

EL DERECHO A LA HUELGA DEL PERSONAL ESTATUTARIO DE LOS SERVICIOS DE SALUD

M^a Cruz Reguera Andrés

Jefa de Servicio de Personal Sanitario

Consejería de Sanidad y Servicios Sociales de Cantabria

SUMARIO: 1. HUELGA, ORGANIZACIÓN DEL SNS Y RÉGIMEN DEL PERSONAL ESTATUTARIO.

1.1. El derecho a la huelga del personal estatutario. 1.2. La huelga como factor condicionante y condicionado por la organización sanitaria y por la singularidad del régimen estatutario. **2. JURISPRUDENCIA SOBRE SERVICIOS MÍNIMOS SANITARIOS. 3. PROPUESTA DE ACUERDO PARA EL SNS. 4. BIBLIOGRAFÍA.**

RESUMEN

El fenómeno huelguístico en el sistema sanitario público se ha visto impulsado al fragor de los efectos que las crisis actuales producen en los logros del Estado Social del Bienestar. La presente comunicación pretende revisar el ejercicio del derecho de huelga desde la perspectiva del régimen jurídico del personal estatutario, resaltando su influencia en la modulación organizativa del SNS, así como aspectos relacionados con nuevas facetas incorporadas a la clásica identidad profesional. También se aborda la reciente jurisprudencia sobre servicios mínimos sanitarios, y los desafíos que implica para garantizar el servicio esencial sanitario a la comunidad.

PALABRAS CLAVE

Huelga, personal estatutario, sanidad, servicios mínimos.

su ejercicio, no solo por su condición de empleados públicos que atienden servicios públicos esenciales para la comunidad, sino también por su relación con la modulación organizativa del propio Sistema y del régimen especial de su personal.

Respecto al reconocimiento del derecho, aunque actualmente no genere dudas, conviene recordar que durante largo tiempo se debatió si los funcionarios públicos en general, tenían o no reconocido el derecho fundamental contemplado en el Art. 28.2 de la Constitución Española¹, CE, dada la referencia del precepto al concepto “trabajadores”, que en sentido estricto remite a una relación contractual de tipo laboral, diferente a la que deriva del nombramiento del personal estatutario de los servicios de salud, de naturaleza funcional especial, tal y como hoy explicita

1. HUELGA, ORGANIZACIÓN DEL SNS Y RÉGIMEN DEL PERSONAL ESTATUTARIO

1.1. El derecho a la huelga del personal estatutario.

El derecho a la huelga del personal estatutario del Sistema Nacional de Salud, SNS, presenta particularidades, tanto en su reconocimiento como en

¹ El artículo 28 de la CE de 1978 establece: “Artículo 28. 1. Todos tienen derecho a sindicarse libremente. La ley podrá limitar o exceptuar el ejercicio de este derecho a las Fuerzas o Institutos armados o a los demás Cuerpos sometidos a disciplina militar y regulará las peculiaridades de su ejercicio para los funcionarios públicos. La libertad sindical comprende el derecho a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, así como el derecho de los sindicatos a formar confederaciones y a fundar organizaciones sindicales internacionales o a afiliarse a las mismas. Nadie podrá ser obligado a afiliarse a un sindicato. 2. Se reconoce el derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses. La ley que regule el ejercicio de este derecho establecerá las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad”.

la Ley 55/2003, que aprobó el Estatuto Marco², EM, más tarde revalidada con el Estatuto Básico del Empleado Público, EBEP³. El debate doctrinal sobre esta cuestión se intensificó con la elusiva respuesta que el Tribunal Constitucional, TC, ofreció al revisar la regulación preconstitucional del ejercicio del derecho a la huelga contenida en el Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, de Relaciones de Trabajo, RDLRT, en su sentencia 11/1981, de 8 de abril⁴. Lo que conduciría a una posición doctrinal mayoritaria de admitir el ejercicio del derecho, pero con reconocimiento indirecto mediante su encaje constitucional en el artículo 28.1 en relación con el 103.3 de la CE; esto es, como contenido esencial de la libertad sindical. Criterio favorecido por las previsiones sobre consecuencias disciplinarias y retributivas derivadas de la participación en huelgas, contenidas en la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la Función Pública, y sobre todo con la Ley Orgánica de Libertad Sindical de 1985, LOLS, que incorpora a los funcionarios – con las excepciones y matices que la misma Ley contempla – a su ámbito subjetivo, al decir: “*a los efectos de esta Ley, se consideran trabajadores tanto aquellos que sean sujetos de una relación laboral como aquellos que lo sean de una relación de carácter administrativo o estatutario al servicio de las Administraciones públicas*”, a la vez que reconoce a las organizaciones sindicales, en ejercicio de la libertad sindical, el derecho a la actividad sindical, comprensiva del ejercicio del derecho de huelga⁵. Un reconocimiento paulatino en el marco histórico del tratamiento jurídico del fenómeno huelguístico - huelga delito, huelga libertad y huelga derecho – que ha entrañado mayor dificultad para los funcionarios públicos, al igual que otros derechos colectivos, por la clásica equiparación entre relación estatutaria y servicio público, basada en una posición de supremacía de la Administración pública representativa del prevalente interés general, que se

consideraba incompatible con aquéllos derechos, de lo que resultaba una teoría estatutaria en la que la huelga y el servicio público eran nociones antinómicas⁶.

Con posterioridad a la LOLS el Estatuto Marco reconoce de forma directa, y por primera vez para personal de naturaleza funcionarial, el derecho en su Art. 18 c), al establecer que el personal estatutario ostenta, entre los de tipo colectivo, el derecho: “*a la huelga*”, pero precisando inmediatamente: “*garantizándose en todo caso el mantenimiento de los servicios que resulten esenciales para la atención sanitaria a la población*”⁷. Más tarde el EBEP, para todos los empleados públicos, efectuará el mismo reconocimiento expreso del derecho en su Art. 15 c): “*al ejercicio de la huelga, con la garantía del mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad*”⁸.

Por otra parte, como derecho fundamental, el de huelga goza de las garantías y tutelas constitucionales para tal tipo de derechos. Entre ellas que la “*La ley que regule el ejercicio de este derecho establecerá las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad*”; que conforme el artículo 81 CE tendrá que ser una ley orgánica. Tal previsión constitucional, como es bien conocido y suele recordarse cuando se producen huelgas muy mediáticas, todavía no se ha cumplido pese al tiempo transcurrido y contar con el precedente del Proyecto de Ley Orgánica de Huelga, PLOH, que no llegó a publicarse por la disolución de las Cortes Generales en 1993⁹; lo que se ha lamentado doctrinalmente dado que se trataba de un proyecto especialmente interesante para las huelgas en servicios esenciales, negociado sindicalmente y con una regulación “*imaginativa y ponderada, así como*

2 La Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, dispone: “*Artículo 1. Objeto. Esta ley tiene por objeto establecer las bases reguladoras de la relación funcionarial especial del personal estatutario de los servicios de salud que conforman el Sistema Nacional de Salud, a través del Estatuto Marco de dicho personal*”.

3 Artículo 2.3 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público.

4 El TC respondió así a la cuestión: “*el eventual derecho de huelga de los funcionarios públicos no está regulado – y, por consiguiente tampoco prohibido – por el Real Decreto-ley 17/1977. Si no hay regulación – y tampoco prohibición – mal puede hablarse de inconstitucionalidad por esta causa*”.

5 Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical, artículos primero, segundo.1.d) y segundo.2.d).

6 Cfr. VÁZQUEZ GARRANZO, Javier, “El profesional sanitario al servicio de la Administración: derechos, deberes y funciones del personal estatutario de los servicios de salud”, en LARIOS RISCO, David (coord.) *Marco jurídico de las profesiones sanitarias*, LEX Nova, Valladolid, 2007, p. 295.

7 Cfr. CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, Jaime, *El Derecho de Huelga de los Funcionarios Públicos*, THOMSON-ARANZADI, Navarra, 2006, p. 38.

8 *Ibidem*, sobre las diversas corrientes doctrinales relativas al ámbito subjetivo del derecho, y la problemática de los funcionarios excluidos del derecho de huelga pp. 17-76. Cfr. ALFONSO MELLADO, Carlos L., “Libertad sindical y negociación colectiva en el empleo público”, *Cuadernos de la Fundación*, N° 21, Fundación 1° de Mayo, Madrid, 2011, p.5.

9 Cfr. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, Ignacio, *El Proyecto de Ley Orgánica de Huelga de 1993: la huelga en los servicios esenciales de la comunidad como telón de fondo*, Universidad de Cantabria, Santander, 1993.

*muy rigurosa desde el punto de vista de la técnica jurídica*¹⁰.

Así las cosas, y a falta de ley orgánica de desarrollo, el ejercicio del derecho de huelga, aunque quien lo ejerza sea personal estatutario, sigue estando regulado por el preconstitucional RDLRT de 1977, si bien en sus apartados vigentes y conforme la imprescindible interpretación constitucional, realizada por la sentencia del TC 11/1981, de 8 de abril de 1981, complementada con una abundante doctrina y jurisprudencia posterior¹¹.

Dado que el ejercicio del derecho a la huelga por los empleados públicos en general, y por el personal estatutario en particular, se supedita como hemos visto al mantenimiento de los servicios que resulten esenciales para la comunidad, adquieren relevancia - a falta de ley orgánica - los requisitos y garantías previstos en el citado RDLRT en orden a asegurar el funcionamiento de aquéllos servicios, que suelen constituir un ámbito típico de actividad en los servicios públicos, especialmente en los sanitarios atendidos generalmente por personal estatutario. La aplicación de la medida de fijación de servicios mínimos asistenciales, conforme la facultad conferida en el artículo 10.2 del citado RDLRT, constituye de este modo un instrumento imprescindible para garantizar los derechos constitucionales de los ciudadanos que protegen su vida y salud. Pero revestida de una gran complejidad, debate jurídico, y de cierta hiperregulación mediante variados instrumentos de aprobación que, en general, no consigue satisfacer ni a los ciudadanos, que los suelen considerar insuficientes para garantizar su derecho a obtener asistencia sanitaria, ni al personal en huelga que, por el contrario, suele impugnarlos por considerarlos excesivos y por ello vulneradores de su derecho fundamental. Un problema que no es menor, como producto del incumplimiento del mandato constitucional de regulación mediante ley orgánica, que avoca a constantes pronunciamientos judiciales de revisión de la actuación gubernamental que se analizarán en el apartado 2 de

10 ALARCÓN CARACUEL, Manuel Ramón, “Huelga en servicios esenciales de la comunidad”, *El/La juez/a social como garante de los derechos humanos fundamentales* de Cuadernos Digitales de Formación, 14-2011 (Director: Fernando Salinas Molina), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2012, p.2

11 La aplicación analógica al personal estatutario y funcionario del RDLRT quedó ya asentada desde la STS de 22 de septiembre de 1986 en un supuesto de huelga en el INSALUD. En este sentido ver CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, Jaime, *El Derecho de Huelga de los Funcionarios Públicos*, cit., p.83.

este trabajo¹². Y aunque el tema de la necesidad de ley orgánica tenga dividida a la opinión doctrinal y social, entre los partidarios del consabido “la mejor ley de huelga es la que no existe”, y los que reivindican una regulación más restrictiva a su ejercicio, como bien se ha apreciado “*ambas tesis olvidan algo primordial: el derecho que tiene la sociedad española a que su Constitución se cumpla también en esto*”¹³.

1.2.- La huelga como factor condicionante y condicionado por la organización sanitaria y por la singularidad del régimen estatutario.

La CE configura el derecho fundamental de huelga como un “derecho social”, basado no solo en los valores superiores del ordenamiento jurídico español, sino también coherente con el “Estado Social” contemplado en su artículo 1.1, lo que implica “*un cauce para la participación en la vida política, económica y social*”¹⁴. Desde esta perspectiva el ejercicio del derecho a la huelga en el SNS ha estado vinculado al devenir histórico de los derechos colectivos de los empleados públicos, como ya se ha comentado, pero además, y muy significativamente, ha estado vinculado, condicionando, la propia evolución del Sistema sanitario, en su diseño como uno de los pilares del Estado del Bienestar; tanto a nivel organizativo como del régimen del personal estatutario de los servicios de salud, en tanto que muchas de las decisiones que han moldeado sus características y singularidades responden a compromisos adquiridos en el contexto del ejercicio de esta técnica de presión laboral. El gran dinamismo, flexibilidad, y adaptabilidad predicable del régimen estatutario del personal sanitario, constituye un claro ejemplo de ello, coadyuvando a esa tendencia innata del régimen estatutario hacia la singularidad, hacía una hibridación -mezcla de connotaciones propias del mundo laboral y del funcional-

12 Cfr. ALARCÓN CARACUEL, Manuel Ramón, “Huelga en servicios esenciales de la comunidad”, *cit.*, p. 4. Ver también sobre la situación insatisfactoria de la regulación actual para el ámbito de los servicios públicos DURÁN LÓPEZ, Federico: “La democracia “Peter Pan”, *Cinco Días*, 20 de enero de 2009; “Huelga y servicios esenciales”, *Revista de Administración Sanitaria siglo XXI*, Vol. 8, Núm. 1, Madrid, septiembre 2010, pp. 127-140; “Derecho de huelga y servicios públicos”, *Cinco Días*, 25 de noviembre de 2013

13 JIMÉNEZ SÁNCHEZ, José Joaquín Evaristo, “La huelga de los trabajadores de las Administraciones Públicas, servicios mínimos y servicios esenciales”, *Relaciones Laborales en las Administraciones Públicas*, Cuadernos de Derecho Judicial 7-2007 (Director: Miguel Ángel Luelmo Millán), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2008, p. 11.

14 *Ibidem*, p. 9

que marcó sus orígenes y de la que, aún hoy, le cuesta desprenderse pese al taxativo artículo 1 del Estatuto Marco.

A nivel organizativo el SNS ha sido el resultado de un complejo proceso histórico, a lo largo del cual se ha ido produciendo una transición progresiva de un modelo vinculado a la Seguridad Social, financiado por cuotas sociales, hacia otro inspirado en los Servicios Nacionales de Salud con orientación de servicio público, solidario, de atención universal y financiado por impuestos. En esa ruta desde un modelo tipo “Bismarck” a otro “Beveridge”, se han transitado distintas etapas caracterizadas, primero, por la configuración de la sanidad como una prestación asistencial de la Seguridad Social; a la que siguió una trascendental reforma sanitaria impulsada por la CE y, sobre todo, por Ley General de Sanidad¹⁵, que hizo evolucionar al SNS con gran vigor hacia un modelo solidario, basado en la universalización, amplias prestaciones de calidad, gratuidad y descentralización en las Comunidades Autónomas, CCAA. Su culminación, a partir de 2002, sitúa a los servicios autonómicos de salud en una etapa de expansión y crecimiento económico acelerado, bruscamente interrumpida, en el inicio de la presente década, por otra de austeridad, contrarreforma y crisis económica que caracterizan la etapa actual¹⁶. Esa expansión y migración en el tipo de modelo sanitario del Sistema indujo, a su vez, una paralela expansión de su personal, afectado igualmente por importantes cambios conceptuales, desde una identidad de profesional liberal a la actual de empleado público del servicio público del Estado del Bienestar más apreciado por los ciudadanos¹⁷.

Ahora bien, esa ruta hacia un modelo sanitario considerado como uno de los mejores del mundo, aunque afectado actualmente por diversas medidas de reforma, no ha estado ni está exenta de tensiones, controversias y conflictos que siguen modulando el

15 Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.

16 Cfr. REPULLO LABRADOR, José Ramón, “La sostenibilidad de las prestaciones sanitarias públicas”, en PRESNO LINERA, Miguel Angel (coord.), *Crisis económica y atención a las personas y grupos vulnerables*, Procurador General del Principado de Asturias, Universidad de Oviedo-Área de Derecho Constitucional, PROCURA Nº2, 2012. Cfr. Documento: “Posicionamiento de la Asociación de Juristas de la Salud ante el Real Decreto ley 16/2012, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del SNS y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones”, CANTERO MARTÍNEZ, Josefa, 1.12.2012. <http://www.ajs.es>

17 Cfr. LOSADA TRABADA, Antón, *Piratas de lo público. El neoliberalismo corsario al abordaje del Estado del Bienestar*, Deusto, Grupo Planeta, Barcelona, 2013, p.15.

sistema como producto de la compleja dialéctica en sus relaciones laborales, que se han opuesto a reformas y contrarreformas.

Así lo recuerdan, entre otras, las presiones y huelgas que en la década de 1980 obstaculizaron las transformaciones que implicaba la reforma sanitaria, entre otras, en materia de dedicación exclusiva al SNS, nuevo régimen retributivo o reforma hospitalaria¹⁸. No han faltado tampoco ejemplos de “*oscuras operaciones primavera*” que, en los inicios de los modernos sistemas sanitarios públicos, se opusieron incluso con la huelga a la atención universal que comportaban¹⁹.

Así pues, en esa evolución conceptual y organizativa del Sistema, que discurre paralela a la del régimen jurídico de su personal, se ha observado como la clásica identidad de profesional liberal ha ido incorporando nuevas facetas o dimensiones, adoptando progresivamente la de trabajador de los servicios públicos de salud, con los derechos individuales y colectivos inherentes a tal condición. A la que se añade el compromiso profesional de tipo social en la protección de la salud colectiva, expresiva de su, también, condición de ciudadanos defensores de los valores del Estado Social²⁰. Estos nuevos perfiles del

18 Como expresa Fernando LAMATA la reforma sanitaria que tuvo que enfrentar duras presiones y operaciones que intentaron “*movilizar a los profesionales sanitarios y a la opinión pública contra la Ley General de Sanidad y lo que esta suponía, la universalización de una atención sanitaria de calidad*”, en LAMATA COTANDA, Fernando, PÉREZ ANDRÉS, Cristina, “25 años después de la reforma sanitaria de Ernest Lluch”, *Revista Española de Salud Pública*, vol. 85, núm. 5, septiembre-octubre, 2011, pp. 421-426, Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad.

19 Cfr. LLUCH, Ernest, “Una oscura “operación primavera”, en Opinión, *La Vanguardia*, 26 de febrero de 1998. Cfr. SIMÓN LORDA, Pablo “Ética y huelga sanitaria”, en el Blog *El pájaro que cruza*, de 29.11. 2012. donde recuerda que las primeras huelgas médicas se produjeron por la resistencia de los médicos a la expansión del Estado de Bienestar mediante la creación de servicios sanitarios públicos, en defensa de los clásicos modelos privados de ejercicio profesional liberal, como la realizada en 1962 en Saskatchewan, Canadá. Cfr. De LORENZO, Ricardo, “Colegios y sindicatos médicos”, *redaccionmedica.com*, 3 de marzo de 2014, 19,42h, sobre creación de los primeros sindicatos médicos.

20 Cfr. SIMÓN LORDA, Pablo “Ética y huelga sanitaria”, cit., considera que: “*Un profesional sanitario es alguien que, actualmente, posee una identidad compleja. Tiene que asumir al mismo tiempo cuatro dimensiones, cuatro “identidades”, de cada una de las cuales se derivan exigencias éticas. Así, tiene una dimensión profesional de compromiso individual con sus pacientes concretos, tiene además un compromiso profesional social con la protección de la salud colectiva y la eliminación de las desigualdades en salud, tiene también unos derechos laborales como trabajador y por último tiene obligaciones como ciudadano en la defensa de una sociedad justa, pacífica y*

personal estatutario, surgidos como efecto de la expansión del Estado del Bienestar, del mismo SNS, y del reconocimiento de derechos colectivos²¹, no esta hoy exenta de crisis ni de contradicciones en el marco de los sistemas de representatividad, profesional y sindical, que trascienden incluso a la dinámica en que se desarrollan los conflictos laborales y las huelgas en la sanidad pública²². E igualmente se dejan sentir a la hora de definir el horizonte del régimen jurídico estatutario, que continúa bandeándose, como se ha dicho, entre dos tendencias de signo opuesto: la atracción hacia la singularidad contractual propia del régimen laboral, y la orientada a la mayor homogenización posible con el régimen funcional común²³.

De esa dinámica histórica, que en muchos casos enreda el modelo organizativo y laboral con el ejercicio del derecho a la huelga, reivindicando la singularidad para el régimen estatutario, existen múltiples ejemplos, como el referido en la comparecencia de la entonces Ministra, M^a Ángeles Amador Millán, con ocasión de la huelga de médicos de hospitales públicos convocada en abril de 1995, cuando dice: “... porque partimos de una reivindicación retributiva que, de partida, tiene una limitación evidente y poco opinable. La limitación está en que, en el mes de septiembre del año 1994, la Administración y los sindicatos firmaron un acuerdo sobre las condiciones y relaciones de trabajo de los empleados públicos en el ámbito de la Función Pública; naturalmente, ese acuerdo se refiere a la regulación de las retribuciones, de los aumentos retributivos de todo tipo en el ámbito de la Función Pública, aplicable a todos los

equitativa. Ser un buen profesional sanitario hoy en día implica saber mantener adecuadamente la tensión ética de estas cuatro identidades”.

21 Básicamente a partir de la Ley 9/1987, de 12 de mayo, de Órganos de Representación, Determinación de las Condiciones de Trabajo y Participación del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, y de la Ley 7/1990, de 19 de julio, sobre negociación colectiva y participación en la determinación de las condiciones de trabajo de los empleados públicos. Aunque debe señalarse que con anterioridad a la citada normativa ya operaban comités de empresa en centros sanitarios del Insalud representando a personal estatutario.

22 Cfr. DEL POZO, Alberto; SÁNCHEZ BAYLE, Mariano (Coords.), *Los profesionales de la salud en España*, Ediciones GPS, Madrid, 2008. Cfr. MONEREO PÉREZ, José Luis (Dirección), *Los derechos de libertad sindical y de negociación colectiva en una perspectiva comparada*, Comares, Granada, 2011

23 Cfr. CASTILLO BLANCO, Federico, “El Estatuto Marco del Personal Estatutario”, en PAREJO, Luciano, PALOMAR, Alberto y VAQUER, Marcos (coords.), *La reforma del Sistema Nacional de Salud. Cohesión, calidad y estatutos profesionales*, Marcial Pons, Madrid, 2004, pp.317-363, sobre la historia y la organización del sistema sanitario como fuente de explicación del marco jurídico del personal estatutario.

empleados públicos y también al personal estatutario, es decir, a los médicos... De manera que hay que analizar el punto de partida, que es el planteamiento de una reclamación que, de ser atendida, significaría la vulneración de este acuerdo....Se trata de explicar a todo el mundo que no es posible plantear una reclamación retributiva de aumento lineal en esas cuantías sin estar planteando, al mismo tiempo, que se incumpla ese acuerdo Función Pública-sindicatos”²⁴.

Por su parte, ejemplos de la influencia mutua entre ejercicio de la huelga y configuración organizativa del SNS, influida a su vez por el contexto social del momento, se encuentran en las distintas etapas de su historia. Así, la huelga de 1987 que se opone a la revisión del modelo estatutario en importantes condiciones laborales, como las retributivas e incompatibilidades, enmarcada en una reforma sanitaria que pretendía un servicio sanitario público, integral e integrador, atendido por empleados públicos regidos por un estatuto marco, motivo de debate, negociación y conflicto en sus principales cuestiones²⁵.

La década de final de siglo incorpora ya el reconocimiento de derechos colectivos a los empleados públicos en el ordenamiento español, en la dinámica en que se inician y desenvuelven los conflictos en el SNS, en lo que se ha visto un signo de esa nueva faceta de los profesionales sanitarios: la de

24 Diario de sesiones del Congreso de Diputados, V Legislatura, 1 de junio de 1995, n^o 509, Comisiones, comparecencia para “*Informar sobre el proceso de negociación con la Confederación Estatal de Sindicatos Médicos para alcanzar un acuerdo retributivo que redunde en una mejor atención del servicio público de salud. A petición propia. (Número de expediente 214/000110.)*” y para “*Explicar el resultado de las negociaciones habidas con la Confederación Española de Sindicatos Médicos antes de la convocatoria de la huelga de los médicos de los hospitales del INSALUD, las razones por las que no se consiguió evitar la misma, así como las negociaciones habidas y las propuestas realizadas durante el conflicto y las razones por las que la última propuesta realizada por el INSALUD, aceptada por el Sindicato convocante y los Comités de huelga de los distintos hospitales, no ha sido ratificada por la Ministra de Sanidad y Consumo en la noche del día 29 de mayo. A solicitud del Grupo Parlamentario Popular. (Número de expediente 213/000627.)*”.

http://www.congreso.es/public_oficiales/L5/CONG/DS/CO/CO_509.PDF

25 Cfr. LAMATA, Fernando, “La huelga médica de primavera de 1987”, en *Marketing sanitario*, F. LAMATA, J. CONDE, B. MARTÍNEZ, M. HORNO, Ediciones Díaz de Santos, Madrid, 1994, pp. 263-269. El Real Decreto Ley 3/1987 de 11 de septiembre que incorporaba los compromisos de un nuevo sistema retributivo acordado con organizaciones sindicales, fue precedido de huelgas y sucedido por otros conflictos y medidas de presión laboral en su aplicación y desarrollo.

“trabajador”²⁶. La huelga de 1995, antes mencionada, es un claro ejemplo de ese nuevo perfil del personal estatutario en la etapa de consolidación de un SNS que cada vez muestra más preocupación organizativa por la sostenibilidad, y en la que se inicia la apertura a nuevas formas e instrumentos de gestión²⁷.

La etapa postransferencial, una vez culminados los trasposos sanitarios a las CCAA, fueron fértiles en conflictos surgidos en negociaciones ya autonómicas donde se ventilaban sustanciosas mejoras en las condiciones de trabajo; especialmente en jornada, retribuciones y carrera profesional, que conllevaron importantes inversiones presupuestarias. El recurso a la huelga, como técnica de presión negociadora, se hizo más frecuente con ese perfil de trabajador o empleado público autonómico al que se abrieron distintos foros de negociación, en una intensiva corriente negociadora que a modo de espiral al alza recorrió todas las CCAA. Ejemplos del fenómeno huelguístico en esa etapa son las huelgas que se realizaron con motivo del desarrollo de las previsiones contenidas en la Ley de Ordenación de las Profesiones Sanitarias²⁸ y del Estatuto Marco sobre sistema de carrera profesional, o las convocadas por la “plataforma 10 minutos” en Atención Primaria²⁹.

En ese escenario descentralizado de gestión sanitaria, y ya en la etapa actual, caracterizada por un entorno que se enfrenta “a un conjunto de crisis entremezcladas que, todas juntas, constituyen la Gran Crisis de una humanidad que no consigue acceder a la Humanidad”³⁰, que involucra reformas que afec-

tan a pilares del Estado del Bienestar, como lo es el SNS, el fenómeno huelguístico se ha visto vigorizado, envuelto en nuevas formas de ejercer la presión, acompañado de “mareas blancas” que incorporan al clásico perfil profesional, matizado por el de empleado público estatutario, connotaciones de ciudadanía que acentúan el componente de “derecho social” que tiene la huelga³¹. En este sentido no son ya sólo las medidas de recortes, suspensión y contención adoptadas para las condiciones de trabajo del personal estatutario el motivo de la conflictividad. El factor de orientación organizativa del SNS, con sus componentes de calidad asistencial, aspectos conceptuales de contrarreforma, y las consecuencias que todo ello tiene en el régimen jurídico y situación del personal, emergen como importantes motivos para ejercer el derecho a la huelga en el sector sanitario público, con sus nuevas formas de expresión.

Existen varios ejemplos actuales de estas huelgas sanitarias, que atraen el interés social y de los medios de comunicación. Así puede mencionarse la ejercida en el Servicio de Salud del Principado de Asturias, SESPA relacionada con la forma de aplicar la ampliación de la jornada³²; o la relacionada con la puesta en marcha de áreas de gestión clínica en el Servicio Gallego de Salud³³. Pero sobre todo, por su repercusión y trascendencia, debe destacarse como ejemplo paradigmático de estas nuevas facetas en el perfil del personal del Sistema y de los motivos que le llevan a ejercer el derecho de huelga, en defensa tanto de sus condiciones laborales como de los valores del SNS, el conflicto que afectó a la sanidad pública madrileña. Un conflicto caracterizado por una importante estrategia de oposición - laboral, social y judicial - liderada por la Asociación de Facultativos Especialistas de Madrid, AFEM, frente a proyectos de privatización finalmente retirados, con dimisión del Consejero de Sanidad³⁴.

26 SIMÓN LORDA, Pablo “Ética y huelga sanitaria”, cit.

27 Cfr. LARRAONDO, Cristina, *Yo fui ministra*, Plaza Janés, Barcelona, 2008, pp.83-96, capítulo dedicado a Angeles Amador, Ministra de Sanidad y Consumo de julio de 1993 a marzo de 1996. Se refiere a esta huelga de médicos, que se prolongaría durante cincuenta días, y afectaría a más de un millón de españoles, como el momento más difícil de aquéllos años, considerándolo el mayor conflicto en la historia de la sanidad pública.

28 Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias.

29 Como ejemplo se puede citar la ejercida en Cantabria en 2007, de la que se puede obtener información en: “Comunicación sobre la huelga convocada en el ámbito del Servicio Cántabro de Salud remitida por el Gobierno (BOPCA nº 552, de 19.02.2007)”, DSPC, 21 de febrero de 2007, núm. 149 - B, Página 3598-3629. Sobre las huelgas convocadas por la “plataforma 10 minutos”, en Atención Primaria, en varias CCAA en 2006, véase: “Los convocantes cifran en un 70% el apoyo a la huelga de médicos de familia”, *El Mundo*, 10.11.2006, a las 18,16h. www.elmundo.es/elmundosalud/2006/11/10/medicina/1163137427.html

30 HESSEL, Stéphane; MORIN, Edgar, *El camino de la esperanza*, (traducción de Rosa Alapont), Destino, Barcelona, 2012, p.12.

31 Cfr. www.mareablancasalud.blogspot.com.es. Ver análisis de Juan Luís Sánchez en “El ‘sí, se puede’ no es un grito, es una estrategia”, *Diario.es*, 27.01, 2014, 20,23 h.

32 Cfr. *El comercio*, 12 de enero 2013, www.elcomercio.es/v/20130112/asturias/huelga-medica-dias-despues-20130112.html

33 Cfr. *La voz de Galicia*, 8.12.2013, <http://www.lavozdeg Galicia.es/noticia/galicia/2013/12/08/arranca-huelga-sanidad-gallega/00031386516325925250559.htm> Cfr. Decreto 36/2014, de 20 de marzo, precedido de jornadas de manifestación y huelga

34 Cfr. <http://asociacionfacultativos.com/> donde puede obtenerse información sobre el caso. Ver también Rteve.es, 27.01.2014: <http://www.rteve.es/noticias/20140127/consejero-sanidad-madrid-dimite-tras-paralizacion-privatizacion-hospitales/862501.shtml>.

Así pues, en esta evolución del personal estatutario, y de la utilización por el mismo de la medida de presión que la huelga representa, se ha observado como ha ido ganando peso progresivamente su faceta de ciudadano, defensor no ya solo de los intereses laborales como trabajador, sino también del propio sistema de bienestar social, desde posiciones de profesional liberal a empleado público comprometido con valores de un SNS, que paradójicamente, y como ya se mencionó, inspiraron movimientos de signo opuesto en sus orígenes.

Siendo ello así, y aunque el ejercicio del derecho a la huelga del personal estatutario se pueda considerar consolidado, en el sentido de asumido y normalizado en su ejercicio desde la condición de trabajador, ello no significa que hayan desaparecido los aspectos de tipo éticos cuando se produce una huelga en sanidad; especialmente para profesionales sanitarios con códigos éticos basados en el principio de no maleficencia³⁵. Y tampoco faltan ejemplos y posiciones que previenen frente a una utilización abusiva de la huelga en los servicios esenciales, cuando se ejerce de forma corporativa por colectivos considerados privilegiados en los servicios públicos, al perder el sentido que está técnica de presión laboral tuvo en los orígenes de la lucha de clases, y su utilización por el movimiento obrero contra las desigualdades³⁶.

Por otra parte, pensar en las huelgas en sanidad, es pensar sobre todo en ejemplos paradigmáticos de huelgas que afectan a servicios esenciales a la comunidad, por la existencia de pacientes con derechos constitucionalmente protegidos. De ahí que sea frecuente recurrir al simbolismo del paciente rehén de un conflicto que no puede resolver, pero si mostrar su solidaridad o rechazo³⁷. En este sentido no han faltado reproches de instrumentalizar a los pacientes, ni quejas de ciudadanos frente a unos servicios asistenciales considerados insuficientes para proteger su derecho a la salud, ni posiciones de asociaciones de

consumidores reclamando frente a un ejercicio abusivo del derecho de huelga, hasta las últimas expresiones del fenómeno huelguístico que entremezcla en sus mareas de protesta a personal y ciudadanos reclamando unos mismos derechos y valores³⁸.

La fijación de servicios mínimos asistenciales que garanticen los derechos de los ciudadanos, limitando el ejercicio del derecho fundamental a la huelga del personal, en el inconcreto marco del concepto jurídico indeterminado que son los servicios esenciales, se revela así una tarea que resulta controvertida, compleja y difícil³⁹. Más por las carencias e inseguridades del marco jurídico regulador del ejercicio del derecho a la huelga, que en el ámbito de los servicios esenciales sanitarios a la comunidad plantea el desafío a la autoridad gubernativa - en muchos casos enredada en el mismo conflicto como se ha podido comprobar con los ejemplos citados de huelgas en la historia del SNS - de fijar con neutralidad los servicios mínimos, en cuyo establecimiento ha de tenerse en cuenta la doctrina y jurisprudencia que se pasa a analizar.

2. JURISPRUDENCIA SOBRE SERVICIOS MÍNIMOS SANITARIOS

El ejercicio del derecho a la huelga del personal del sector sanitario en general, y particularmente del estatutario del sistema sanitario público, exige habitualmente aplicar la medida fijación de servicios mínimos, para garantizar el funcionamiento de los servicios esenciales sanitarios que den respuesta a los derechos constitucionalmente protegidos de los ciudadanos. Se trata de una tarea compleja en tanto que los servicios esenciales no están definidos legalmente, dada la inexistencia de ley orgánica, lo que obliga a seguir las pautas de la doctrina constitucional y jurisprudencia en la materia. Si bien es importante matizar

35 Cfr. HERRANZ, Gonzalo, "Ética de la huelga sanitaria", Departamento de Humanidades Biomédicas, Universidad de Navarra. <http://www.unav.es/cdb/dhbghhuelga.html>

36 Cfr. DURÁN LÓPEZ, Federico, "Huelga y servicios esenciales", *Revista de Administración Sanitaria siglo XXI*, Vol. 8, Núm. 1, Madrid, septiembre 2010, pp. 127-129. Id. "En defensa de lo privado", *Cinco Días*, 3 de octubre de 2013. Id. "Derecho de huelga y servicios públicos", *Cinco Días*, 25 de noviembre de 2013.

37 Cfr. Como ejemplo se pueden ver las opiniones de ciudadanos en el Estudio 2181 "Barómetro mayo 1995", del CIS, a propósito de la huelga de 1995 en hospitales del Insalud. <file:///G:/HUELGA/BIBLIOGRAFIA%20Y%20NOTICIAS/estudio%20cis.htm>

38 Así en la reciente huelga en el SESPA se leía en *El Mundo Salud*: "Denuncia. Por los Consumidores. La huelga de médicos asturianos a los tribunales", el 20 de diciembre de 2012. <http://www.elmundo.es/elmundosalud/2012/12/20/noticias/1356022732.html>. En la huelga médica de 1995: "Los consumidores recogen firmas para denunciar a los médicos en huelga". http://elpais.com/diario/1995/05/30/sociedad/801784805_850215.html. O en la de 1987: "Los médicos en huelga acusan a la Unión de Consumidores de trabajar para el Gobierno" http://elpais.com/diario/1987/06/08/sociedad/550101606_850215.html

39 Cfr. Sobre la problemática del ejercicio de la huelga en servicios públicos esenciales: ALARCÓN CARACUEL, Manuel Ramón, "Huelga en servicios esenciales de la comunidad", *cit.*, y JIMÉNEZ SÁNCHEZ, José Joaquín Evaristo, "La huelga de los trabajadores de las Administraciones Públicas, servicios mínimos y servicios esenciales", *cit.*,

que la respuesta judicial suele producirse bastante después de haberse producido la huelga, ya desaparecido el entorno de presión laboral e inquietud asistencial ciudadana, que la caracteriza. De los últimos pronunciamientos se resalta lo siguiente:

1. La facultad de adoptar esta medida limitativa del derecho fundamental exige constitucionalmente que sea adoptada por la autoridad gubernativa competente, lo que excluye la posibilidad de ser atribuida a un órgano administrativo de dirección y gestión, cual es el Director Gerente del Servicio de Salud, como así se ha pronunciado el TC en 2013 al anular, por contravenir el Art. 28.2 CE, el Art. 7.2.1 de la Ley 5/2001, de 5 de diciembre, de la Asamblea Regional de Murcia, de personal estatutario del Servicio Murciano de Salud⁴⁰. Doctrina que sigue la ya aplicada al resolver un supuesto similar referido SESPA, en la que afirmaba que la competencia para asumir la grave responsabilidad de privar del derecho constitucional de huelga está reservada a autoridades gubernativas, políticamente responsables, directa o indirectamente, ante el conjunto de ciudadanos⁴¹. Añadiendo que por flexibles que sean los criterios utilizados para determinar el carácter de autoridad política de un órgano, resulta imposible incluir en tal noción al Director Gerente del SESPA, cuyo cometido básico es asegurar el mantenimiento del servicio que tiene encomendado. Y que desde esa posición ningún órgano puede asumir la grave responsabilidad de limitar el derecho fundamental de huelga al personal que tiene que dirigir. La fijación de servicios mínimos, mediante decreto, orden, resolución o el instrumento que por razón del objeto y tipo de autoridad proceda, requiere por tanto de imparcialidad, en el sentido de que quien los decide tiene que estar en una posición *supra partes* y revestida de autoridad política⁴².

2. Los instrumentos jurídicos por los que se fijen los servicios mínimos por la autoridad gubernativa deben estar convenientemente motivados,

dado que su ausencia, o insuficiencia al ofrecer motivaciones genéricas válidas para cualquier convocatoria de huelga o, en general, cuando no consideren las circunstancias específicas a la que el caso se refiere, habrán de ser consideradas nulas por desconocer las exigencias que en este punto derivan de la protección constitucional del derecho fundamental de huelga⁴³. En este sentido cabe citar, entre otras muchas, la STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 27 de septiembre de 2010, recurso nº 5339/2007, relativa a una huelga de Técnicos Especialistas en Andalucía, que estima el recurso anulando la orden de fijación de servicios mínimos, considerando que la misma no cumplía con las exigencias de motivación⁴⁴. Y no se trata de impedir que el derecho de huelga tenga límites justificados por lo esencial del servicio - como se dice en la STS de 6 de marzo de 2009 en un caso procedente del Servicio Aragonés de Salud - sino de garantizar que los motivos por los que se fijan esos límites sean conocidos por los interesados, de tal modo que las menciones genéricas de destinarse a la asistencia a pacientes cuya asistencia se tipifica como urgente o programados para tratamiento oncológico, por ejemplo, no cumple con las exigencias de motivación⁴⁵.

43 Así se indica en la STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 26 de diciembre de 2012 recurso nº 27/2012, que confirma la anulación de los servicios mínimos fijados en una huelga convocada en el Servicio Madrileño de Salud, al no ofrecer una explicación detallada y precisa atendiendo a las circunstancias concretas de la convocatoria. En el mismo sentido STS de 3 de diciembre de 2012, recurso nº 1086/2012, y la sentencia número 873/2008, de veintiuno de enero de 2008, en la que se remite a "...la doctrina jurisprudencial sobre la necesidad de motivar los acuerdos administrativos que delimitan los servicios esenciales y fijan los servicios mínimos en caso de huelga viene condensada en sentencias de esta Sala de 19 de enero de 2007 (casación 7468/02), 26 de marzo de 2007 (casación 1619/03), 30 de abril de 2007 (casación 3549/03) y 9 de julio de 2007 (casación 3995/03) donde se reitera lo anteriormente declarado en nuestra sentencia 29 de junio de 2005".

44 La sentencia observa que si bien la orden anulada incorporaba consideraciones razonables sobre el mantenimiento de la actividad propia de un día festivo, sobre la necesidad de atender las urgencias y a los pacientes cuya enfermedad pudiese empeorar, no indicaba en qué se traducían esos criterios generales, o su alcance concreto, para los empleados públicos convocados a seguir la huelga, de lo que resultaba la imposibilidad de juzgar su proporcionalidad

45 STS, Contencioso-Administrativo, de 6 de marzo de 2009, recurso nº 1194/2007, que desestima el recurso de casación interpuesto contra la sentencia que anuló las resoluciones que fijaban los mínimos en el Servicio Aragonés de Salud. En Cantabria cabe citar en esta línea las sentencias del TSJ de Cantabria, Sala de lo Contencioso-Administrativo, recurso nº 417/10, de 22 de octubre, y la de 31 de enero de 2014, recurso nº 283/2013.

40 STC de 11 de marzo de 2013, recurso nº 4595/2011.

41 STC de 11 de octubre de 2006, recurso nº 5633/2002. Declara inconstitucional y nulo el apartado l) del Art. 15.2 de la Ley 1/1992, de 2 de julio del Servicio de Salud del Principado de Asturias, modificado por la Ley 14/2001, de 28 de diciembre.

42 Sobre el requisito de imparcialidad ver ALARCÓN CARACUEL, Manuel Ramón, "Huelga en servicios esenciales de la comunidad", cit., pp. 15-18, que resalta la intervención de la autoridad gubernativa como representante de los destinatarios de los servicios.

3. Respecto a la motivación “*in aliunde*”, que en ocasiones contienen los instrumentos de fijación de servicios mínimos, se ha considerado insuficiente para las exigencias constitucionales de la “*causalización*” el que los mismos no precisen la información en que se basan, ni contengan identificación del documento donde podrían los huelguistas conocer la justificación ofrecida para los servicios mínimos acordados⁴⁶. Del mismo modo el TS rechaza la motivación “*ex post*” que no libera del deber de motivación el acto desde el momento mismo en que éste se adopta⁴⁷.

4. La motivación del establecimiento de unos servicios mínimos del cien por cien, basada en que se trata de servicios de atención a la urgencia, o en la consideración genérica de tratarse de servicios médicos que afectan a la vida y a la salud de las personas, es insuficiente para justificar la limitación del derecho fundamental de huelga⁴⁸. En este sentido la evolución de la jurisprudencia del TS y de los TSJ permite comprobar que si bien se han dado casos en los que se consideraron justificados servicios del cien por cien, los últimos pronunciamientos del TS son más estrictos y no están admitiendo tal nivel de servicios considerando que cercenan el derecho a la huelga⁴⁹. Ya en la STS de 27 de septiembre de 2010, recurso n^o 6010/2007, se

había anulado una fijación de servicios mínimos por aproximarse al cien por cien en una huelga de Osakidetza. Un criterio asumido igualmente por los Tribunales Superiores de Justicia, coherentes con esa jurisprudencia y con la doctrina constitucional que ha precisado que mantener un servicio implica la prestación de los trabajos necesarios para la cobertura mínima de los derechos, libertades o bienes que el propio servicio satisface, pero sin alcanzar el nivel de rendimiento habitual, ni asegurar el funcionamiento normal, pues se estaría cercenando la posibilidad de ejercer el derecho⁵⁰.

Además de los servicios de urgencia, las intervenciones quirúrgicas suelen ser otro ámbito controvertido a la hora de determinar el nivel de servicios a mantener, habiéndose pronunciado el TS en el sentido de que “*la suspensión de las intervenciones no urgentes ocasiona desde luego una molestia en el retraso para los pacientes, que verán postergada su intervención, pero ello no pone en peligro grave su salud, tan sólo supone un trastorno en el funcionamiento del servicio, y esta última circunstancia es inevitable en cualquier tipo de huelga y es precisamente lo que le da su eficacia como instrumento de reivindicación*”⁵¹.

5. La justificación de la limitación del derecho a la huelga no sólo exige cumplir el requisito formal de motivación de los servicios mínimos, de forma expresa para que los afectados conozcan por qué se limita su derecho, si no que, además, en su contenido debe observar el principio de proporcionalidad, ponderando los distintos derechos y circunstancias que entran en juego. Tanto los derechos del personal como los de los ciudadanos. El principio de proporcionalidad exige que las limitaciones al ejercicio del derecho fundamental sean las mínimas imprescindibles. De ahí que los acuerdos que fijen los servicios mínimos deban explicar en concreto

46 STS, Contencioso-Administrativo, de 8 de julio de 2009, recurso n^o 5682/2006, que estima el recurso contra el Decreto 120/2005, de 29 de septiembre, del Gobierno de Cantabria, por el que se establecieron los servicios mínimos en el Servicio Cántabro de Salud, SCS.

47 STS, Sala de lo Contencioso, de 17 de septiembre de 2008, recurso n^o 7451/2005, sobre huelga en un hospital del SCS.

48 STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 8 de marzo de 2013, recurso n^o 3517/2011. Estima un recurso formulado por el Sindicato Médico Profesional de Asturias, SIMPA, contra la sentencia que declaró conforme a derecho la fijación de mínimos establecida, en el cien por cien, para la huelga convocada algunos días de marzo de 2009 en los servicios de urgencia hospitalaria del SESPA. También la STS de 26 de diciembre de 2012, recurso n^o 27/2012, indica que la hipotética esencialidad del servicio no es por sí sola razón suficiente para fijar unos mínimos del cien por cien.

49 Así se pronuncia en la precitada STS de 8 de marzo de 2013, que se remite a la de 26 de diciembre de 2012, recurso n^o 27/2012 relativa a jornadas de huelga que afectaban al SUMMA 112, rechazando, por desproporcionados, los servicios mínimos fijados en un cien por cien. También en la STS de 23 de diciembre de 2011, recurso 7148/2010, relativo a unos servicios fijados entre el 80% y el 100%, en una huelga de limpieza en un hospital del Servicio Cántabro de Salud, en la que se reitera la insuficiencia de la justificación *in aliunde*, e improcedencia temporal de la justificación *ex post*.

50 Así, por ejemplo, sentencias del TSJ de Asturias, n^o 89/214, de diez de febrero, y la n^o 119/2014, de 24 de febrero.

51 STS de 17 de diciembre de 2007, recurso n^o 2707/2004, siguiendo el criterio de las precedentes de 24 de septiembre de 2007, recurso n^o 7693/2003, y de 25 de julio de 2007, recurso número 3856/2003, estima el recurso y anula la resolución impugnada donde se disponía que, respecto de los quirófanos programados en horario de mañana, “...*los servicios que se realizarán son los propios de una jornada habitual*”. La sentencia desestima, por otro lado, la pretensión indemnizatoria, pues el derecho a ser indemnizado requiere concretar y detallar el resultado lesivo y demostrarlo, sin que la demanda así lo hiciese.

el por qué se consideran esenciales y el nivel de servicios mínimos⁵². Exigencias igualmente predicables en supuestos de ampliación de los servicios fijados⁵³.

3. PROPUESTA DE ACUERDO PARA EL SNS

La situación descrita presenta un marco inseguro para el desarrollo del ejercicio del derecho fundamental a la huelga por el personal estatutario en el sistema sanitario público, al comprometer servicios esenciales sanitarios para los ciudadanos, que la técnica de fijación de servicios mínimos por la autoridad gubernativa, y el contexto en el que se tiene que ejercer, no permite resolver satisfactoriamente. Ello es así fundamentalmente por la implicación de las autoridades gubernativas en las huelgas del citado personal, dado su papel en la organización del SNS, en la ordenación y negociación del régimen de sus profesionales, y en la defensa del derecho a la protección de la salud de los ciudadanos de la que deben responsabilizarse⁵⁴. A lo que se une el inconveniente ya mencionado de una revisión judicial de la medida, limitativa y garante, mucho tiempo

52 Entre otras muchas, STS de 8 de marzo de 2013, antes citada, en la que se indica: “*La segunda exigencia, relativa a la ponderación de los intereses en conflicto, se traduce en la debida observancia en dicho juicio del principio de proporcionalidad. Y esta Sala y Sección ha declarado... que, con arreglo al criterio inherente a dicho principio, la validez de los servicios mínimos depende en último término de lo siguiente: que el contraste entre, de un lado, el sacrificio que para el derecho de huelga significan tales servicios mínimos y, de otro, los bienes o derechos que estos últimos intentan proteger, arroje como resultado que aquel sacrificio sea algo inexcusable o necesario para la protección de esos otros bienes o derechos, o de menor gravedad que el quebranto que se produciría de no llevarse a cabo los servicios mínimos*”. También STS de 28 de septiembre de 2004, recurso n° 6390/1999, recordando que la configuración constitucional del derecho implica razonar el por qué se fija el nivel de servicios mínimos, siguiendo en su establecimiento criterios de proporcionalidad entre los sacrificios impuestos a los huelguistas y a los usuarios de los servicios, especificando y explicando el porcentaje establecido como necesario. También STS de 27 de septiembre de 2010, recurso número 6010/2007, referida a una huelga en Osakidetza,

53 STS de 13 de marzo de 2013, recurso n° 4486/2011.

54 No está de más mencionar también las reclamaciones patrimoniales y reintegros de gastos por utilización de servicios sanitarios ajenos que pueden originar las huelgas en el SNS, ni que las situaciones conflictivas pueden dar lugar a querrelas y procedimientos penales. En ello se ven implicados pacientes, convocantes y hasta la autoridad gubernativa encargada de garantizar los servicios esenciales. Como ejemplo: Auto del TS, Sala de lo Penal, procedimiento n° 20833/2013, de 12 de marzo de 2014, dictado en la querrela presentada por la Asociación de médicos y titulados superiores (AMYTS), contra el Presidente de la Comunidad de Madrid.

después de haberse producido la huelga. Siendo ello así parece conveniente abordar el desafío de buscar nuevos instrumentos que puedan ayudar a reducir la vulnerabilidad que, para todas las partes y afectados, entraña el inseguro marco jurídico actual en el que se desenvuelven las huelgas en el SNS. El propio TC se ha quejado de esta insatisfactoria situación que en gran parte es achacable al incumplimiento del mandato constitucional de dictar una ley orgánica, que constituiría la solución más idónea elaborada desde el consenso y aprovechando las aportaciones de la doctrinal y jurisprudencia⁵⁵. Pero como no parece que vaya a ser así, después de 35 años, cabe pensar en otras fórmulas para resolver la conflictividad que la fijación de servicios mínimos suele conllevar. Para ello se propone considerar un Acuerdo de Resolución Extrajudicial para la solución de conflictos sobre servicios mínimos en el SNS, con el objetivo de pactar “en frío” criterios que después se tuviesen en cuenta en las concretas huelgas del personal estatutario, y que de este modo ayudasen a la autoridad gubernativa a ejercer su responsabilidad de establecerlos, de forma más aceptada por responder a criterios previamente acordados⁵⁶. Una vía, la del diálogo social y la negociación colectiva, que a todas las partes y afectados interesa como garantía de los derechos constitucionales en juego: el fundamental de huelga y el de protección de la salud de los ciudadanos.

4. BIBLIOGRAFÍA

- ALARCÓN CARACUEL, Manuel Ramón, “Huelga en servicios esenciales de la comunidad”, *El/La juez/a social como garante de los derechos humanos fundamentales* de Cuadernos Digitales de Formación, 14-2011 (Director: Fernando Salinas Molina), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2012

55 STC 123/1990, de 2 de julio. Cfr. QUINTANILLA NAVARRO, Raquel, “El derecho de huelga en la doctrina del Tribunal Constitucional: propuestas para una Ley Orgánica”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, num. 73, 2008, Madrid, 2008, pp.337-366

56 Cfr. LANTARÓN BARQUÍN, David, *Ordenación de la solución extrajudicial de los conflictos laborales*, Lex Nova, Valladolid, 2003. pp.167 y pp. 908-910. Cfr. ALFONSO MELLADO, Carlos L., “Libertad sindical y negociación colectiva en el empleo público”, cit. Otras posibilidades se analizan en DURÁN LÓPEZ, Federico, “Huelga y servicios esenciales”, cit.

- ALFONSO MELLADO, Carlos L., “Libertad sindical y negociación colectiva en el empleo público”, *Cuadernos de la Fundación*, N° 21, Fundación 1° de Mayo, Madrid, 2011
- AJS, “Posicionamiento de la Asociación de Juristas de la Salud ante el Real Decreto ley 16/2012, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del SNS y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones”, CANTERO MARTÍNEZ, Josefa (La Presidente AJS) 1.12.2012. <http://www.ajs.es>
- CASTILLO BLANCO, Federico, “El Estatuto Marco del Personal Estatutario”, en PAREJO, Luciano, PALOMAR, Alberto y VAQUER, Marcos (coords.), *La reforma del Sistema Nacional de Salud. Cohesión, calidad y estatutos profesionales*, Marcial Pons, Madrid, 2004, pp.317-383
- CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, Jaime, *El Derecho de Huelga de los Funcionarios Públicos*, THOMSON-ARANZADI, Navarra, 2006
- De LORENZO, Ricardo, “Colegios y sindicatos médicos”, *redaccionmedica.com*, 3 de marzo de 2014, a las 19,42h.
- DEL POZO, Alberto; SÁNCHEZ BAYLE, Mariano (Coords), *Los profesionales de la salud en España*, Ediciones GPS, Madrid, 2008.
- DURÁN LÓPEZ, Federico:
 - “La democracia “Peter Pan”, *Cinco Días*, 20 de enero de 2009
 - “Huelga y servicios esenciales”, *Revista de Administración Sanitaria siglo XXI*, Vol. 8, Núm. 1, Madrid, septiembre 2010, pp. 127-140
 - “En defensa de lo privado”, *Cinco Días*, 3 de octubre de 2013.
 - “Derecho de huelga y servicios públicos”, *Cinco Días*, 25 de noviembre de 2013
- GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, Ignacio, *El Proyecto de Ley Orgánica de Huelga de 1993: la huelga en los servicios esenciales de la comunidad como telón de fondo*, Universidad de Cantabria, Santander, 1993.
- HERRANZ, Gonzalo, “Ética de la huelga sanitaria”, Departamento de Humanidades Biomédicas, Universidad de Navarra. <http://www.unav.es/cdb/dhbghuelga.html>
- HESSEL, Stéphane; MORIN, Edgar, *El camino de la esperanza*, (traducción de Rosa Alapont), Destino, Barcelona, 2012
- JIMÉNEZ SÁNCHEZ, José Joaquín Evaristo, “La huelga de los trabajadores de las Administraciones Públicas, servicios mínimos y servicios esenciales”, *Relaciones Laborales en las Administraciones Públicas*, Cuadernos de Derecho Judicial 7-2007 (Director: Miguel Ángel Luelmo Millán), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2008
- LAMATA COTANDA, Fernando, “La huelga médica de primavera de 1987”, en Marketing sanitario, F. LAMATA, J. CONDE, B. MARTÍNEZ, M. HORNO, Ediciones Díaz de Santos, Madrid, 1994, pp. 263-269
- LAMATA COTANDA, Fernando, PÉREZ ANDRÉS, Cristina, “25 años después de la reforma sanitaria de Ernest Lluch”, *Revista Española de Salud Pública*, vol. 85, núm. 5, septiembre-octubre, 2011, pp. 421-426, Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad.
- LANTARÓN BARQUÍN, David, *Ordenación de la solución extrajudicial de los conflictos laborales*, Lex Nova, Valladolid, 2003
- MONEREO PÉREZ, José Luís (Dirección), *Los derechos de libertad sindical y de negociación colectiva en una perspectiva comparada*, Comares, Granada, 2011
- LARRAONDO, Cristina, *Yo fui ministra*, Plaza Janés, Barcelona, 2008
- QUINTANILLA NAVARRO, Raquel, “El derecho de huelga en la doctrina del Tribunal Constitucional: propuestas para una Ley Orgánica”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, num. 73, 2008, Madrid, 2008, pp.337-366
- REPULLO LABRADOR, José Ramón, “La sostenibilidad de las prestaciones sanitarias públicas”, en PRESNO LINERA, Miguel Ángel (Coord.), *Crisis económica y atención a las personas y grupos vulnerables*, Procuradora General del Principado de Asturias, Universidad de Oviedo-Área de Derecho Constitucional, PROCURA N°2, 2012

- SIMÓN LORDA, Pablo, “Ética y huelga sanitaria”, Blog *El pájaro que cruza*, 29.11. 2012.
- VÁZQUEZ GARRANZO, Javier, “El profesional sanitario al servicio de la Administración: derechos, deberes y funciones del personal estatutario de los servicios de salud”, en LARIOS RISCO, David (coord.) *Marco jurídico de las profesiones sanitarias*, LEX Nova, Valladolid, 2007, pp.267-343