los efectos negativos que puede tener para la salud, sí se convierte en esencial.

En conclusión, el Tribunal Constitucional concibe los servicios esenciales de la comunidad, como límite del derecho de huelga, no tanto por las actividades industriales o mercantiles en que consistan, como por los intereses a cuya satisfacción la prestación se endereza, conectándose con los derechos fundamentales, las libertades públicas y los bienes constitucionalmente protegidos. No es un concepto formal, sino material, es decir, el Tribunal Constitucional²⁴ está a la incidencia del servicio en el ejercicio de los derechos constitucionales y no a la calificación expresa que le haya dado o no el legislador a ese servicio²⁵. De este modo, que una ley califique un servicio como esencial no quiere decir que necesariamente lo sea a efectos de limitar u obstaculizar el derecho a la huelga.

Por su parte, el Tribunal Supremo, siguiendo la doctrina constitucional, también ha tenido ocasión de pronunciarse al respecto. Así, en relación con una huelga convocada en los centros de transfusión sanguínea, el Tribunal Supremo²⁶ manifiesta que “*no puede entenderse urgente en su totalidad y la Administración no ha motivado la necesidad, por agotamiento del banco de sangre existente o por otras circunstancias que hubiera justificado la fijación como esencial del servicio*”. Como se ve, el Tribunal Supremo no niega radicalmente que toda extracción de sangre pueda hacer necesaria la fijación de un programa de servicios mínimos, sino que advierte que en ese caso resultaba necesario, a

²³ STC 8/1992, de 16 de enero. Así lo recogen también las SSTs, sala social, de 12 de diciembre de 2007 (Rec. núm. 25/2007); sala contencioso-administrativo, de 9 de julio de 2012 (Rec. núm. 620/2010). Ésta última considera que el criterio del “*seguimiento de la huelga*” no determina su esencialidad, sino que vulnera el derecho fundamental a la huelga.

²⁴ STC 26/1981, de 17 de julio.

²⁵ STC 183/2006, de 19 de junio.

²⁶ STS, sala social, de 11 de mayo de 2007 (Rec. núm. 1739/2004).

la vista de las circunstancias concurrentes, justificar expresamente por qué se preveía el mantenimiento de las extracciones no urgentes. Así también, en relación con el transporte sanitario, se ha considerado excesiva la prestación del servicio de ambulancias para pacientes que no pudieran utilizar medios alternativos de transporte que no se encontraran en situación de urgencia, pues otra solución “*significa dar preferencia al derecho a la asistencia sanitaria (artículo 43 CE) sobre el derecho de huelga (artículo 28.2 CE)*”²⁷. Asimismo, considera también esencial el servicio de tránsito aéreo, pues su interrupción puede ocasionar graves perjuicios sobre bienes jurídicamente protegidos, como el derecho a la libre circulación, “*así como para la economía nacional, muy vinculada, como es notorio, a la industria del turismo*”²⁸. Sin embargo, en el caso del teléfono no ha considerado como esencial el servicio prestado por el 1003 y 1004 de Telefónica, por considerar que el objeto social de la empresa es el telemarketing, marketing y mercadotécnica, lo cual no participa a priori del carácter de servicio esencial²⁹. Tampoco ha considerado esencial el servicio de mantenimiento y gestión de carritos portaequipajes en aeropuerto³⁰.

2.2. Servicios mínimos como medida para garantizar los servicios esenciales

Cuando una huelga afecta, además de a las dos partes en conflicto, esto es, a empresarios y trabajadores, a una tercera parte neutral, como es la sociedad, la cual es ajena al conflicto, pero sufre sus efectos, se debe, de alguna forma, atenuar los efectos que la huelga puede generar sobre la comunidad. Para ello, se establecen los denominados servicios mínimos con el fin de asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales. Los servicios mínimos vienen establecidos por parte de la autoridad gubernativa, ponderando los intereses en conflicto con el fin de salvaguardar el contenido esencial de

²⁷ STSJ Navarra, sala contencioso-administrativo, de 1 de julio de 2003, (Rec. núm. 693/2003).

²⁸ SAN, sala social, de 10 de mayo de 2010 (St. núm. 47/2010). En términos similares, STS, sala contencioso-administrativo, de 17 de junio de 2011 (Rec. núm. 4481/2010), que señala que las huelgas en el transporte aéreo comportan una grave perturbación para el ejercicio de otros derechos fundamentales, y especialmente “*una paralización de los servicios de asistencia en tierra, más allá de unos mínimos razonables que amparen el derecho constitucional a la huelga, traería unos efectos desproporcionados en los períodos de actividad normal de los aeropuertos que no estaría justificado por los daños irreversibles causados a los pasajeros. Se hace pues necesario dar protección a una serie mínima de vuelos*”. Además, añade que “*la alta participación de la industria turística en el PIB de nuestro país y el hecho de que una parte muy importante de turistas accede y sale de nuestro país por avión, determinan el carácter esencial que concurre en estos servicios de asistencia. Por otro lado, al lucro cesante que la interrupción de la corriente turística supondría para la industria española, hay que añadir el notorio perjuicio que ello también conllevaría para la imagen turística de España, el desvío del turismo hacia otros países competidores en el sector y las dificultades de recuperación de ese turismo en el futuro, al adquirir carácter estable la pérdida de ese turismo desviado*”.

²⁹ STS, sala social, de 12 de marzo de 2007 (Rec. núm. 358/2003).

³⁰ SAN, sala social, de 26 de noviembre de 2012 (Proc. núm. 207/2012).

los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos. Es decir, los servicios mínimos se configuran como la técnica utilizada para proteger los servicios esenciales de la comunidad. El servicio mínimo representa el punto de equilibrio entre el derecho de huelga y los derechos o bienes afectados por la misma³¹, lo cual, no obstante, supone un sacrificio del derecho de huelga de determinados trabajadores, los cuales, no podrán ejercer el derecho de huelga por quedar adscritos a la prestación de los servicios mínimos. Pero, en el caso de que hubiera trabajadores no huelguistas en número suficiente para cubrir los servicios mínimos, dichos trabajadores serían los designados para los mismos, evitando, de esta forma, el sacrificio del derecho de huelga de otros trabajadores que sí desean secundarla.

El Tribunal Constitucional³² define los servicios mínimos como *“la prestación de los trabajos necesarios para la cobertura mínima de los derechos, libertades o bienes que el propio servicio satisface, pero sin llegar a alcanzar el nivel de rendimiento habitual”*. Como se observa, el Tribunal Constitucional proscribe que con los servicios mínimos se deba mantener la normalidad, y para fijarlos se deberá estar en cada caso, y en atención a los intereses en conflicto y a las necesidades que deben satisfacerse, aplicando criterios de proporcionalidad para determinarlos. El Tribunal Supremo también entiende que con los servicios mínimos no se puede pretender alcanzar el rendimiento habitual, pues en un caso de huelga de Televisión Española de 31 de julio de 2007 declaró que *“la calificación en ese caso como servicio mínimo de la producción y emisión de la normal programación informativa ha vulnerado también el derecho de huelga”*³³, y que *“así debe ser considerado porque sólo así resultará visible a la ciudadanía la perturbación que provoca la huelga en la actividad donde es realizada, y sólo así, también, la huelga cumple esa virtualidad que le corresponde”*³⁴.

Tanto el RDLRT como el Tribunal Constitucional han establecido que sea la autoridad gubernativa, por tratarse de una instancia pública imparcial, la encargada de garantizar el ejercicio de los servicios esenciales pues se trata de una actividad jurídica y política. Pero, además, el Tribunal Constitucional³⁵ ha reiterado que debe ser el gobierno, como órgano político, con responsabilidades y potestad de gobierno, y no sólo como órgano administrativo, quien establezca los servicios mínimos. No obstante, en un afán de ampliar el concepto de autoridad gubernativa, además del Gobierno del Estado como tal,

³¹ GÁRATE CASTRO, J., “Derecho de huelga y servicios esenciales”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 75, 1996, p. 20.

³² SSTC 53/1986, de 5 de mayo; 183/2006, de 19 de junio.

³³ STS, sala contencioso-administrativo, de 27 de junio de 2009 (Rec. núm. 161/2007).

³⁴ STS, todas contencioso-administrativo, de 24 de febrero de 2010 (Rec. núm. 1425/2008); y de 8 de abril de 2010 (Rec. núm. 4151/2007). En términos similares se pronuncia en las STS, sala social, de 11 de octubre de 2005 (Rec. núm. 12/2005); de 12 de diciembre de 2005 (Rec. núm. 59/2005).

³⁵ STC 296/2006, de 11 de octubre; 310/2006, de 23 de octubre; 36/2007, de 12 de febrero.

también se ha atribuido esta potestad a las diversas autoridades políticas que tienen este tipo de responsabilidad en otros ámbitos territoriales más reducidos, como las Consejerías en las Comunidades Autónomas³⁶, o los alcaldes en el ámbito local³⁷. Lo que sí se niega es que los órganos meramente administrativos puedan establecer estos servicios mínimos. Así pues, el Tribunal Constitucional señala que el sujeto de atribución no es la Administración Pública, sino aquellos órganos del Estado que ejercen, directamente o por delegación, las potestades de gobierno³⁸.

No obstante, esta potestad atribuida a la autoridad gubernativa para fijar los servicios mínimos ha sido criticada por la doctrina científica³⁹, según la cual deben ser la ley y los tribunales quienes deberían decidir este aspecto, pues dicha facultad ha llevado, en determinados casos, a situaciones extremas, como lo demuestra algún pronunciamiento del Tribunal Supremo⁴⁰ que apoya la decisión empresarial de establecer casi el 100 % de

³⁶ SSTC 53/1986, de 5 de mayo; 33/1981, de 5 de noviembre; 27/1989, de 3 de febrero. Así, la STC 51/1986, de 24 de abril, señala que *“la propia doctrina de este Tribunal ha residenciado en la autoridad gubernativa correspondiente la decisión al respecto y a ella sola toca decidir, sin perjuicio de que pueda remitir la concreta fijación de los servicios e instituciones derivadas de la autonomía colectiva, si se ofrecen garantías suficientes en torno a la efectiva prestación de los servicios o bien pueda hacer suyas las conclusiones, propuestas u ofertas de las propias partes en conflicto. No obstante, permitir la posibilidad de consultas o negociaciones con los huelguistas al respecto es cosa muy distinta de imponer esa misma conducta hasta el punto de provocar la inconstitucionalidad del acto del poder público que, sin recurrir previamente a ella, ha fijado los servicios esenciales. La previa negociación no está excluida, e incluso puede ser deseable, pero no puede ser un requisito indispensable para la validez de la decisión administrativa desde el plano constitucional”*.

³⁷ STS, sala contencioso-administrativo, de 10 de mayo de 1986.

³⁸ SSTC 11/1981, de 8 de abril; 26/1981, de 17 de julio. En el mismo sentido lo reitera la STSJ Galicia, de 2 de marzo de 2007 (Rec. núm. 1/2007), que recuerda la evolución constitucional al respecto e indica que en un primer momento se dijo que era la autoridad *“que ostente las competencias enderezadas a asegurar el buen orden del sector al que pertenece el servicio, está naturalmente llamada de algún modo a participar en la decisión”* (STC 33/1981); posteriormente se ha afirmado que *“la autoridad más apropiada es la que disponga de competencias sobre los servicios afectados pues es la que mejor puede ponderar las necesidades de preservación de los mismos”* (STC 27/1989), y luego se sostiene que *“la autoridad gubernativa con competencias en un determinado servicio es quien mejor puede apreciar si dicho servicio es o no esencial para la comunidad en el sentido de si su eventual paralización afecta o menoscaba intereses y bienes constitucionalmente protegidos, siendo obviamente muy superiores las dificultades que una autoridad sin competencia sobre el servicio puede tener para ponderar lo anterior, y por lo tanto, la competencia sobre el servicio determina la competencia sobre el mínimo de actividad a mantener”* (STC 233/1997).

³⁹ MORENO VIDA, M.N., *La huelga en los servicios esenciales*, Aranzadi, Pamplona, 2007, p. 34.

⁴⁰ STS, sala social, de 25 de junio de 2009 (Rec. núm. 126/2008), que sostiene que *“la decisión empresarial objeto del recurso está amparado por dos resoluciones administrativas que imponen el nivel máximo para las preemergencias y la posibilidad de un 100 % de servicios mínimos en caso de emergencias con riesgo para la vida e integridad física, circunstancia excepcional que a los efectos de riesgo de incendio suponen los días de Semana Santa”*.

trabajadores del servicio de prevención de incendios forestales como servicios mínimos amparado en diversas resoluciones administrativas que establecían el máximo nivel de alerta en esta época del año, pues los servicios mínimos deben ser concebidos como aquéllos que, como mínimo han de prestarse durante la huelga, aunque la actividad de la empresa pueda ser superior a los mismos, en función del seguimiento que tenga entre los trabajadores el llamamiento que les haya sido formulado para el ejercicio del derecho de huelga. Para ello cabe tener en cuenta que, si existen empresas en que pueden programarse todos los servicios y estos se prestan o no en función del ejercicio del derecho de huelga por parte de los trabajadores, en otras una programación de servicios cuya prestación quede al albur de que acudan o no trabajadores en número suficiente para prestarlos puede provocar perjuicios exorbitantes a los usuarios⁴¹. No obstante, no siempre se apoya la decisión empresarial de establecer más servicios de los considerados como mínimos por la autoridad gubernativa, especialmente, cuando se trata del transporte de viajeros⁴².

Asimismo, se ha indicado que si el comité de empresa, ante la comunicación remitida por la empresa sobre los servicios mínimos establecidos, únicamente manifiesta su desacuerdo sin realizar propuestas, legitima al empresario para que éste, de forma unilateral, fije dichos servicios mínimos⁴³, pero se debe acreditar que ha existido un intento de negociación por parte de la empresa, negociación que no equivale a imponer, sino que debe tratar de llegar a un acuerdo con los representantes de los trabajadores⁴⁴. No obstante, debe quedar claro que cuando se trata de la fijación de los servicios mínimos, su establecimiento corresponde a la autoridad laboral en su condición de tercero imparcial, aunque se admite que la empresa complete técnica y funcionalmente las previsiones de la disposición sobre mantenimiento de los servicios esenciales y a ella puede confiarse también su puesta en práctica⁴⁵.

2.3. *Designación de los trabajadores adscritos a los servicios mínimos*

Para la gestión del personal que debe realizar los servicios mínimos, existen dos posibilidades. Por un lado, mantener una prestación atenuada de los servicios esenciales

⁴¹ DURÁN LÓPEZ, F., “Huelga y servicios esenciales”, *Relaciones Laborales*, nº 2, 2010.

⁴² STSJ Asturias, sala de lo social, de 4 de diciembre de 2009 (Recs. núms. 2352/2009, 2353/2009), que consideran que la empresa de autobuses viola el derecho de huelga por establecer más servicios de los mínimos fijados por la autoridad gubernativa de forma totalmente unilateral, sin previa consulta con los representantes de los trabajadores.

⁴³ STSJ Asturias, sala social, de 11 de febrero de 2005 (Rec. núm. 4415/2003).

⁴⁴ STS, sala social, de 11 de octubre de 2005 (Rec. núm. 12/2005). Así lo recoge también la STSJ Cataluña, sala social, de 19 de julio de 2012 (Rec. núm. 2282/2012).

⁴⁵ STSJ Cataluña, sala social, de 5 de junio de 2003 (Rec. núm. 7000/2002). Así lo recoge también la STS, sala social, de 18 de abril de 2012 (Rec. núm. 153/2011); SAN, sala contencioso-administrativo, de 18 de enero de 2010 (Rec. núm. 388/2008).

con parte de los trabajadores, los cuales no podrán ejercer el derecho de huelga, o bien, por otro lado, mantener el funcionamiento normal de las actividades esenciales con todos los trabajadores asignados habitualmente a las mismas, de manera rotatoria, por turnos o en determinadas franjas horarias. Así, respecto a los trabajadores en concreto que deberán prestar los servicios mínimos la doctrina⁴⁶ da la puerta abierta a que sean los trabajadores que no secundan la huelga o bien parte de los trabajadores en huelga, los cuales no podrán negarse a ello. Si se trata de una huelga parcial, se exige que sean los trabajadores no huelguistas los que desempeñan tales servicios mínimos, lo que no significa que pueda exigirse siempre y en todo caso al empresario que excluya de la realización de esos servicios a los trabajadores que deseen secundar la huelga⁴⁷. La selección de estos trabajadores la puede realizar la propia administración o dejarse a la decisión de la empresa, en cuyo caso se convierte en un poder-deber dimanante de la potestad y acto dictado por la administración. Aunque la doctrina científica⁴⁸ y judicial⁴⁹ sostiene que lo lógico sería que fuesen las partes en conflicto las que decidieran los trabajadores que van a cubrir los servicios mínimos, siempre con la intervención subsidiaria de la autoridad. Obviamente, si existen trabajadores que no quieren secundar la huelga, éstos serán los que prestarán los servicios mínimos. Se plantea pues si los trabajadores que deben prestar los servicios mínimos, como trabajadores que no pueden ejercer el derecho de huelga, deberán prestar sus servicios con toda normalidad, sin que puedan prestar sus servicios de forma parcial o defectuosa o es posible aplicar descuentos. Por tanto, se trata de determinar si estos trabajadores asignados a los servicios mínimos recibirán su retribución íntegra sin descuento alguno. Es decir, si el contenido de la prestación laboral de los trabajadores designados para servicios mínimos, debe ser el contenido normal de la misma, sin restricciones derivadas del ejercicio del derecho de huelga.

3. Efectos salariales de la huelga

3.1. *Sobre los trabajadores huelguistas, en general*

Tal y como establece el artículo 6.2 RDLRT, el ejercicio del derecho de huelga legal produce el efecto de suspender el contrato de trabajo con exoneración de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo. Concretamente, dicho precepto señala que “*durante la huelga se entenderá suspendido el contrato de trabajo y el trabajador no tendrá derecho al salario*”. Asimismo, el artículo 45 ET indica que el contrato de trabajo se suspende durante el “*ejercicio del derecho de huelga*”, quedando exoneradas las partes

⁴⁶ STC 123/1990, de 2 de julio.

⁴⁷ STSJ País Vasco, sala social, de 3 de diciembre de 2004 (Proc. núm. 11/2004).

⁴⁸ MORENO VIDA, M.N., *La huelga en los servicios esenciales*, Aranzadi, Pamplona, 2007, p. 37.

⁴⁹ STSJ País Vasco, sala social, de 3 de diciembre de 2004 (Proc. núm. 11/2004), haciendo referencia a las STC 11/1981, de 8 de abril; 66/1983, de 21 de julio; STCT de 5 de mayo de 1986.

“de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo”. Esta formulación tan escueta, no soluciona toda la problemática planteada en torno a los conceptos salariales descontables, la forma de practicar los descuentos, ni su incidencia sobre los días de descanso, ni tampoco la afectación en los supuestos de realización de servicios mínimos.

En el ámbito retributivo, el ejercicio del derecho de huelga conlleva de forma natural la pérdida de la retribución, pérdida proporcional a su duración, que se ejerce sobre el salario base y los complementos salariales. Por tanto, la proporcionalidad es la “clave de bóveda” con el fin de evitar que el ejercicio del derecho suponga sanciones indirectas o encubiertas⁵⁰. Es decir, la privación del salario que conlleva el ejercicio del derecho de huelga no tiene carácter sancionador, pues deriva de la situación de la suspensión de la relación de trabajo en que se sitúa el trabajador en la huelga.

La retribución que el empresario puede detraer por cada día de huelga comprende no sólo el salario de la jornada, esto es, salario base y complementos salariales, sino que también alcanza a ciertos conceptos de salario diferido. En primer lugar, incluye también a la parte proporcional de las pagas extraordinarias, incluidas las de participación en beneficios⁵¹, así como también los incentivos en función del rendimiento o las comisiones por venta⁵². También se descuenta el salario en especie, como los derechos de los trabajadores de Renfe y sus familiares a viajar gratuitamente⁵³. No obstante, la cesión de vivienda no se ve afectada por la suspensión⁵⁴.

En segundo lugar, en cuanto a su incidencia sobre los días festivos, y de descanso, el descuento lo es en correspondencia al período de su duración, tanto la de los días en que les correspondía prestar servicios efectivos como los días de descanso semanal comprendidos dentro del período de huelga, sin que pueda acogerse el argumento de que el derecho al salario del día de descanso coincidente con la jornada de huelga ya se ha generado en un período de trabajo efectivo anterior⁵⁵, así como los días festivos comprendidos dentro del período de huelga⁵⁶, aunque en el convenio colectivo aplicable se prevea que los días festivos trabajados se acumulan a las vacaciones anuales⁵⁷. Es decir, el ejercicio del derecho de huelga repercute en los días festivos anuales, retribuidos y no

⁵⁰ GARCÍA PERROTE, I., *Manual de Derecho del Trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 799.

⁵¹ STS, sala social, de 18 de abril de 1994 (Rec. núm. 2555/1993).

⁵² STCT de 21 de febrero de 1984.

⁵³ STCT de 23 de diciembre de 1987.

⁵⁴ SAN, sala social, de 2 de noviembre de 1989.

⁵⁵ STS, sala social, de 13 de marzo de 2001 (Rec. núm. 3163/2000).

⁵⁶ STS, sala social, de 18 de abril de 1994 (Rec. núm. 2555/1993).

⁵⁷ STS, sala social, de 6 de mayo de 1994 (Rec. núm. 2400/1993); de 18 de marzo de 1996 (Rec. núm. 397/1995).

recuperables, siempre y cuando la huelga comprenda alguno de estos días festivos, ya que la suspensión del contrato de trabajo “*impide que se genere remuneración alguna independientemente de que durante este período le corresponde al partícipe en la huelga trabajar o descansar*”⁵⁸.

De esta forma, se debe descontar la parte proporcional de la retribución de los días de descanso semanal correspondiente a la semana en que se produce la huelga, por lo que la falta de prestación de trabajo como consecuencia de la huelga en todos o algunos días laborales de la semana lleva consigo la pérdida de la parte proporcional del salario que corresponde a los días de descanso semanal⁵⁹. Es por ello que, aun a pesar de reconocer que “*la naturaleza sinalagmática o conmutativa del contrato de trabajo, según la cual la prestación de trabajar y la prestación salarial mantienen una conexión de reciprocidad, es un principio o criterio a tener muy en cuenta en materia de retribución del trabajo, pero no es el único al que debe atenderse*” de modo que al existir una norma jurídica que establece en caso de huelga una regla distinta de esta conmutatividad, impide el devengo de un elemento del salario pendiente de consolidación⁶⁰. Es decir, el salario del descanso semanal se devenga por trabajo realizado en base al criterio de reciprocidad estricta inmediata de la retribución del descanso, lo que significa que se devenga día a día por el trabajo realizado en la semana correspondiente, y también en los supuestos de inactividad considerados legalmente como si de trabajo real o efectivo se tratara⁶¹. En el caso de que se trabaje la semana completa, además, de los salarios diarios correspondientes, tiene derecho el trabajador a la percepción de la cuantía íntegra del descanso semanal que se corresponde a un día y medio de trabajo; se tiene como resultado la percepción correspondiente a siete días de salario⁶².

De cualquier forma, lo que no procede nunca es a descontar el salario proporcional por huelga respecto de los días festivos no comprendidos dentro del período de huelga, ya que su disfrute no está conectado con un tiempo de trabajo precedente, sino con la celebración de acontecimientos de orden religioso o civil⁶³, ni las vacaciones, por aplicación analógica de la regla de cómputo como días de servicio para el cálculo de tal concepto retributivo de las ausencias justificadas al trabajo⁶⁴. Es decir, la huelga no minora, en ningún caso, la retribución de las vacaciones anuales ni su duración. Es decir, cuando se trata de las vacaciones, rige el principio de “*impermeabilidad*”, en virtud del

⁵⁸ STS, sala social, de 13 de marzo de 2001 (Rec. núm. 3163/2000).

⁵⁹ STS, sala social, de 24 de enero de 1994 (Rec. núm. 2653/1992).

⁶⁰ STS, sala social, de 13 de marzo de 2001 (Rec. núm. 3163/2000).

⁶¹ GARCÍA NINET, I., “Retribución del descanso dominical y de las vacaciones”, en AA.VV., *Estudios sobre la ordenación del salario*, Universidad de Valencia, Valencia, 1976, p. 253.

⁶² GARCÍA NINET, I., “Retribución del descanso dominical... *op. cit.*”

⁶³ STS, sala social, de 24 de enero de 1994 (Rec. núm. 2653/1992).

⁶⁴ STS, sala social, de 11 de octubre de 1994 (Rec. núm. 190/1994).

cual este período de descanso anual no se ve afectado por el ejercicio del derecho de huelga, ni en su duración ni en su retribución⁶⁵.

Además, cuando la huelga se desarrolla durante algunas horas del día, los trabajadores con jornada continuada no tienen derecho a cobrar la parte proporcional del tiempo de descanso diario correspondiente a las horas trabajadas, porque las jornadas de esos días dejaron de ser continuadas o ininterrumpidas⁶⁶.

En tercer lugar, a efectos de realizar dicho descuento de forma correcta, se estima que no vulnera el derecho de huelga el establecimiento de un sistema de control para determinar los trabajadores que secundan la huelga⁶⁷. De ahí, que cuando el descuento no se practica a aquellas personas por no poderse acreditar de ninguna forma su secundación, no existe trato desigual en el descuento de salarios practicado con motivo de la huelga⁶⁸. No obstante, se declara nula la conducta empresarial consistente en descontar un determinado concepto salarial a una parte de los trabajadores que secundaron la huelga y no al resto⁶⁹.

En cuarto lugar, debe resaltarse que los efectos económicos de la huelga sobre el trabajador han de limitarse al tiempo proporcional a la duración de la misma, con la consecuencia de que la aplicación de una retención salarial superior a la correspondiente a ésta supone, en cierta forma, aplicar una sanción al trabajador por haber ejercido el derecho de huelga. Así se consideran contrarias al derecho de huelga las denominadas primas antihuelga, es decir, las conectadas con el ejercicio del derecho de huelga, que recompensan la autolimitación a participar en la huelga y se pierden por el mero hecho de la ausencia por huelga, otorgando a ésta un efecto negativo mayor que el derivado del principio de proporcionalidad, que impone no establecer al trabajador huelguista un sacrificio superior al correspondiente a la duración de la huelga. Asimismo, vulnera el derecho de huelga, por infringir el principio de proporcionalidad, la detracción del importe total de los incentivos que el trabajador debe haber percibido correspondientes a una mensualidad, por el hecho de haberse ausentado un sólo día al trabajador para ejercer su derecho de huelga, pues los efectos económicos de la huelga sobre el trabajador se limitan al tiempo proporcional a la duración de la inactividad, lo contrario supone imponer al trabajador una sanción por el ejercicio del derecho de huelga⁷⁰.

⁶⁵ STS, sala social, de 10 de diciembre de 1993 (Rec. núm. 3015/1992); de 24 de enero de 1994 (Rec. núm. 2653/1992).

⁶⁶ STS, sala social, de 8 de marzo de 1996 (Rec. núm. 1735/1995).

⁶⁷ STSJ Andalucía, sala social, de 7 de noviembre de 2002 (Rec. núm. 1613/2002).

⁶⁸ STS, sala social, de 19 de junio de 2013 (Rec. núm. 2937/2012).

⁶⁹ STS, sala social, de 30 de enero de 1997 (Rec. núm. 1642/1996).

⁷⁰ STSJ Madrid, sala social, de 23 de mayo de 2007 (Rec. núm. 1198/2007).

Por el contrario, no resulta contrario a derecho de huelga el cómputo de las ausencias por huelga a efectos del devengo de los conceptos retributivos pactados en convenio colectivo que tienden a evitar el absentismo laboral, condicionando su percepción a que no se produzcan faltas de asistencia o a que no superen un determinado porcentaje, siempre que las faltas de asistencia por huelga no se graven especialmente, quedando diluidas en el cómputo global de ausencias como una causa más⁷¹.

3.2. *Sobre los trabajadores huelguistas adscritos a servicios mínimos*

Habiendo analizado la retribución que corresponde a los trabajadores que secundan la huelga en general durante dicha situación conflictiva, se plantea el vacío legal existente cuando dichos trabajadores son adscritos a la prestación de servicios mínimos, pues durante su realización, el trabajador vuelve a estar prestando servicios, esto es, el contrato deja de estar en suspenso, y con ello las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar, pero con la particularidad de que la prestación del servicio no se realiza durante toda la jornada laboral, sino sólo, durante una parte de ella, concretamente, la establecida por la autoridad como necesaria para prestar el servicio mínimo y de esta forma garantizar los servicios esenciales de la comunidad.

Debe recordarse que una vez fijados los servicios mínimos, la aplicación o ejecución práctica de los mismos y de los concretos trabajadores que deben desempeñarlos, constituye una facultad compartida entre el empresario y el comité de huelga⁷². Asimismo, la designación de los concretos trabajadores que han de mantener los servicios mínimos corresponde a la dirección de la empresa afectada, que incluso puede nombrar a los trabajadores huelguistas o miembros activos del sindicato declarante de la misma siempre que la decisión patronal no sea arbitraria⁷³. Por otra parte, también conviene aclarar que la efectiva realización por los trabajadores de los servicios mínimos que les han sido asignados en modo alguno puede relacionarse con un supuesto aquietamiento tácito, sino, en todo caso, como un cumplimiento de un deber específico de prestación laboral⁷⁴.

Es en estas situaciones, donde hasta ahora, la doctrina judicial apenas se ha pronunciado. Así cabe señalar, por un lado, que en un caso referente a una huelga producida en el sector de ferrocarriles, en cuyo caso, la empresa procedió a retribuir de forma diferente a los trabajadores que habían secundado la huelga y estaban prestando servicios mínimos de los que no habían secundado la huelga, considerando que el tiempo de parada o

⁷¹ STC 189/1993, de 14 de junio.

⁷² STC 11/1981, de 8 de abril; 66/1983, de 21 de julio.

⁷³ STC 123/1990, de 2 de julio.

⁷⁴ STCT de 17 de diciembre de 1992.

intermedio que se produce entre la prestación de un servicio y otro para el caso de los trabajadores huelguistas no es tiempo de trabajo efectivo, mientras que para el de los trabajadores no huelguistas sí lo es. De esta forma, la empresa distinguió a la hora de retribuir durante el día de huelga entre aquellos trabajadores que manifestaron su intención de secundar la huelga, de aquellos que expresamente comunicaron su decisión de no secundar la huelga, estos últimos a los que sí retribuyó el denominado tiempo intermedio del horario a realizar como garantía del servicio esencial mínimo que se consideraba necesario. La sentencia estima que se produce una actuación empresarial no ajustada a Derecho, y discriminatoria por cuanto los trabajadores fueron convocados por la empresa para el desarrollo de los imprescindibles servicios mínimos, en cuyo caso no se procede a la suspensión del contrato de trabajo, con exoneración recíproca de la obligación de trabajar y remunerar dicho trabajo, derivado del ejercicio del derecho de huelga, *“por lo que los trabajadores convocados a la prestación de servicios mínimos tenían derecho a su completa retribución o salario, y si éste se abonó a quienes en igualdad de condiciones tan sólo habían comunicado previamente a la empresa su no adhesión a la huelga, no viendo afectado en ese aspecto suspensivo el contrato laboral, la consecuencia que se imponía era la de retribuir a ambos colectivos de la misma manera, sin efectuar escisión alguna entre el horario fijo, concreto y determinado asignado mediante la comunicación del servicio mínimo”*⁷⁵.

Situación diferente es aquella en la que un trabajador que ha decidido secundar la huelga, no obstante, es designado para prestar los servicios mínimos, pues en este caso, la doctrina judicial ⁷⁶ estima que se debe aplicar el principio de proporcionalidad señalado anteriormente, es decir, que deberán percibir una retribución proporcional a la prestación de servicios realizados con ocasión del servicio mínimo, de forma que si se presta un servicio mínimo correspondiente al 30 %, el empresario puede proceder a descontar el 70 % de las retribuciones de dichos trabajadores, teniendo presente que, además, los servicios mínimos sólo estaban fijados para los trabajadores que quisieran secundar la huelga, de modo que quienes no lo hicieran podían seguir prestando el trabajo en el horario normal, esto es, jornada completa. Por tanto, los trabajadores que habiendo

⁷⁵ STSJ Comunidad Valenciana, sala social, de 21 de mayo de 2004 (Rec. núm. 1030/2004).

⁷⁶ STSJ Comunidad Valenciana, sala social, de 17 de enero de 2018 (Rec. núm. 3537/2017). En el mismo sentido lo entiende la STSJ País Vasco, sala social, de 3 de diciembre de 2004 (Proc. núm. 11/2004). La primera analiza el supuesto de una empresa adjudicataria del servicio de transporte urbano de Alicante, cuyo comité de empresa anuncia convocatoria de huelga indefinida que afectaría al servicio nocturno. La Consejería de Economía establece unos servicios mínimos equivalentes al 30 % del servicio habitual. En cumplimiento de dicha resolución, la empresa estableció el horario en el que se debía prestar el servicio nocturno de transporte –entre las 23.30 y las 2.15h-, siendo el horario normal entre las 23.00 y las 7.15, y procedió a descontar el 70 % de las retribuciones a los trabajadores que secundando la huelga prestaron los servicios mínimos correspondientes al 30 %, esto es, descontó el salario en proporción al % de tiempo de prestación de servicio prestado.

secundado la huelga son llamados para prestar el servicio mínimo, y estando fijado éste en el 30 %, no pueden pretender que se les retribuya la jornada completa de igual modo que aquellos trabajadores que no han secundado la huelga y han prestado servicios durante toda la noche.

Es decir, en estos casos, queda claro que ninguna norma obliga o exige que los servicios mínimos se tengan que cumplir durante toda la jornada laboral ordinaria, sino que los mismos habrán de adecuarse a las necesidades de garantía del servicio esencial de que se trate. *“En modo alguno puede extenderse la consideración de servicio mínimo a períodos en que no existe tal necesidad y tampoco puede entenderse que la empresa tenga obligación de proporcionar trabajo durante la huelga a todos los trabajadores que figuren en la lista de servicios mínimos. Y ello, porque no existe un derecho del trabajador a prestar servicios durante la huelga –nos referimos a los trabajadores huelguistas, ya que los no huelguistas tienen garantizada su jornada y su retribución aunque no presten servicios, por falta de trabajo efectivo–”*⁷⁷. Por ello, si un trabajador se adhiere a la huelga y a pesar de haber sido designado para cubrir los servicios mínimos no realiza tarea alguna por falta de ocupación, carece del derecho a percibir salario alguno, pues solo lo generan los no huelguistas que cumplen su jornada y los huelguistas que por cubrir servicios mínimos se ven obligados a cumplir también esta.

Por otro lado, debe diferenciarse también aquella situación en la que el trabajador es adscrito a la prestación de un servicio mínimo, pero no presta un servicio efectivo, pues a pesar de ello se encuentra a disposición de la empresa, en cuyo caso, no se puede aplicar el descuento de salario. Es decir, cuando un trabajador está asignado a un servicio mínimo, *“aunque durante los mismos no haya trabajo efectivo, se encuentra a disposición de la empresa y por tanto no está en paro, de ahí las órdenes de la Consejería de Empleo y asuntos sociales que impiden a los trabajadores perturbar con paros los servicios mínimos”*⁷⁸. Se estima que en el caso de los trabajadores que secundan la huelga pero son llamados a cubrir los servicios mínimos, no hay suspensión del contrato de trabajo, con exoneración recíproca de la obligación de trabajar y remunerar dicho trabajo, *“derivado del ejercicio del derecho de huelga, sino que la empresa, decide quienes deben formar parte de tales servicios mínimos, y el trabajador concreto afectado por dicha planificación, no llegando en tales casos a suspenderse el contrato de trabajo, por lo que los trabajadores convocados a la prestación de servicios mínimos tienen derecho a su completa retribución o salario, con independencia de que presten trabajo efectivo durante dicho tiempo de servicios mínimos pues en definitiva supone que prestan servicios y están a disposición de la empresa”*⁷⁹.

⁷⁷ STSJ Asturias, sala social, de 9 de junio de 2006 (Rec. núm. 2364/2006).

⁷⁸ STSJ País Vasco, sala social, de 12 de marzo de 2013 (Rec. núm. 108/2013).

⁷⁹ STSJ País Vasco, sala social, de 12 de marzo de 2013 (Rec. núm. 108/2013).

No obstante, en el caso de que se proceda a la convocatoria de una huelga legal, con el consiguiente establecimiento de los servicios mínimos, y tras la misma no se pueda proceder a la reanudación de la actividad de forma inmediata por la necesidad de poner a punto la actividad productiva, la empresa sí asumirá el salario debido a los trabajadores que estando a disposición de la misma no pueden prestar sus servicios por la imposibilidad de reanudación inmediata de la actividad productiva, pues, en este caso, dicha situación sí es imputable a la empresa, en el sentido, de que es la empresa la que debía haber tenido presente dicha incidencia y haber negociado previamente con el comité de huelga la forma de solventar dicho problema de reanudación productiva⁸⁰.

En base a todo ello, considero que en los supuestos en los que los trabajadores que deciden secundar la huelga y son adscritos al servicio mínimo, prestando únicamente sus servicios durante una parte de la jornada laboral ordinaria de la empresa, quedando el resto de la jornada liberados, deben ser retribuidos en función del tiempo de trabajo realizado, pues en estos casos no es aplicable la excepción del artículo 30 ET, ya que la interrupción de la actividad no es imputable al empresario, como se exige en este precepto para la conservación del derecho al salario por imposibilidad de la prestación, sino que queda claro que la huelga es una actuación iniciada por los trabajadores, y especialmente, para aquellos trabajadores que la secundan. El derecho del trabajador a la conservación del salario establecido en el artículo 30 ET está previsto para supuestos de interrupción de actividad por impedimentos imputables al empresario⁸¹. En estos casos es, pues, de plena aplicación, el señalado principio de proporcionalidad, “clave de bóveda” de la huelga. En este sentido, la doctrina constitucional aplica dicho criterio estimando que “*en efecto, el artículo 6.2 RDLey 17/1977 dispone que durante la huelga se entenderá suspendido el contrato de trabajo y el trabajador no tendrá derecho a salario. Los efectos económicos de la huelga sobre el trabajador se quieren limitar así al tiempo proporcional a la duración de la inactividad, con la consecuencia de que la aplicación de una retención salarial superior a la correspondiente a ésta supone imponer al trabajador una sanción por el ejercicio del derecho de huelga, en contra de lo dispuesto en el ap. 1º artículo 6 del referido texto legal y 28.2 CE*”. Por tanto, dicha doctrina debe ser interpretada a sensu contrario y entender que en esos supuestos debe ser retribuido en proporción al tiempo de servicio prestado. No obstante, cuando el trabajador que decide secundar la huelga y es llamado para la prestación de un servicio mínimo, se encuentra con que, debido a las particularidades del servicio, tiene períodos de tiempo en que debe estar prestando el servicio, pero en otros está en descanso pero a disposición del empresario, debe ser retribuido de igual forma que si estuviera prestando sus servicios, pues en estos casos, aunque quede “*liberado*” de su trabajo, no obstante, está a disposición del empresario.

⁸⁰ STSJ Galicia, sala social, de 22 de mayo de 1996 (Rec. núm. 2085/1996).

⁸¹ STS, sala social, de 20 de junio de 1995 (Rec. núm. 2440/1994).

En definitiva, el trabajo desarrollado en servicios mínimos es, por tanto, retribuable en la forma ordinaria, como se retribuiría el mismo trabajo fuera de una situación de huelga, y así se infiere también de la inexistencia en el ordenamiento jurídico de normas retributivas especiales para el período de servicios mínimos, prestado durante una huelga⁸².

4. Bibliografía

BAYLOS GRAU, A., “Procedimiento de fijación de los servicios esenciales”, en AA.VV., *El nuevo régimen jurídico de la huelga y de cierre patronal*, CGPJ, Madrid, 1993.

BORRAJO DACRUZ, E., “Garantía de servicios esenciales frente al derecho de huelga”, *Actualidad Laboral*, Tomo III, 1990.

COSCUBIELA I CONESA, J. y FALGUERA I BARÓ, M.A., “El ejercicio del derecho de huelga y los servicios esenciales a la comunidad. Una propuesta de autorregulación”, en AA.VV., *Constitución y Derecho del Trabajo: 1981-1991 (Análisis de diez años de jurisprudencia constitucional)*, Marcial Pons, Madrid, 1992.

DURÁN LÓPEZ, F., “Huelga y servicios esenciales”, *Relaciones Laborales*, nº 2, 2010 (versión on-line)

GÁRATE CASTRO, J., “Derecho de huelga y servicios esenciales”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 75, 1996.

GARCÍA NINET, I., “Retribución del descanso dominical y de las vacaciones”, en AA.VV., *Estudios sobre la ordenación del salario*, Universidad de Valencia, Valencia, 1976.

GARCÍA NINET, J. I. y BALLESTER PASTOR, I., “El sujeto legitimado para la designación de los servicios mínimos en las huelgas declaradas en servicios considerados esenciales: el título competencial aducido y la deseable imparcialidad de la autoridad gubernativa”, *Aranzadi Social*, vol. V, 1998.

GARCÍA PERROTE, I., *Manual de Derecho del Trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011.

MORENO VIDA, M. N., *La huelga en los servicios esenciales*, Pamplona, Aranzadi, 2007.

⁸² STSJ Asturias, sala social, de 26 de octubre de 1998 (Rec. núm. 541/1997).

PÉREZ DE LOS COBOS, F., “La definición de los servicios esenciales en el Proyecto de ley de huelga”, en AA.VV., *Homenaje al profesor Juan García Abellán*, Universidad de Murcia, Murcia, 1994.

POTOBsky, G.V., “La huelga en los servicios públicos esenciales”, *Debate Laboral*, nº 8-9, 1991.

Fecha recepción: 27.12.2018

Fecha aceptación: 2.7.2019