

LA HUELGA EN LOS SERVICIOS ESENCIALES

por el Académico correspondiente de la Real Academia de Ciencias Morales
y Políticas y Académico de Número de la Academia Nacional de Derecho
y Ciencias Sociales de Buenos Aires

Excmo. Sr. D. Juan Carlos CASSAGNE*

LAS TRANSFORMACIONES DEL ESTADO Y EL DERECHO DE HUELGA EN LOS SERVICIOS ESENCIALES

Una de las grandes cuestiones de nuestro tiempo es, sin lugar a dudas, la que ha suscitado la gestación y el posterior desarrollo del proceso que culminó con el reconocimiento, en muchos países, de la huelga en los servicios esenciales.

Este proceso parece haber alcanzado su punto de inflexión y hasta puede pensarse que, al cambiar de sentido, se ha operado, en algunos aspectos, una aproximación hacia las concepciones clásicas del derecho administrativo, cuyos principios dominantes vedaban la procedencia de la huelga en los servicios públicos.

La observación de lo acontecido en el plano de la realidad indica que este cambio de sentido responde, principalmente, a las profundas transformaciones que se han ido operando tanto en el Estado como en el seno de la sociedad, transformaciones que se han visto favorecidas por una correlativa declinación de la etapa ideológica y

* Sesión del día 19 de mayo de 1992.

voluntarista que caracterizó a muchas concepciones que llegaron a ejercer su influencia sobre las políticas económicas y sociales de los gobiernos de turno.

No se puede desconocer que, al renacer ideas que parecieron en su momento desterradas para siempre gracias a la acción del Estado Benefactor, la sociedad de nuestros días está viviendo una época de grandes cambios que, en cierto modo, resultan paradójales bajo la óptica de un mecánico progresismo. Casi de pronto, antiguas instituciones, como la concesión de servicios públicos, han pasado a ser tan novedosas como lo fueron en su tiempo las técnicas que transfirieron al Estado la explotación de los servicios que prestaban los particulares a través de las figuras concesionales clásicas.

A diferencia de lo sucedido en el proceso de estatización y nacionalización de los servicios públicos, la realidad actual nos muestra una operación de signo inverso, desplegada desde la sociedad hacia el Estado. Así, las mutaciones del Estado se hallan en esta época vinculadas con las exigencias reales y concretas, que reclama una sociedad cada vez más informada e influida por la opinión pública antes que por las concepciones ideológicas, cuya declinación ha sido tan grande que ha terminado por sepultar, en muchas partes del mundo, los restos que todavía quedaban del Estado Benefactor.

Se ha producido así un cambio en el eje que mueve toda la maquinaria estatal. La función de éste pasa a tener otra justificación y sentido, ya que en vez de ser el impulsor de las reformas sociales y el principal distribuidor de la riqueza asume una función supletoria, tanto de control como de estímulo, con la idea básica de asegurar y favorecer la iniciativa de los particulares en un régimen de libertad. De ese modo, el Estado Benefactor, sin resignar sus funciones sociales básicas, se ha convertido en un Estado Subsidiario, que procura que la mayor parte de las actividades, incluso algunas de neto corte publicista, que interesan directamente a la comunidad, como los servicios esenciales, sean llevadas a cabo por los particulares, aunque con la reserva de intervenir frente a la insuficiencia de la iniciativa privada.

En ese marco, una de las instituciones que enfrenta una crisis de importancia mayúscula es la de la huelga, particularmente en cuanto gravita sobre aquellos servicios esenciales, cuya prestación resulta necesaria para que la vida de las personas pueda desenvolverse en condiciones que no afecten su subsistencia y libertad. En efecto, al ser la huelga un instrumento prohijado por las concepciones que impulsaron una de las principales vertientes del llamado Estado Social de Derecho o Estado Benefactor, resulta lógicamente inevitable que las transformaciones operadas se reflejen tanto en los ordenamientos positivos como en las técnicas, fórmulas y principios jurídicos que las acompañan.

EL CONCEPTO DE HUELGA Y LA NATURALEZA DEL DERECHO

La huelga ha sido incluida entre los denominados medios de autodefensa o autotutela colectiva¹, cuyo objetivo es lograr la abstención concertada de las prestaciones laborales² por los obligados a ellas en virtud de relaciones jurídicas preexistentes³.

El ejercicio de este poder colectivo implica, como mínimo, una cuota significativa de violencia moral sobre los empresarios o el Estado con el fin de obligarlos a que hagan lugar a los reclamos sindicales. En otros casos, las huelgas se transforman en vehículos de fuerza colocándose fuera del derecho o del ámbito de licitud que prescriben los ordenamientos positivos.

El problema que plantea el reconocimiento del derecho de huelga en los diferentes ordenamientos constitucionales y legales, que asume mayor gravedad cuando se dejan de prestar aquellos servicios de una comunidad determinada, requiere, en primer término, partir de su naturaleza, a fin de poder establecer los justos límites en que corresponde encuadrar su ejercicio.

En el análisis de su naturaleza no importa tanto que se lo conciba como un derecho fundamental constitucionalizado o legalizado ni como un derecho natural. Lo que sí cabe advertir, con independencia de su delimitación constitucional o legal, es que el derecho de huelga no traduce un poder normal u ordinario, sino excepcional⁴, que opera a modo de dispensa o bien, como justificación de una suerte de legítima defensa colectiva. Quizá por esta peculiaridad, en los comienzos de esta

¹ Se ha dicho que «toda referencia a la huelga y a otros medios de acción directa posee como punto real de partida la existencia y utilización —en la realidad de las relaciones económico-sociales que se suscitan en el mundo del trabajo— de los denominados «medios de autodefensa» o de «autotutela colectiva». Se trata de manifestaciones estrechamente vinculadas, a su vez, al surgimiento, a la consolidación, al desarrollo y al reconocimiento de las organizaciones sindicales en las sociedades industriales de nuestro tiempo. Son aquellos comportamientos en que las partes, alterando la paz laboral —y en algunos casos, incluso la normal convivencia social— a través de la persuasión, la disuasión o la presión concertada, dirigidas hacia sus interlocutores sociales, hacia los organismos competentes del Estado y aun ante la opinión pública, pugnan por hacer valer sus pretensiones o reclamos colectivos, sectoriales o globales según el caso, para lograr la aceptación total o parcial de éstos, o bien —en el sector opuesto— para rechazarlos y forzar a su reducción o a su desistimiento, mediante la confrontación por vías de hecho y sin haber instado previamente los procedimientos previstos por el ordenamiento jurídico y destinados al encauzamiento y dilucidación pacífica de las divergencias planteadas, o bien sin aguardar el resultado de aquellos mecanismos, como así también cuando ellos fracasan (cfr. Néstor T. Corte: *Regulación de la huelga en los servicios esenciales*, Buenos Aires, 1991, p. 9).

² Antonio Vázquez Vialard: *Derecho del trabajo y seguridad social*, Buenos Aires, 1978, p. 550, y *Tratado del derecho del trabajo*, T. 5, Cap. XXX, redactado por Enrique Herrera, Buenos Aires, 1989, p. 405.

³ Cfr. Francesco Santoro Passarelli: *Nozioni di Diritto del Lavoro*, Nápoles, 1960, p. 51.

⁴ Anticipamos esta opinión en un trabajo anterior, véase: «La reglamentación del derecho de huelga en los servicios esenciales», publicado en *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Segunda Época*, n.º 28, Buenos Aires, 1991, pp. 220-221.

institución, se la llegó a comparar con el derecho de resistencia a la opresión⁵, aunque la doctrina no alcanzó a bucear en su real naturaleza ni en su rango comparativo con otros derechos.

En cierto modo su ejercicio implica desconocer o negar otras libertades fundamentales del hombre y asignar correlativamente una mayor jerarquía a las libertades sindicales, que se imponen a todas las demás. Por ello, no parece posible concebir a la huelga sólo como producto de la libertad sindical⁶ ni tampoco bajo la óptica de una relación interprivada cuyo fin (en ambos supuestos) sea la protección de los trabajadores, pues tanto su extensión como sus objetivos y formas de ejecución rebasan el plano de las relaciones entre empresarios y trabajadores para ingresar decididamente en el campo de lo público, máxime cuando el empleador resulta ser el propio Estado o se afectan los servicios esenciales, respecto de los cuales no se puede negar que éste cumple una función de garantía.

En efecto, esta calidad pública que posee la huelga se refleja con mayor intensidad cuando se trata de la prestación de servicios esenciales para la población, ya que si el trabajo humano goza —en el plano de los valores— de prelación sobre los demás factores económicos⁷ el Estado no puede tolerar, sin agravio a la justicia, que grupos, sectores o corporaciones abusen de su poder para impedir el trabajo que otros necesitan realizar para subsistir y mejorar sus condiciones de vida.

En ese plano, las huelgas perjudican, directa o indirectamente, a todos los habitantes en su condición de proveedores, usuarios, consumidores, etc., impedidos de trasladarse de un lugar a otro, comunicarse con un semejante o atenderse en un establecimiento sanitario, para citar algunos de los ejemplos más reiterados.

Y esa mirada sobre la faceta pública de la huelga nos muestra la profunda desproporción que existe entre el sacrificio de unos y otros, entre los beneficios individuales o corporativos y los de la sociedad en su conjunto, poniendo en evidencia los graves daños económicos y sociales que provoca un conflicto colectivo, especialmente cuando se interrumpe la continuidad de los servicios públicos.

Lo que se halla en juego entonces es la privación del bien común cuya protección está confiada a los gobernantes. Por eso, en la naturaleza del derecho de huelga ha de verse la de un derecho secundario cuyo ejercicio no implica el ejercicio de una facultad normal derivada de una auténtica y primaria libertad. No configura, pues, un derecho fundamental, ya que no podría concebirse la existencia de un derecho pleno para frustrar las libertades esenciales de las personas. ¿Cuál es entonces la real naturaleza de este derecho? La clave de su sustancia jurídica, evidentemente, consiste

⁵ Arturo Sampay: *La reforma constitucional*, p. 40.

⁶ Juan José Díez Sánchez: *El derecho de huelga de los funcionarios públicos*, Madrid, 1990, p. 65.

⁷ La primacía ha sido remarcada por la doctrina social de la Iglesia (Gaudium et Spes, Cap. III, sección segunda, par. 67).

en concebir a la huelga como un derecho de excepción, un remedio extremo⁸, cuyo fundamento radica en el estado de necesidad que sufren los trabajadores o empleados. Su legitimidad no es de principio sino que irrumpe en el plano del derecho como un instituto jurídico de naturaleza excepcional que los ordenamientos admiten en protección de los trabajadores o asociaciones sindicales, limitando o delimitando el ámbito en que el derecho de huelga puede ser operativo. El ejercicio del derecho de huelga se encuentra, entonces, siempre condicionado o limitado por el bien común que debe marcar, a través de la legislación, la línea divisoria entre su legítimo ejercicio y el abuso del derecho.

Este punto de vista ha sido sostenido, reiteradamente, en las Encíclicas papales, donde se ha sentado la doctrina de que cuando la huelga alcanza a servicios esenciales, la continuidad de éstos ha de asegurarse mediante reglamentaciones adecuadas, ya que si el abuso de este derecho conduce a la paralización de toda la vida socioeconómica, esto resulta contrario al bien común de la sociedad, de cuya naturaleza participa el trabajo mismo⁹.

El carácter excepcional que corresponde atribuir al derecho de huelga se configura así como un medio extremo que tiene como principal límite el orden social que, conforme se ha puntualizado en la reciente Carta Encíclica «*Centésimus Annus*», será tanto más sólido en la medida en que «no oponga el interés individual al de la sociedad en su conjunto, sino que busque más bien los medios de su fructuosa coordinación» (cap. III, punto 25).

Esta postura que tiende a superar las corrientes que, a partir de Kant y Hegel, consideran que el antagonismo o conflicto social constituye un fenómeno lógico y natural de las sociedades humanas que resulta imposible evitar (como la versión marxista del conflicto que pone el acento de la lucha de clases) parece haber alcanzado ahora una adhesión bastante generalizada en los países civilizados. De ahí que en los distintos ordenamientos jurídicos, de un modo especial en el derecho del trabajo y en el derecho administrativo (este último, en lo que le compete) se haya ido produciendo la reformulación de sus principales soluciones y técnicas en un proceso que prosigue incesantemente a través de la ley positiva y los criterios jurisprudenciales.

A su vez, de esta naturaleza excepcional que cabe atribuir al derecho de huelga se desprende una serie de consecuencias que hacen que este poder que conlleva la libertad sindical se encuentre limitado naturalmente en su configuración y en su ejercicio. En su configuración, ya que al haber prevalecido las teorías tendientes a la restricción del núcleo o contenido esencial del derecho, no se reconoce por parte de la doctrina y, en algunas ocasiones por la jurisprudencia, la licitud de las huelgas que

⁸ Esta naturaleza resulta atribuida por la Doctrina Social de la Iglesia (Gaudium et Spes, Cap. III, sección segunda, par. 68 *in fine*).

⁹ Laborem Exercens, párrafo 20, *in fine*.

exceden el marco del interés profesional de los trabajadores en conflicto, como las huelgas políticas y en determinados supuestos las llamadas de solidaridad¹⁰ y menos aún todavía las llamadas huelgas salvajes o revolucionarias, ni las medidas de acción directa que combinan el cese de las tareas laborales con la ocupación coactiva de los establecimientos donde funcionan las empresas¹¹.

En ese camino, el derecho de huelga ha sufrido dos amputaciones más que terminan por reducir y delimitar su ámbito de licitud en dos aspectos de significativa trascendencia que, si bien no serán desarrolladas totalmente aquí, no se pueden dejar de señalar, como muestra de la evolución que se viene operando en esta institución.

La tendencia restrictiva apunta, en primer lugar, de circunscribir la huelga a los supuestos de conflictos de interés excluyendo de su ámbito la solución de conflictos de derecho donde se plantean cuestiones vinculadas a la legalidad de reglamentos o medidas disciplinarias o bien, a la interpretación de convenios colectivos de trabajo.

Como apunta Alonso Olea, una cosa es el conflicto de intereses, que carece de posibilidades de dirimirse por otras consideraciones que no sean de ética, aspectos socioeconómicos y ponderación de los intereses en juego y otra, el conflicto de derecho, que consiente y hasta reclama una solución en derecho estricto a través de la estricta aplicación de la norma¹².

En los conflictos de derechos, la prohibición de la huelga no puede constituir una violación de la libertad sindical tal como lo ha considerado el Comité de Libertad Sindical de la Organización Internacional del Trabajo¹³, pues, en definitiva, se trata de cumplir con uno de los postulados del Estado de Derecho que predica que la función jurisdiccional debe adjudicarse a jueces imparciales o independientes. De lo contrario, salvo los supuestos de mediación o arbitraje, los sindicatos sustituirían a los tribunales judiciales, lo cual conculcaría un principio clásico del derecho natural según el cual no es lícito que alguien sea juez en sus propios asuntos.

¹⁰ Véase Ramírez Bosco: *Derecho de Huelga*, Buenos Aires, 1991, pp. 67 y ss.

¹¹ Los paros, con ocupación de los establecimientos fabriles, han recibido la condena jurisprudencial, habiéndose sostenido que no es una vía autorizada por las leyes, dando lugar a la acción de amparo al lesionar de un modo irreparable el derecho de propiedad y la libertad de trabajo (cfr. CSJN, Caso Kot, de fecha 5-9-58). A su vez, en el caso «Productos Stani», del 15-5-67, la CSJN declaró que el empleo de la violencia resulta incompatible con el respeto de los derechos constitucionales de los ciudadanos y no queda cubierto por la garantía a la huelga del artículo 14 bis de la CN.

¹² Manuel Alonso Olea: *Derecho del Trabajo*, 7.ª ed., Madrid, 1982, p. 654.

¹³ OIT, Conferencia Internacional del Trabajo. Informe sobre *Libertad sindical y negociación colectiva. Estudio general*, p. 77, cit. por Corte, *op. cit.*, p. 57.

LA HUELGA EN LA FUNCIÓN PÚBLICA: LA QUIEBRA DEL MODELO ESTATUTARIO Y LA TENDENCIA CONTRACTUALISTA

El enfrentamiento entre los empleados y la propia Administración Pública de la que aquellos dependían era un conflicto que resultaba inconcebible para las concepciones dominantes durante el siglo XIX, que, en gran parte, continuaron rigiendo hasta después de la segunda guerra mundial¹⁴.

En efecto, si bien antes hubo algunos reconocimientos aislados del derecho de huelga en el ámbito de la función pública el instituto recién adquirió vigencia, en algunos países, a raíz del fenómeno jurídico que se produjo con la incorporación del derecho de huelga en las Constituciones de los Estados¹⁵.

Este «status» constitucional del derecho de huelga y su extensión progresiva al plano de la función pública, a raíz de la declinación del modelo estatutario que regía las relaciones de los empleados públicos, vino a sacudir, en sus entrañas, los principios de jerarquía y unilateralidad en que se fundaba el vínculo jurídico de la relación funcional. Además, en los casos en que la Administración había nacionalizado o estatizado los servicios públicos, el reconocimiento del derecho de huelga entró en directa colisión con dos principios fundamentales del servicio público, como son la continuidad y la regularidad.

A todo ello se sumó la circunstancia de que sectores importantes de trabajadores públicos, particularmente quienes se desempeñaban en las empresas estatales, pasaron a regirse por el derecho laboral, en un proceso que resultó dirigido por el propio Estado, a través de la legislación y de las posiciones asumidas por las empresas públicas en los casos sometidos a conocimiento de los tribunales¹⁶.

Esta situación ha conducido a un sector de la doctrina a propiciar la tesis de la laboralización del empleo público o, al menos, de una aproximación a los principios del derecho del trabajo¹⁷, planteándose así una radical oposición con los principios

¹⁴ José Ramón Parada Vázquez: *Derecho Administrativo*, T. II, Madrid, 1989, pp. 407-410.

¹⁵ Al respecto se ha dicho que «una segunda fase se inicia en las Constituciones que se promulgan en Francia, Italia y Alemania después de la Segunda Guerra Mundial, y que al reconocer con carácter general los derechos de sindicación y huelga provocarán implícitamente, el reconocimiento al menos del primero para los funcionarios. Pero en ningún caso puede decirse que el derecho sindical entendido en sentido amplio, es decir, con toda su cohorte de derechos colectivos (participación, negociación colectiva y huelga) haya conseguido alcanzar en la función pública el mismo grado de desarrollo del sector privado. De aquí que debamos interrogarnos sobre cuáles deben ser sus contenidos mínimos o básicos en un sistema político de democracia formal» (cfr. José Ramón Parada Vázquez, *op. cit.*, T. II, p. 409).

¹⁶ Entre nosotros, la ley 13.653 de Empresas del Estado prescribía que, para sus actividades específicas, cada empresa se regía por el derecho privado (art. 1.º); en la jurisprudencia ha prevalecido el criterio según el cual, se considera que la relación es de empleo o función pública cuando el agente pertenece a los cuadros directivos de la empresa, cumpliendo funciones de dirección, gobierno, responsabilidad o conducción ejecutiva. En caso contrario, la vinculación se rige por el derecho laboral («Etcheverry c/Aerolíneas Argentinas», Fallos de la CSJN, T. 247, p. 363).

¹⁷ Juan José Díez Sánchez: *El derecho de huelga de los funcionarios públicos*, Madrid, 1990, p. 29.

del derecho administrativo que disciplinan la función pública. Sin embargo, este proceso no alcanzó a plasmarse definitivamente en la legislación, quizá porque hubiera conducido a un camino sin salida.

Pero la crisis del modelo estatutario no implica la transformación de la relación de empleo público por un vínculo propio del derecho laboral, como si el estatuto funcionarial fuera el único marco posible para regir las relaciones jurídicas y el único justificativo del poder de supremacía que posee la Administración sobre sus empleados.

En efecto, fuera del supuesto de las regulaciones legislativas que comprenden a los trabajadores de las empresas estatales, en el resto de la Administración, ya sea en la Central o Descentralizada, la figura del contrato administrativo¹⁸, con poderes exorbitantes a favor de los órganos jerárquicos y un poder reglamentario que lo complementa, es la que mejor explica, sobre la base de la bilateralidad de la relación, no sólo el funcionamiento de todo el bloque de preceptos y principios del derecho administrativo, sino también el reconocimiento del fenómeno de la sindicalización y del derecho de huelga.

No se justifica, entonces, acudir a la tesis de la laboralización para explicar este fenómeno que, por otro lado, jamás podrá resistir el embate y la invasión de la legislación administrativa que inexorablemente ha de acompañar la admisión del derecho de huelga, en virtud de su necesaria armonización con otros derechos privados y, sobre todo, con el interés público.

De otra parte, tampoco la sindicalización y los consecuentes mecanismos de negociación colectiva traducen necesariamente la asimilación plena al derecho laboral ni la resignación del poder público al quedar circunscriptos, especialmente en el plano económico financiero, al campo de las propuestas no vinculantes que, en definitiva, deben ser aprobadas por el Parlamento, en ejercicio de sus competencias presupuestarias.

CONTINUACIÓN. LAS REGLAS DEL SERVICIO PÚBLICO. LA FUERZA EXPANSIVA DEL PRINCIPIO DE CONTINUIDAD

El reconocimiento del derecho de huelga en los servicios públicos choca con dos principios jurídicos típicos de esta institución, que integran su régimen exorbitante, generando una tensión conflictiva, que provoca la necesidad de su delimitación, por vía legal o reglamentaria, con el objeto de prefigurar un ámbito de licitud para admitir su procedencia y hacer compatible su ejercicio con los intereses de la comunidad.

¹⁸ Miguel S. Marienhoff, *op. cit.*, T. III-B, Buenos Aires, 1983, pp. 195 y ss.

De ese modo, los principios que hacen a la continuidad y a la regularidad del servicio público¹⁹, mantienen relativamente su vigencia y los Estados se orientan cada vez más, a través de las Administraciones Pública, hacia la protección efectiva de los derechos de los usuarios. Esta situación, que refleja actualmente la preocupación estatal, es producto de las transformaciones ocurridas a raíz de la recepción del derecho de huelga en los sistemas jurídicos, ya que, con antelación a este reconocimiento, aquellos principios propios del servicio público regían en forma absoluta²⁰.

Se ha dicho que el fundamento de la continuidad y de la regularidad encuentra apoyo «en tres exigencias básicas» relativas a la necesidad social, la economía social y la propia existencia del Estado, que imponen estas exigencias de prestación ininterrumpida²¹.

En el estado actual de la cuestión ya no puede hablarse de la decadencia, sino de una adaptación y extensión, a la vez, del principio de continuidad en los servicios públicos. Se advierte así que el progresivo crecimiento de derecho laboral no ha podido quebrar las últimas defensas del derecho administrativo, cuyos principios generales, si bien con regulaciones más apropiadas a la época, han vuelto a cobrar vigencia.

En realidad, los grandes males sociales que han venido provocando las huelgas en los servicios públicos, condujeron primero a un renacimiento del principio de continuidad, para pasar, en una segunda etapa, a expandirse hacia otras actividades de interés público que, en muchos países, no cabe incluirlas dentro del concepto de servicio público (v.g. la enseñanza).

Esta fuerza expansiva del principio de continuidad termina por extenderse a la regulación de una serie de actividades de interés general distintas a los servicios públicos tradicionalmente considerados. Nace entonces una nueva categoría: los servicios esenciales.

LA CONFIGURACIÓN DE UN NUEVO CONCEPTO: LOS SERVICIOS ESENCIALES

Si el derecho termina siempre por acomodarse a la realidad social este axioma ha tenido una aplicación virtual y constante en el ámbito jurídico regulatorio de las huelgas que afectan los servicios o actividades que ponen en peligro la salud, la libertad o la vida de la población.

¹⁹ Antonio Martínez Marín: *El buen funcionamiento de los servicios públicos*, Madrid, Ed. Tecnos, 1990, pp. 23 y ss.

²⁰ *Vid.* Maurice Hauriou: *Droit Administratif*, París, 1921, pp. 27 y ss.

²¹ Ampliar en Antonio Martínez Marín, *op. cit.*, pp. 74 y ss.

El derecho laboral, con sus tendencias proclives a la extensión de los criterios estrictamente contractualistas y a la afirmación de los principios más favorables al trabajador (v.g. «in dubio pro operario») logró, en muchos países, irrumpir en campos reservados anteriormente al derecho administrativo, donde no se concebía la huelga en los servicios públicos. El avance fue espectacular y así de la sindicalización de los agentes públicos y la realización de convenciones colectivas en dicho sector se pasó al reconocimiento de la huelga tanto en el ámbito de la función pública como en los servicios públicos, ya fueran éstos prestados por particulares o empresas estatales. De esta manera, los conflictos sociales se agudizaron amenazando hasta la propia subsistencia de la población.

Este proceso, que miraba más hacia la relación entre el trabajador y el Estado o concesionario empleador, no tenía en cuenta, sin embargo, la posición del otro extremo de la relación representada por el usuario de los servicios o, simplemente, la del mero habitante, cuyos intereses resultaban notoriamente desprotegidos, no obstante ser el motivo fundamental que determinaba la intervención estatal.

Y en este cuadro evolutivo de las instituciones jurídicas la configuración del concepto de servicios esenciales desempeña uno de los papeles centrales del nuevo sistema, permitiendo que el Estado haga efectiva su función de garantía.

En efecto, era evidente que la noción de servicio público resultaba, al menos en la concepción postulada por gran parte de la doctrina y jurisprudencia nacional y comparada, insuficiente para captar ciertas actividades de titularidad privada (v.g. enseñanza, refinación de petróleo, etc.), cuyas prestaciones son, sin embargo, esenciales para la continuidad.

De otra parte, ciertas funciones públicas —que no constituyen servicios públicos en sentido estricto— como la justicia, requerían también ser incluidas por idéntica «ratio» en el concepto de servicio esencial.

Por ello, las relaciones entre el servicio público y el servicio esencial no son de género y especie²². En rigor, son conceptos que operan en planos distintos, ya que la noción de servicio esencial, aunque abarca los servicios públicos tradicionales, es más amplia y comprende también actividades de titularidad privada, donde no se ha operado la «publicatio». La principal consecuencia que produce la incorporación de este «concepto jurídico indeterminado» al ordenamiento consiste, a nuestro juicio, en el hecho de provocar una mutación en las condiciones que se requieren para el nacimiento y el ejercicio del derecho de huelga, que pasa a convertirse en un poder aún más relativizado y excepcional, a raíz de su delimitación constitucional o legal. Así, en el ámbito de los servicios esenciales, no corresponde concebir al derecho de huelga como un derecho fundamental (ni tampoco como un derecho natural y preconstitucional), sino como un derecho delimitado que nace de la norma que le fija su contenido, fuera de la cual carece de protección jurídica.

²² Juan José Díez Sánchez, *ob. cit.*, p. 109.

En esta línea, los ordenamientos más avanzados y recientes, como los de Italia y Argentina, que han procedido a regular las huelgas en los servicios esenciales, lo han hecho, en el caso argentino, mediante un sistema que combina el criterio de tasar las actividades incluidas en la fórmula jurídica con una delegación a favor de la autoridad de aplicación para determinar los casos no configurados legalmente²³, mientras que el legislador italiano ha preferido una enunciación positiva más amplia, donde al contemplarse expresamente todos los supuestos posibles²⁴ la delegación hubiera carecido de sentido.

En España, el concepto de servicio esencial que prescribe el artículo 28.2 de la CE actúa como una suerte de cláusula general, que permite, en realidad, delimitar el derecho de huelga aun cuando la falta de formulación legislativa-constitucional del referido concepto conduzca necesariamente a que la cuestión sea definida por los jueces²⁵.

Esta doctrina constitucional aparece reiterada más tarde en la STC 51/1986, conforme a la cual, al definirse los servicios esenciales «de manera no sustantiva, sino en atención al estado por ellos perseguido, la consecuencia es que, *a priori, por sí, no pueda ser considerada como esencial. Sólo lo serán aquellas que satisfacen derechos o bienes constitucionalmente protegidos, y en la medida y con la intensidad con que los satisfagan*».

Se ha dicho que «la noción, pues, asumida constitucionalmente se identifica con aquella *acepción amplia* que doctrinalmente comprende todas aquellas actividades orientadas a procurar las necesidades de la población relacionadas con los derechos fundamentales de los ciudadanos, aun cuando las mismas no tuvieran el carácter de inaplazables o ininterrumpibles»²⁶.

El inconveniente mayor que se ha apuntado acerca del sistema español consiste en la imposibilidad de establecer a priori «los diferentes sectores o actividades cuyo mantenimiento debe garantizarse...»²⁷ conforme al concepto constitucional y a la doctrina elaborada por la jurisprudencia, además de la carencia de una regulación orientada a proteger, en primer lugar y con rango preminente los derechos de los usuarios y habitantes, en general, frente al ejercicio irrestricto de los poderes que los

²³ Art. 1.º del Decreto 2184/90.

²⁴ Ley n.º 146 del 12 de junio de 1990, art. 1.º

²⁵ Manuel Alonso Olea: *Derecho de Trabajo*, p. 597, entiende que los servicios esenciales son aquellos que satisfacen necesidades de la población conectadas con los derechos fundamentales de los ciudadanos.

²⁶ Juan José Díez Sánchez, *op. cit.*, p. 104.

²⁷ Juan José Díez Sánchez, *op. cit.*, p. 105.

sindicatos despliegan al utilizar medidas colectivas que paralizan actividades que son esenciales para la población.

Recientemente, la sentencia 8/1992 de la Sala Primera del Tribunal Constitucional ha revelado las grietas que exhibe el sistema español al declarar la nulidad de un fallo de la Sala Quinta del Tribunal Supremo que se había pronunciado a favor de la legalidad del Real Decreto 518/1987 —sobre prestación de servicios mínimos por «Unión Eléctrica Fenosa, Sociedad Anónima», considerando que no era violatorio de la cláusula general acuñada en el artículo 28.2 de la CE.

En este caso, el Tribunal Constitucional anuló el Real Decreto 518/1987 por fundamentos diferentes. En lo que aquí nos interesa, hay en la sentencia del Tribunal Constitucional un doble juego de consideraciones. En primer término, señala que: «Al equiparar servicio público con servicio esencial tanto el Real Decreto como la sentencia impugnados vulneran el artículo 28.2 de la Constitución. La jurisprudencia ha elaborado un concepto muy elástico de servicio esencial, optando por un sistema de cláusula general y no por un sistema de listas. Por lo que no cabe realizar un juicio previo sobre la esencialidad de una actividad productiva o de servicios determinada; de hacerse así todos los sectores de la producción, salvo excepciones, serían esenciales». En segundo lugar, la sentencia del Tribunal Constitucional apunta a la circunstancia de que la definición que sobre los servicios esenciales ha efectuado en pronunciamientos anteriores se inclina por caracterizarlos «no por las propias necesidades del servicio, sino por los derechos fundamentales, libertades públicas y bienes constitucionalmente protegidos». Es evidente que el meollo de la tesis del Tribunal —formulada como Ponente por el Magistrado Jesús Leguina Villa— consiste en rechazar que el concepto de servicio público pueda habilitar la imposición de restricciones sobre el derecho de huelga sosteniendo 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 de utilidad general del servicio no basta para limitar el derecho de huelga».

Sin embargo, si la principal consecuencia que se desprende del fallo del Tribunal Constitucional es la imposibilidad de que el ordenamiento establezca a priori cuáles son los servicios esenciales, esa línea interpretativa —según nos parece— rebasa el precepto constitucional que sólo preceptúa el principio del mantenimiento de dichos servicios, pero que, de ningún modo, veda el legislador o al poder administrador, la determinación previa y genérica de la configuración de determinadas actividades como servicios esenciales. En este punto, el criterio del Tribunal Constitucional implica una interpretación que lejos de tornar operativo aquel principio le cierra posibilidades para su aplicación efectiva a través de la legislación o reglamentación y, en el fondo, asigna prevalencia al derecho de huelga sobre el interés social o colectivo que representan los usuarios, en una tendencia contraria a la que exhibe la legislación comparada más reciente.

Desde otro punto de vista, el Real Decreto impugnado no asimila el servicio público al servicio esencial, sino que afirma que corresponde incluir en este último concepto la tradicional categoría del servicio público, en concordancia con un sector de la doctrina²⁸.

UNA NUEVA CATEGORÍA JURÍDICA: LOS SERVICIOS MÍNIMOS

En diferentes ordenamientos se ha planteado, desde sus orígenes, el problema de ubicar el derecho de huelga en sus justos límites para hacerlo de algún modo compatible con los derechos de los usuarios de los servicios, cuyo rango superior es, precisamente, el que viene a justificar el hecho de la imposición del deber de prestar unos determinados servicios mínimos y aun de solucionar el conflicto a través del procedimiento del arbitraje obligatorio.

Es evidente que la sola institución de esta técnica, que tiende directamente a garantizar las libertades de la población, constituye otro elemento de la regulación pública de las huelgas que afectan aquellas prestaciones indispensables de las que los ciudadanos no pueden ser privados sin grave daño a su subsistencia, salud, libertad o seguridad.

Sobre la configuración del concepto de servicios mínimo, se ha entendido que se trata de «la prestación de los trabajos necesarios para la cobertura mínima de los derechos, libertades o bienes que el propio servicio satisface, pero sin alcanzar el nivel de rendimiento habitual»²⁹.

El concepto se vincula, sin embargo, con la idea de prestaciones indispensables³⁰ que pueden ser mínimas o máximas, según el grado del interés comunitario afectado. Esto último puede apreciarse con ciertas prestaciones como, por ejemplo, el servicio de electricidad o provisión de agua potable, donde resulta difícil determinar el grado mínimo de atención de las necesidades de los usuarios y en particular, respecto de aquellas actividades en las que la interrupción del suministro por muchas horas ocasiona daños de tal gravedad que su reparación ulterior se torna excesivamente onerosa (v. gr. industrias electrointensivas).

²⁸ El primer considerando del Real Decreto prescribe que: «El servicio público de suministro de energía eléctrica es de carácter esencial para los intereses generales y, por consiguiente, no puede ser interrumpido por el ejercicio del derecho de huelga», en la doctrina, véase Antonio Martínez Marín, *op. cit.*, p. 148.

²⁹ En España, así aparecen definidos en la STC 53/86.

³⁰ Por las razones que damos en el texto nos parece más adecuado el concepto de «servicios indispensables» que utiliza la ley italiana n.º 146 del 12 de junio de 1990, pues brinda una idea más acorde con el sentido y finalidad de esta técnica restrictiva del derecho de huelga.

No parece que la determinación de los servicios mínimos sea imposible hacerla «a priori», como lo sostiene un sector de la doctrina³¹ y de la jurisprudencia, pues, aparte que ello cierra el camino a la autorregulación, la cual, si es adecuada, posee una ejemplaridad mayor, no resulta imposible conocer de antemano el grado de repercusión directa que la interrupción de un servicio puede ocasionar en los intereses de la comunidad (por ejemplo, en el caso del transporte, los días y horarios de mayor flujo de pasajeros).

En definitiva, el acto que determina las prestaciones indispensables que debe recibir la población no ha de interpretarse en forma restrictiva³²; así lo imponen las reglas de la lógica, pues por el principio de no contradicción no es posible admitir que una fórmula jurídica que restrinja radicalmente el derecho de huelga en los servicios esenciales deba interpretarse en forma contraria a la propia y finalidad de la restricción, que no tiende a favorecer el ejercicio del derecho de huelga, sino a delimitarlo, ya que fuera de ese marco no se configura el respectivo derecho (pues hay ilicitud).

LA DETERMINACIÓN DE LOS SERVICIOS MÍNIMOS: DISTINTOS SISTEMAS

Un punto de trascendencia es el relativo a quien determina o configura los servicios mínimos que deben prestarse durante los conflictos colectivos que impliquen la adopción de medidas de acción directa sobre los servicios esenciales.

En este aspecto, los diferentes sistemas del derecho comparado han ido sufriendo variaciones impuestas por la realidad económico-social de cada país, cuyas exigencias los han llevado a establecer desde sistemas de autorregulación o de determinación por la autoridad gubernativa, hasta fórmulas mixtas, como las empleadas en las reciente legislaciones italiana y argentina.

³¹ Cfr. Juan José Díez Sánchez, *op. cit.*, p. 114.

³² El Tribunal Constitucional Español ha sostenido el principio contrario y ha dicho al respecto que: «Se trata de fijar el programa de servicios mínimos con un criterio restrictivo pues en el propio artículo 28.2 de la Constitución se utiliza la expresión mantenimiento, que dista de equivaler lingüísticamente a desarrollo regular del servicio. El criterio restrictivo, favorable al ejercicio del derecho de huelga, ha de tener en cuenta que ésta ha de mantener una capacidad de presión suficiente como para lograr sus objetivos frente a la Empresa, en principio destinataria de la medida del conflicto, pero no debe serle añadida la presión adicional del daño innecesario que sufre la propia comunidad.»

CONCLUSIONES

La demarcación de los límites entre el derecho laboral y el derecho administrativo no siempre permite —por la movilidad propia de estas disciplinas— fijar de un modo preciso y definitivo los hitos que dividen las fronteras entre una y otra, apareciendo así muchas instituciones regladas, en forma conjunta, por elementos públicos y privados. Lo acontecido con el derecho de huelga en los servicios esenciales confirma esta tendencia, particularmente en aquellos ordenamientos que se han orientado hacia su regulación legislativa.

Esta tesis mixta que exhibe la regulación del derecho de huelga en estos servicios viene a resumir, en sus grandes líneas, la evolución operada en esta institución y permite vislumbrar lo que puede ocurrir en el futuro.

Si en sus orígenes la huelga apareció como una medida de presión, justificada por el estado de necesidad, pronto llegó a convertirse en un formidable instrumento de la acción de las asociaciones sindicales que ha terminado por volverse, en muchos casos, en contra de los propios trabajadores.

Al haber adquirido naturaleza de derecho constitucional y atribuirle, en algunos ordenamientos, una condición jurídica similar a la que poseen los derechos fundamentales, la huelga dejó de concebirse como un remedio extremo y excepcional para transformarse en un derecho ordinario y normal, desnaturalizándose sus caracteres y extendiéndose luego a la función pública, a los servicios públicos y demás servicios esenciales.

Esta invasión sobre campos que se hallaban antes regulados por los principios del derecho administrativo generó una profunda colisión social de la que recién ahora se ha comenzado a salir, como consecuencia de haberse advertido la jerarquía superior que poseen los derechos vinculados con las libertades básicas de los usuarios y la necesidad de una consecuente regulación exigida por el conjunto de la sociedad.

A partir de allí el principio de la continuidad de los servicios públicos, vigente aún hoy en Francia, junto al del mantenimiento de los servicios esenciales o indispensables, como es el caso de España, Italia y Argentina, cobraron otra dimensión a raíz de las nuevas tendencias, articulándose dentro de un sistema garantístico de aquellas libertades.

Hay que advertir, por de pronto, que no se puede desconocer que las huelgas dañan profundamente el tejido social y económico de la sociedad afectando las relaciones entre productores y servicios, alteran significativamente las reglas de la economía de mercado, ya que la libertad que presupone la ley de la oferta y la demanda aparece sustituida por mecanismos coactivos o de presión sindical, susceptibles de provocar la escasez de bienes y servicios vitales para una comunidad.

En este proceso, el derecho administrativo cumple un nuevo papel, pues ha

dejado de ser el instrumento exclusivo que regía esta clase de relaciones para asumir la función de compensar los avances producidos por la irrupción de las medidas de acción directa en los servicios esenciales. Este fenómeno, motivado por el «status» constitucional o meramente legal que llegó a adquirir el derecho de huelga, provocó, como contrapartida, el nacimiento de nuevas fórmulas jurídicas —tanto sustantivas como adjetivas— que conforman un sistema *ius publicista* regulatorio de las huelgas en dichos servicios.

Una de esas nuevas fórmulas jurídicas es la figura de los servicios esenciales o indispensables, figura que si bien traduce la aplicación de regulaciones sobre un ámbito espacial más extenso que el configurado por la noción clásica de servicio público, implica la admisión de un margen para el ejercicio del derecho de huelga, cuya titularidad no es rechazada «per se», sino que aparece delimitada y hasta resulta objeto de conversión, por aplicación del principio del sacrificio compartido entre los trabajadores y los usuarios. Y para permitir ejercer el derecho de huelga, en ese espacio, por cierto ya reducido por la delimitación legal, se llega a sacrificar hasta la regularidad del servicio a cambio del mantenimiento de determinadas prestaciones indispensables.

Tal es la justificación de las técnicas que se inspiran en la finalidad de proteger los intereses de la población y asegurar la vigencia de las leyes del mercado, estableciéndose preceptivamente o en forma inducida procedimientos de prevención y reconciliación de los intereses en pugna en los conflictos colectivos que recaen sobre los servicios esenciales junto a la fórmula de los servicios mínimos.

La configuración de este concepto jurídico constituye una pieza clave en los sistemas comparados modernos y contrariamente a lo que alguna doctrina supone, lejos de implicar la menor restricción posible al ejercicio del derecho de huelga³³, tiende a asegurar la prestación de aquellos servicios que no pueden dejar de prestarse a la población. En este sentido, lo mínimo de una prestación no está representado por la reducción del trabajo al mínimo para privilegiar el derecho de huelga, sino en la determinación de las actividades —cuantitativa y cualitativamente consideradas— de las que la comunidad no puede ser privada sin graves riesgos. Así, en determinadas circunstancias, puede darse la paradoja de que las prestaciones mínimas sean las máximas (v. gr. una huelga de transporte en Semana Santa), teniendo en cuenta la regla de la proporcionalidad de las restricciones, que juega siempre en relación directa con los intereses de los usuarios.

Todo lo hasta aquí expuesto viene a confirmar la tesis del carácter relativo y excepcional que posee el derecho de huelga en los servicios esenciales, determi-

³³ Cfr. Antonio Baylos Grau, *op. cit.*, p. 198.

nando la necesidad de que exista una regulación. La fuente de esta regulación, para brindar una mayor seguridad jurídica, debe ser la ley, pues, en una materia tan trascendente para los intereses públicos, las limitaciones no pueden quedar libradas al solo arbitrio de la jurisprudencia; en este aspecto las creaciones pretorianas de los jueces, en los países con sistemas de derecho legislado o codificado, no suelen generar la ejemplaridad que acompaña a la legislación positiva.

Esta condición de excepcionalidad del derecho de huelga alcanza, incluso, a legitimar los daños que provoca su ejercicio. Pero, también, es la que justifica su delimitación legal, la que, en su grado máximo, se manifiesta a través de la prohibición en ciertos sectores vitales para la subsistencia o conservación del Estado (v. gr. jueces y policías) y, en menor grado, mediante la abstención de medidas de acción directa durante el curso del conflicto. La incidencia de ese carácter excepcional sobre el rango del derecho que poseen los huelguistas frente a los usuarios de los servicios constituye otro rasgo remarcable en todas las regulaciones.

En efecto, es indudable que frente a los derechos que protegen las libertades fundamentales de las personas (v. gr. de trabajo, o de circulación, etc.) el derecho de huelga en los servicios esenciales posee una inferior jerarquía y debe insertarse en un esquema de justicia general. La razón de ello es que si el derecho constituye el objeto de la justicia ha de prevalecer siempre aquella parte de la justicia que rige las relaciones de los individuos para con el todo social.

En ese contexto, la autorregulación puede todavía desempeñar una función de importancia a la hora de acordar los servicios mínimos, aunque creemos que ella debe estar siempre bajo el control de la autoridad administrativa y, en última instancia, de los jueces. Se trataría, en definitiva, de una aplicación más del principio de subsidiariedad, pero sin que la autoridad administrativa relegue la función de garantía que cumple en relación a los servicios mínimos.

Ahora bien, si la delimitación del derecho de huelga en esta clase de actividades configura un cierto margen de arbitrio o franquía y si toda libertad no se concibe jurídicamente sin la correlativa responsabilidad, la efectividad de un sistema regulatorio requiere que los ordenamientos o los precedentes judiciales extiendan los principios generales de la responsabilidad a los huelguistas y, especialmente, a las asociaciones gremiales, por los daños provocados a las empresas y a los usuarios y, en general, a los terceros, cuando se den los presupuestos que configuran la ilegitimidad de las medidas adoptadas en el curso de un conflicto colectivo de trabajo.

De lo contrario, las libertades de los ciudadanos y, sobre todo, el derecho a vivir en paz serían meras expresiones formales de las constituciones de los Estados, ya que, en aras de los intereses de una malentendida protección a los trabajadores y de las asociaciones sindicales, se habrían preferido los intereses de la población desconociendo las exigencias de la justicia legal o general, mediante una inversión radical del principio aplicable a la situación provocada por la controversia colectiva.

En definitiva, se impone una regulación que mediante la delimitación legal del respectivo derecho combine las libertades individuales que hacen a la dignidad de las personas³⁴, con el ejercicio responsable y delimitado del poder de los huelguistas para decretar medidas de acción directa.

Dicha regulación, asentada en procedimientos que tengan en cuenta la dimensión *ius publicista* de las huelgas en los servicios esenciales, constituye un punto de partida en el camino hacia la paz social y plantea —parafraseando en Havel³⁵— el desafío de encontrar «una manera objetiva de salir de la crisis de objetividad» que ha generado la admisión de este derecho en el mundo jurídico.

Y, aunque siempre se hace difícil predecir el porvenir de una institución surgida en la etapa final de la llamada «era de la modernidad» nos parece que aquellos Estados que han admitido o tolerado el ejercicio de la huelga en los servicios esenciales no tendrán otra salida que una regulación, matizada, quizá, con un razonable margen de autodisciplina sindical, pero que, en cualquier caso, consagre un régimen garantístico en beneficio principal de los usuarios y un sistema efectivo de responsabilidad por los daños que causen los protagonistas.

De lo contrario, el Estado habrá abdicado su misión de ser el garante de la paz social olvidando que si las huelgas son formas de lucha incivilizadas que guardan cierta similitud con las guerras³⁶ su reconocimiento pleno en los servicios esenciales constituye el atentado más grave que pueden sufrir las libertades básicas de las personas y la economía de un país.

³⁴ Véase Jesús González Pérez: *La dignidad de la persona*, Madrid, 1986, pp. 134-135.

³⁵ La expresión pertenece a Vaclav Havel, actual Presidente de Checoslovaquia; véase el artículo de Arturo Uslar Pietri: El fin de la Edad Moderna», publicado en el diario *La Nación*, de fecha 12 de abril de 1992, p. 9, donde hace alusión al pensamiento de dicho estadista.

³⁶ Cfr. Guillermo Cabanellas: «Tratado de Derecho Laboral», T. III, volumen, 2, Buenos Aires, 1989, pp. 48 y ss., especialmente pp. 53-54.