

Area de Estudios Jurídico Sociolaborales

ESTUDIOS DE LA FUNDACIÓN

2009
DICIEMBRE
17

Reflexiones sobre la
regulación de la huelga en
los servicios esenciales

ANTONIO BAYLOS
Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
de la Universidad de Castilla-La Mancha



Fundación 1º de Mayo | Centro Sindical de Estudios
C/ Arenal, 11. 28013 Madrid. Tel.: 913640601. Fax: 913640838
www.1mayo.ccoo.es | 1mayo@1mayo.ccoo.es

Estudios de la Fundación. ISSN: 1989-4732

En épocas de crisis, el grueso de los debates sobre la regulación de las relaciones laborales se desplaza al área del empleo – con toda su logomaquia en torno a la flexibilización del empleo, el aumento de las condiciones de explotación en el trabajo y la reducción de salarios reales – y, subsidiariamente, al terreno de la norma de empresa, es decir, la forma de establecer reglas vinculantes en este espacio y cómo definir su perímetro organizativo. Las categorías ligadas a la dimensión colectiva de las relaciones de trabajo se reconducen y se conjugan en función de estas coordenadas. Por eso, resulta algo raro que en estos tiempos se dedique un momento de reflexión a las tendencias recientes de regulación del derecho de huelga, planteando algunos interrogantes críticos sobre estas orientaciones y debatiendo ciertas propuestas de regulación en concreto en España. Esto es a lo que se dedicó un seminario de estudios, organizado por el CELDS, instituto de investigación de la UCLM, con el apoyo financiero de la Junta de Comunidades de Castilla La Mancha, en Ciudad Real, el pasado 10 de diciembre de 2009, cuyas conclusiones en lo relativo a la huelga en los servicios esenciales son recogidos en estas notas.

La huelga en los servicios esenciales es uno de los espacios regulados en nuestro país de forma todavía autoritaria, a través de la convalidación por la STC 11/1981 de la capacidad de la autoridad de gobierno de determinar unilateralmente tanto cuándo un servicio puede ser considerado como esencial a efectos de huelga, cómo en lo relativo al servicio mínimo a mantener durante la misma. Ha habido no obstante una cierta evolución de la jurisprudencia constitucional que ha ido perfilando esta actuación del poder público de forma más restrictiva, en oposición a cómo lo había configurado en la jurisprudencia de la década de los ochenta (del siglo pasado). Las últimas sentencias del TC en relación con la huelga general del 2002, han avanzado una doctrina muy interesante sobre la noción del servicio esencial que sin embargo resulta poco conocida, ocupada la gran parte de los intérpretes y de los sindicatos en considerar los márgenes de actuación de la autoridad de gobierno en la determinación del servicio mínimo.

Como experiencias de contraste, resulta interesante comprobar la evolución reciente de la regulación de la huelga en este sector en Francia e Italia, que han conocido regulaciones muy recientes o proyectos de ley al respecto. Pero si estas tendencias deben ser conocidas puesto que, dada la velocidad de circulación de los modelos legales, cobrarán cuerpo más tarde o más temprano en nuestro país, resulta también importante repensar, siempre en el tema de la huelga en los servicios esenciales, propuestas de regulación que vayan disolviendo los parámetros actuales de actuación de la unilateralidad administrativa en la determinación de servicios esenciales y de prestaciones indispensables en caso de huelga, y que desarrollen la intervención colectiva del sindicato a través de fórmulas de autonomía colectiva y de negociación.

Este modo de pensar implica la sustitución del vetusto y anticonstitucional DLRT por una nueva regulación legal que cumpla los requisitos formales del art. 53.2 CE y que en consecuencia sea el desarrollo legislativo prometido y nunca cumplido de nuestro art.28.2 CE. Por eso es natural recuperar los proyectos que se fueron enunciando en 1992-1993, tanto el que provenía de un grupo muy señalado de “expertos” jurídicos que elaboraron un dictamen para las dos grandes confederaciones sindicales, UGT y CCOO, como el que resultó de la negociación política con el grupo parlamentario del PSOE fundamentalmente y que dio lugar a un proyecto de ley que, aprobado por el Senado, no llegó a tiempo a ser aprobado por la convocatoria de elecciones generales en 1993.

Es conveniente explorar ciertas vías de regulación que normalmente no se tienen en cuenta en el panorama español y que sin embargo resultarían posiblemente de interés. Desde este punto de vista, las experiencias – no desarrolladas ni siquiera en sus primeros elementos – del País Vasco y de Galicia, eran interesantes por mostrar un

punto focal diferente al que normalmente se frecuenta, que es el que proviene de un desarrollo legal del art. 28.2 CE a través de una ley de huelga de ámbito estatal. Pese a que a partir de la STC 33/1981 los actos de regulación concreta del derecho de huelga en los servicios esenciales los han llevado a cabo las autoridades políticas de las Comunidades Autónomas, en aplicación de la fórmula habilitante del art. 10.2 DLRT, lo cierto es que el debate se sigue planteando normalmente en el espacio estatal sobre la base de la necesidad de una ley de desarrollo del art. 28.2 que supere el preconstitucional DLRT, depurado por el TC con una interpretación conforme al modelo constitucional de huelga. Ese papel inductor de otras miradas sobre regulaciones alternativas posibles lo han desempeñado en el seminario de Ciudad Real con gran eficacia **Mikel Urrutikoetxea**, de la Universidad de País Vasco, y **Emma Rodríguez**, de la Universidad de Vigo, exponiendo dos modelos posibles de desarrollo centrados en la autonomía colectiva y la fijación por acuerdo de las prestaciones indispensables en caso de huelga. El primero, mediante la recepción del acuerdo en una norma del gobierno autonómico, que incorpora al procedimiento de determinación del servicio mínimo un esquema de negociación colectiva, en un marco que establece los servicios que se consideran esenciales definidos previamente por acuerdo entre los sindicatos y el poder público. El segundo, mediante la utilización del mecanismo de solución autónoma de conflictos, que se aplica a la huelga en los servicios esenciales mediante la pactación de procedimientos de mediación y de medidas de arbitraje para la determinación de las prestaciones indispensables en supuestos de huelga en los llamados servicios esenciales, con arreglo a una cláusula abierta de esencialidad tal como la utiliza la jurisprudencia constitucional. Últimamente, en Cataluña se ha avanzado mucho en un proceso de esta naturaleza, aunque haya fracasado ante muchas circunstancias, la más importante la incomprensión del todavía muy influyente pensamiento centralista en nuestro país. Aunque no haya habido continuidad, estas experiencias son muy interesantes y sirven para el debate de propuestas futuras.

Siempre es arriesgado el comparatismo, pero la circulación de modelos de regulación del derecho de huelga en Europa resulta muy instructivo, ahora que el tema de la acción colectiva se revaloriza tanto en el plano supranacional como en el interior de los estados miembros, ante la exasperación de las consecuencias laborales de la crisis. En general, se aprecia una tendencia muy fuerte hacia construcciones teóricas restrictivas o limitativas de la eficacia de la huelga, en línea con las muy criticadas líneas de interpretación del TJCE en los denostados casos *Viking* y *Laval*. Dejando de lado el modelo anglosajón, que parte de premisas inaceptables para un sistema de reconocimiento constitucional de la huelga como derecho – pero en cuyo desenvolvimiento se encuentra una buena parte de las ideas y sugerencias que dan fundamento a las tendencias legislativas de otros países europeos – la reflexión debe realizarse a partir de las experiencias francesa e italiana, que ya se han examinado en un informe publicado por la Fundación 1 de Mayo.

De las normas analizadas, parece evidente una cierta “homogeneización” de la noción de servicios esenciales como aquellos sectores que hacen posible la realización de derechos ciudadanos constitucionalmente reconocidos a los que la huelga limita o restringe de forma excesiva. Mientras que para la cultura laboralista italiana se trataba de un punto de partida ya aceptado en la propia Ley de 1990, y en España a partir de la jurisprudencia constitucional, en Francia no sucedía así, puesto que no existía una concepción unificadora del servicio esencial en esos términos, lo que parece sin embargo asumido a partir de la Ley del 2007 y la justificación de la misma por tratarse el transporte terrestre de un servicio que realiza el derecho a la libre circulación de personas, la libertad de desplazamiento y la libertad de trabajo y de empresa.

Llama ante todo la atención lo que se puede definir como un proceso de *debilitamiento de la dimensión colectiva del derecho de huelga y su progresiva sustitución por una dimensión individual cumulativa*. Con ello se viene a señalar la importancia que en las experiencias normativas francesas e italianas de la huelga en los servicios esenciales – pero también en la inglesa con carácter general – adquiere el referéndum de los trabajadores convocados como condición de validez de la convocatoria del sindicato y, paralelamente, la exigencia de una notificación previa individualizada por parte del trabajador que va a adherirse a la huelga sin la cual su participación posterior no preavisada al empresario puede ser objeto de sanción por incumplimiento contractual. Esta prescripción de la ley francesa reguladora del derecho de huelga en el sector del transporte terrestre, que en el proyecto de ley italiano se delega en la negociación colectiva, implica en efecto que la dimensión individual del derecho, la facultad de cada trabajador de participar o no en la huelga, que se sitúa en un ámbito no restringido de libertad personal, se somete a una doble operación. De una parte tiene trascendencia sobre la validez de la decisión del sindicato de convocar la huelga, puesto que la suma cumulativa de consensos a la convocatoria es la que legitima ésta, perdiendo por tanto el sindicato la capacidad autónoma de apreciar la conveniencia y oportunidad de la medida a partir de los procesos de decisión que se producen en su interior y con arreglo a los procedimientos que regulan sus estatutos. La adhesión cumulativa de las personas que van a secundar la huelga se antepone al momento justo en el que ésta se debería producir, y se coloca como condicionante de la decisión sindical, ya no como uno de los elementos manejados como medida de la eficacia de la misma. Por otro lado, la decisión de participar en la huelga convocada – que ha sido ratificada por la mayoría o una parte significativa de los trabajadores – se configura como un elemento aislado del proceso de ejercicio colectivo al exigirse que se precise de manera individualizada a través de un preaviso de 48 horas al empresario sin el cual el trabajador incurre en incumplimiento contractual. De esta forma se desvincula el plano colectivo del individual en sentido inverso al que se contempla normalmente, es decir, incumplimientos del sindicato de compromisos pactados en convenios colectivos que no afectan a la vertiente individual de quienes participan en la huelga. En este caso es al revés: la huelga puede ser plenamente legítima desde el plano colectivo de la convocatoria y modalidad elegida, pero sin embargo puede ser objeto de sanción la participación de los trabajadores en la misma si éstos no han procedido a preavisar uno por uno su adhesión a la misma. Este tipo de planteamiento choca sin embargo frontalmente con la construcción jurídica del derecho de huelga hecha por el Tribunal Constitucional español, pero sin duda puede encontrar fervorosos adeptos entre los juristas de empresa que pretendan importar estos elementos de restricción del ejercicio del derecho de huelga.

El segundo punto de cuestionamiento es el que hace referencia al núcleo de la limitación del derecho de huelga en los servicios esenciales, el juicio de ponderación que se debe efectuar entre los derechos afectados o lesionados por el ejercicio de huelga y la limitación consecuente de ésta. Se trata de un procedimiento ya muy tecnificado en la jurisprudencia constitucional - aunque con salidas interpretativas diferentes en muchos casos – pero que parte siempre de una consideración “concreta” del conflicto de derechos a partir, precisamente, del desencadenamiento de la huelga. Es decir, que la manera de enfocar el juicio de ponderación que fundamenta la esencialidad del servicio como forma de garantizar proporcionalmente el ejercicio de derechos fundamentales y bienes constitucionalmente protegidos, incluido desde luego el derecho de huelga, impide un juicio de conjunto sobre la vigencia real y efectiva de los derechos que se preservan en situaciones de huelga. Si se obliga a realizar esta ponderación entre derechos sólo a partir del momento de la incidencia de la huelga sin ninguna otra consideración,

ni siquiera la que pudiera desprenderse de la reivindicación que la huelga quiere poner en práctica, se impide un verdadero “balance” entre los derechos en liza. Se trata de un método sesgado que ni tiene en cuenta la función del derecho de huelga como forma de consolidar y de ampliar derechos de los ciudadanos que trabajan subordinadamente, ni la propia situación en que se encuentran los derechos ciudadanos que se hacen aparecer sólo como fórmulas de limitación de la efectividad de la huelga.

La situación de “normalidad” en el ejercicio de un derecho fundamental y las dificultades u obstáculos para su realización plena debe ser un elemento de referencia que prolongue su influencia cuando se convoca la huelga, y la finalidad de la misma es también relevante para esta composición. Por referirse a hechos bien conocidos, si se produce una situación de continua desprotección de los ciudadanos en el ejercicio de ciertos derechos sociales, con clamorosa infracción por los poderes públicos de sus obligaciones de protección y de facilitación y promoción del acceso de los ciudadanos a los mismos, esta situación de degradación no puede quedarse fuera del juicio de composición entre tales derechos y el derecho de huelga, como tampoco es ajeno al mismo el examen de las reivindicaciones que la huelga pone de relieve, posiblemente funcionales a la mejora del servicio y la mejor satisfacción de los derechos sociales en el sector en conflicto.

Al no connotar la huelga en relación con la organización concreta del servicio y las condiciones de prestación del mismo, y ser la huelga la única forma en la que asoma la “lesión” o el “obstáculo” al derecho ciudadano satisfecho por el que se califica como servicio “esencial a efectos de huelga”, se produce asimismo una transformación de la propia comparación o “balance” entre categorías jurídicas políticas como los derechos fundamentales. La interpretación de lo que deben ser servicios esenciales se reduce entonces a necesidades concretas de usuarios o consumidores de prestaciones de servicios. La huelga altera, sobresalta o dificulta, en función de su modalidad y eficacia, la construcción social y económica de la existencia de cada uno como usuario o consumidor en una “normalidad” productiva y económica determinada. El conflicto es así la única fuente de perturbación o de trastorno de la realidad del consumo y de su utilidad social, puesto que las necesidades sociales se satisfacen fundamentalmente a través de los circuitos del crédito y de la moneda, que se presentan como una continuidad fluida que no debe interrumpirse. Por eso la continuidad del servicio es la base inmutable del juicio de ponderación, y en algunas experiencias normativas comparadas, como la Ley francesa del 2008 que garantiza el derecho de acogida de los alumnos de la escuela infantil y elemental, lo fundamental es garantizar que los padres puedan mantener la normalidad de los horarios inalterados mediante la “recogida” de los estudiantes por los servicios administrativos de los ayuntamientos sin coste privado adicional, no la garantía del derecho de educación de los niños en los casos de huelga de maestros.

En último lugar, se constata desde hace mucho tiempo la especialidad de la organización del servicio en la determinación del alcance del conflicto. Es más actual sin embargo comprobar cómo los cambios en la organización empresarial y la acción combinada de la privatización y la externalización de los servicios “esenciales” no sólo han generado cambios importantes en las formas de acceso a los derechos satisfechos a través de éstos, sino en las formas del conflicto, mucho más “horizontales” o “segregacionales” que los antiguos conflictos “generales”, lo que a su vez induce a un debilitamiento de la solidaridad y de la igualdad como motor del conflicto. En ese sentido, el auge de otras formas de protesta, no reconducibles al concepto de huelga como abandono colectivo y concertado del trabajo es una tendencia creciente que tiene que ver con la eficacia última de la medida de presión en contextos de trabajos más cualificados y posiblemente en mejores condiciones de negociar sus condiciones de trabajo. También,

con carácter general, el desplazamiento indirecto de la eficacia del conflicto del área de la producción al espacio de la comunicación como forma de incidir sobre una opinión pública que se percibe determinante en el éxito o en la aceptación de las reivindicaciones sostenidas mediante la huelga.

El desplazamiento al espacio de la comunicación de una parte de la presión de los trabajadores como condición de eficacia de la misma repercute necesariamente en la práctica sindical, obligándole a “sacar” del ámbito de los lugares de trabajo la efectividad de las medidas adoptadas, o al menos, a “compartir” el lugar del conflicto: del espacio de la producción al espacio de la comunicación. Tradicionalmente este ligamen se hacía a través de la “salida” del conflicto a la calle a través de manifestaciones o las marchas desde los lugares de la empresa a la ciudad en la que se encuentran los centros de decisión económica. En los años 80, la marcha de los mineros de Crimidesa constituyó un hito en su cobertura informativa. Pero ahora el espacio de la comunicación en el que se mueve el movimiento sindical es más complejo. De un lado está totalmente enajenado, no le pertenece y es claramente hostil, en relación con los medios de comunicación clásicos, en su abrumadora mayoría favorables a la dominación económica y social. Pero ha crecido de forma exponencial un cierto espacio de comunicación informal y en alguna medida alternativo, aunque difuso y no concentrado. Por eso es importante reflexionar sobre los medios que proporciona ese “entorno” comunicativo como forma de acceder a la distribución y conocimiento de informaciones “alternativas” a aquellas por las que naturalmente discurre el flujo de información “oficial”. Conviene desarrollar un trabajo específico sobre el sindicato como “red” e “instrumento” de comunicación, y sobre los medios que éste puede utilizar para construir ese “entorno comunicativo” que asegure, extienda y fortalezca la defensa de sus posiciones en el conflicto.

Se aprecian ciertas tendencias a la “escenificación” de las posiciones en conflicto y a la “caricaturización” de las posiciones antagonistas. Una formalización en la que la imagen tiene un peso muy fuerte. En este sentido, la utilización de la técnica del “escrache” que en Latinoamérica se ha empleado ante todo para “señalar” a los verdugos de las dictaduras militares, tiene también aquí una aplicación “laboral”. En nuestro país, la movilización de los trabajadores de **Sintel** en el “Campamento de la esperanza” en plena Castellana, oponiendo su imagen de trabajadores sin empleo en el centro de las finanzas de Madrid, resultó extraordinariamente efectivo. Es una vía que se ha explorado en otras ocasiones, pero que requiere una organización muy compleja y una puesta en tensión de toda la solidaridad sindical posible para que pueda cumplir sus fines de forma completa.

Normalmente, la utilización de formas de expresión del conflicto que implican un daño a los bienes de la empresa, como el sabotaje, pertenece al pasado ludista del movimiento obrero. Pero en algunas huelgas se ha utilizado el sellado de cajeros o de puertas, o el recurso al sabotaje como forma de “cerrar” los centros de trabajo en huelga. Estas acciones suelen llevar aparejado un efecto muy negativo en el plano de la comunicación y de la información, puesto que son aprovechados como manera de mostrar los elementos negativos del conflicto. La repetición en todas las televisiones del país de la caída de una anciana porque durante la huelga de la limpieza del metro se había volcado aceite en los torniquetes de entrada al andén, es un ejemplo de las consecuencias negativas de una acción que daña la imagen de una lucha organizada y constante. Sin embargo recientemente la tendencia a la escenificación del conflicto que se ha señalado se confunde con la necesidad de convertir el mismo en un acto de “retorsión” de la violencia sufrida por los trabajadores ante despidos combatidos. Los secuestros de directivos que se han producido en Francia en este año, irían en esa dirección. Habría que distinguir no obstante estos nuevos secuestros que buscan llamar la atención sobre si-

tuaciones individuales, y la ocupación de la empresa con “retención” de los directivos, como forma de conflicto más ligada al mantenimiento del empleo y de la empresa como proyecto de viabilidad. Otras formas de ganar publicidad del conflicto pueden incorporar acciones clásicas del movimiento pacifista, del tipo huelgas de hambre, encadenamiento a una grúa o a algún otro lugar arriesgado.

El uso de Internet, *Youtube*, blogs, o mensajería móvil se viene empleando ante todo como forma de preparación de movilizaciones masivas: el último ejemplo más interesante es la movilización italiana por el 5 de diciembre como el día de **NO Berlusconi**, y la convocatoria española del día 12 del 12 a las 12 ha seguido también ese camino además del “clásico” de asambleas y reuniones con los trabajadores. Es cada vez más frecuente la apertura de páginas en redes sociales como *facebook* y otras que recogen conflictos concretos de empresas o de trabajadores, o en ocasiones, editar videos en *youtube* aprovechando fragmentos de películas o de serie que se subtítulan o se doblan sobre la base de los hechos acaecidos en el conflicto. Por esta vía se llega también a la utilización de la realidad virtual como forma de exteriorización de un conflicto antes de que éste se efectúe en la realidad. El ejemplo más conocido es la huelga de los empleados de IBM en **Second Life** a través de sus *avatares*, como primer paso antes de emprender una medida de presión clásica. También en ese plano de la expresión del conflicto como pura visibilidad, sin que éste se plasme en repercusiones sobre el trabajo o en la suspensión del mismo, se emplean pegatinas, chapas, o indumentarias especiales y excéntricas como forma de hacer ver a la empresa en primer lugar, que se está en una situación de conflicto, aunque sin llegar a la paralización de la producción.

En algunos supuestos, esta “virtualización” relativa de la presión laboral puede que sea útil porque hay sectores en los que la experiencia de una huelga se ha perdido. Es decir, que es posible que una generación de sindicalistas y de trabajadores no hayan conocido jamás una huelga en su empresa o rama de actividad, y por tanto carezcan de la experiencia concreta de cómo prepararla y mantenerla, más allá de la participación que se les requiere en huelgas generales de un día. Y hay otros sectores nuevos, de trabajo disperso y difuso, en donde la convocatoria de una huelga es algo totalmente nuevo y posiblemente inapropiado en los términos protocolarios o rituales del conflicto en el trabajo industrial. Hay además sectores y trabajadores que se creen – y lo están – especialmente expuestos a las represalias en forma de pérdida de su empleo. En la huelga general del 2002, muchos de los trabajadores precarios no adhirieron a la convocatoria de huelga en sus centros de trabajo porque ello implicaba casi de forma segura – o al menos eso era lo que pensaban – la pérdida del empleo. Sin embargo, muchos de ellos participaron en la manifestación de la tarde de ese día de huelga general, con pleno entusiasmo.

Pero en todo caso, el proyecto sindical de tutela de los derechos de los trabajadores con carácter general debe “procesar” en su trabajo estratégico la necesidad de encontrar formas de lucha y de conflicto apropiadas tanto a los diferentes sectores en liza, con especial atención a las formas del conflicto en un panorama de descentralización productiva y de dispersión de los trabajadores, como en lo relativo a la relación que existe entre dichas formas de presión y las diferentes identidades subjetivas que pueblan el sindicato, en especial, mujeres, jóvenes e inmigrantes como sectores cualitativamente importantes y en donde el sujeto colectivo debe actuar de forma mas intensa para ir suturando el desgarramiento en las condiciones de trabajo y empleo respecto del resto de los trabajadores. En el debate por tanto sobre la acción sindical y la tutela de los derechos, las nuevas formas que ha de adoptar el conflicto para proteger más eficientemente el interés de los trabajadores, deben ocupar un espacio importante de reflexión. ♦