



HERRI ADMINISTRAZIO ETA
JUSTIZIA SAILA
Araubide Juridikoaren
Sailburuordetza
*Lege Garapen eta Arau Kontrolerako
Zuzendaritza*

DEPARTAMENTO DE ADMINISTRACIÓN
PÚBLICA Y JUSTICIA
Viceconsejería de Régimen Jurídico
*Dirección de Desarrollo Legislativo y
Control Normativo*

INFORME JURÍDICO RELATIVO A LA CONSULTA REALIZADA POR EL DIRECTOR DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA DEL DEPARTAMENTO DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y JUSTICIA EN RELACIÓN A LA POSIBILIDAD DE QUE SE ESTÉ PRODUCIENDO UN EJERCICIO ABUSIVO DEL DERECHO DE LA HUELGA CONVOCADA PARA EL CUERPO DE MÉDICOS FORENSES DESTINADOS EN LOS CENTROS DE BIZKAIA DEL INSTITUTO VASCO DE MEDICINA LEGAL, ASÍ COMO DE LA LEGALIDAD Y VIABILIDAD DE LA ADOPCIÓN DE UNA SERIE DE MEDIDAS PROPUESTAS PARA RESTABLECER EL NORMAL DESARROLLO DEL SERVICIO AFECTADO POR DICHO EJERCICIO ABUSIVO

90/2016 IL

I. ANTECEDENTES

Por la Dirección de la Administración de Justicia del Departamento de Administración Pública y Justicia, se ha remitido al Viceconsejero de Régimen Jurídico del mismo Departamento escrito de fecha 6 de julio de 2016, en el que se informa que se ha solicitado a la Dirección de Desarrollo Legislativo y Control Normativo la emisión de informe jurídico en relación al objeto de consulta señalado en el encabezamiento.

Se emite el presente informe, en virtud de las funciones atribuidas al Servicio Jurídico Central del Gobierno Vasco por el artículo 5.2 de la Ley 7/2016, de 2 de junio, de Ordenación del Servicio Jurídico del Gobierno Vasco, así como, específicamente, en base a las competencias atribuidas a la Dirección de Desarrollo Legislativo y Control Normativo, dependiente de la Viceconsejería de Régimen Jurídico, por el artículo 13.1.a) del Decreto 188/2013 de 9 de abril, por el que se establece la estructura orgánica y funcional del Departamento de Administración Pública y Justicia.

II. SITUACIÓN PLANTEADA Y OBJETO DE LA CONSULTA

Conforme se ha indicado en el encabezamiento, por la Dirección de la Administración de Justicia se solicita informe jurídico sobre la posibilidad de que se esté produciendo un ejercicio abusivo del derecho de la huelga convocada para el Cuerpo de Médicos Forenses destinados en los centros de Bizkaia del Instituto Vasco de Medicina Legal (en adelante, IVML), así como de la legalidad y viabilidad de una serie de medidas propuestas para restablecer el normal desarrollo del servicio público afectado por dicho supuesto ejercicio abusivo.

Para una mejor comprensión de la consulta realizada, por el órgano consultante se aportan una serie de datos sobre la organización de los servicios que se están viendo obstaculizados como consecuencia del modo en el que el personal perteneciente al Cuerpo de Médicos Forenses está ejerciendo el derecho de huelga y sobre las funciones asignadas a dicho Cuerpo de Médicos Forenses que tiene trascendencia en el ejercicio de las funciones de otros órganos diferenciados del personal convocado a la huelga (abstracción hecha de los servicios declarados mínimos y esenciales).

Veamos cuales son los datos que se facilitan y la situación que se plantea.

1.- Las funciones asignadas al Cuerpo de Médicos Forenses que tienen trascendencia en el ejercicio de las funciones de otros órganos diferenciados del personal convocado a la huelga (excluidos, como se ha dicho, los servicios declarados mínimos y esenciales) son las siguientes:

- Exámenes periciales a personas que toman parte en juicios. Por ejemplo: pericias sobre incapacidades (determinar el grado de dependencia de una persona), pericias en juicios en los que se discutan lesiones, etc.
- Realización de informes que recogen los datos observados en los exámenes periciales y que deben ser remitidos a los órganos judiciales.
- Asistencia a vistas judiciales, al objeto de dar cuenta de sus informes en sala, interrogatorios por las partes, y otros.

Conforme se indica en la consulta, la interconexión existente en la labor de diversos órganos –Juzgados, Tribunales e IVML- hace que el trabajo que se desarrolla en la Administración de Justicia deba ser considerado como un proceso único, continuo, complejo y, por supuesto, interdependiente, en el que los diferentes órganos judiciales citan a los interesados para que sean evaluados por el Médico Forense. Éste realizará un informe en el que reflejará las circunstancias observadas y, posteriormente, procederá a su explicación en sede judicial, mediante la asistencia a la vista judicial correspondiente. De modo que la paralización de la realización de exámenes periciales a las partes de un proceso judicial, paralizaría el resto de actuaciones, ya que, si no hay examen pericial, no pueden elaborar el informe y, consecuentemente, no pueden enviarlo a sede judicial para su evaluación, ratificación o para lo que proceda en la vista judicial correspondiente.

Es por ello que -se sigue argumentando en el escrito del órgano consultante-, para evitar la paralización total y absoluta de los servicios judiciales, se hace imprescindible conocer con anterioridad la disponibilidad horaria de los profesionales del IVML, quienes, en una situación normalizada, tienen una jornada de siete horas y media, de las cuales, cinco y media, a realizar entre las 8:30 y las 14:30, son de obligada presencia.

2.- Tras realizar dicha descripción de funciones y de las características del servicio prestado, la Dirección de la Administración de Justicia pasa a explicar cómo se está desarrollando la huelga en los centros de Bizkaia del IVML y como se ve afectado el servicio por el ejercicio de dicho derecho de huelga en los centros referidos.

Matiza, en este sentido, que no ha sido la convocatoria de huelga la que ha logrado paralizar el servicio que deben proveer los órganos judiciales, sino el especial ejercicio que de dicho derecho está haciendo uso el Cuerpo de Médicos Forenses, rotando los días en los que paralizan su actividad logrando la práctica inactividad total del aparato judicial, bajo la cobertura formal de una convocatoria de huelga que sólo está siendo ejercida en parte de dicho tiempo, en concreto, en la franja de presencia obligatoria.

Concretamente, la convocatoria actual de huelga se proyecta de lunes a viernes durante la totalidad del horario de obligada presencia, aunque *de facto* se está ejerciendo de forma rotatoria. Esto conlleva que los órganos judiciales se vean abocados, con carácter general, a no citar a los ciudadanos. Como dichas citaciones no se realizan efectivamente, el personal Médico

Forense no tiene datos para realizar el informe y, como ya se ha dicho, no se puede enviar a sede judicial, ni presentar en vista un informe que no se ha hecho. Consecuentemente, los días que acuden a su puesto de trabajo y que, a día de hoy, superan los días en que secundan la huelga, la jornada laboral se encuentra vacía de contenido, al haber eludido ese primer paso del examen pericial, paralizando así la totalidad de la actividad.

Por el contrario -tal y como la Dirección de la Administración de Justicia dice que le consta ha ocurrido en la práctica-, se procede a efectuar citas judiciales a ciudadanos para el correspondiente informe pericial porque se ha observado que los días anteriores el seguimiento de la huelga es nulo, pero resulta que el ciudadano no es atendido, porque ese día concreto el personal médico decide secundar la huelga.

3.- Indica la Dirección de la Administración de Justicia que ese ejercicio rotatorio del derecho de huelga no se ha producido desde el momento inicial, sino que ha sufrido una evolución desde que el mes de marzo de 2016 se presentó por las centrales sindicales una convocatoria de huelga parcial para todos los Médicos Forenses de la Comunidad Autónoma del País Vasco, pero que solo tiene seguimiento en Bizkaia.

Aunque desde que se inició la huelga se han producido retrasos en la tramitación habitual de los servicios judiciales, es a partir de la semana del 13 de junio, cuando la forma en el ejercicio del derecho de huelga por parte de los Médicos Forenses conlleva la paralización del servicio, ya que, durante tres días a la semana, o ninguno de los Médicos Forenses secunda la huelga o la ejercen un máximo de dos funcionarios; y aumenta considerablemente el número de peticiones de licencias o permisos que vienen suscritos e, incluso, informados favorablemente por el Director del IVML.

De esta forma, y de acuerdo con los datos que se adjuntan en un cuadro explicativo de la situación relativa a las personas que secundan la huelga, los que se encuentran en situación de IT o disfrutando de licencias y permisos, con apenas un seguimiento de la huelga entre el 0% y el 29%, y realizando un ejercicio efectivo del derecho de huelga, menor en días que los días de actividad ordinaria, se ha pretendido paralizar el servicio público, alegando una situación de huelga que, *de facto*, no se está ejerciendo y que, por tanto, puede ser susceptible de la calificación de huelga abusiva.

A lo que la Dirección de la Administración de Justicia califica de ejercicio abusivo del derecho de huelga, deben añadirse actuaciones como.

- Creación de una falsa apariencia de normalidad laboral, aludiendo a que hay Médicos Forenses que acceden y permanecen en su puesto de trabajo durante el tiempo de convocatoria de la huelga, pero cuando son requeridos sus servicios manifiestan que se encuentran en huelga y se niegan a trabajar.
- El gran aumento de quejas, tanto por parte de ciudadanos como por órganos judiciales referentes a la situación de paralización y/o retraso, así como sobre los inconvenientes para lesionados y perjudicados.
- Que la Dirección de la Administración de Justicia al objeto de garantizar los servicios ha adoptado como medida la restricción al máximo posible de la concesión de permisos y licencias al colectivo, máxime teniendo en cuenta que se ha constatado un incremento de peticiones de este tipo para los días de huelga, con la aparente finalidad de eludir el descuento en nómina correspondiente por el ejercicio del derecho de huelga. Esta medida ha dado lugar a reclamaciones, tanto en lo que se refiere a la denegación de licencias y permisos e, incluso, pretendiendo que se les abonen las cantidades dejadas de percibir o que los días en que ejercieron la huelga les sean repuestos y puedan de ese modo volver a ser disfrutados en alguna de las modalidades de licencias o permisos, lo que podría suponer, no solamente desvirtuar el objetivo del derecho de huelga, sino que podría constituir un enriquecimiento injusto mediante el ejercicio del derecho de huelga.

4.- Tras invocar los fundamentos jurídicos que respaldan el criterio de la Dirección de la Administración de Justicia de que nos encontramos ante un supuesto de huelga abusiva, se solicita a la Dirección de Desarrollo Legislativo y Control Normativo informe jurídico sobre las siguientes cuestiones:

- Como cuestión principal, si de los hechos relatados por el órgano consultante se puede llegar a la conclusión de que nos encontramos ante una huelga abusiva por parte del personal funcionario perteneciente al Cuerpo de Médicos Forenses del IVML en sus centros de Bizkaia.

- Si gozan de amparo jurídico las medidas adoptadas por la Dirección de la Administración de Justicia respecto a la restricción de permisos y licencias y su posible extensión al supuesto de disfrute de vacaciones.
- Posibilidad legal de no aplicar dichas medidas al personal que no ejerce el derecho a la huelga y cumple con su horario laboral.
- Posibilidad de exigir del personal convocado a la huelga, la comunicación con una antelación mínima a la Dirección de la Administración de Justicia de su intención de secundar la huelga en las siguientes jornadas y, en su caso, el plazo mínimo de comunicación.
- Consecuencias jurídicas que podrían acarrear a los funcionarios el secundar una huelga en el caso de ser la misma calificada como ilícita o abusiva.

III.- CONCLUSIONES Y CONSIDERACIONES JURÍDICAS SOBRE LAS CUESTIONES PLANTEADAS

Con carácter previo a abordar las cuestiones planteadas, y a fin de centrar el análisis jurídico, es necesario recordar que la regulación del derecho de huelga, que prevé el artículo 28.2 de la Constitución, no se ha producido, como es bien sabido, hasta el momento. Ello hace que la regulación del derecho de huelga haya de extraerla de:

a) Su consagración constitucional, teniendo en cuenta la formulación del artículo 28.2 de la Constitución y su ubicación sistemática que incluye el de huelga entre los derechos fundamentales que gozan del máximo nivel de protección constitucional.

b) De la normativa preconstitucional contenida en el Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, de reforma de la normativa de las relaciones de trabajo.

Para la interpretación de dicha regulación hay que tener en cuenta la doctrina del Tribunal Constitucional (uno de cuyos máximos exponentes es la Sentencia 11/1981, de 8 de abril, que salva la constitucionalidad de la mayor parte de la regulación que del derecho de huelga hace el Real Decreto-Ley 17/1977, aunque censura algunos puntos de dicha regulación e impone una determinada interpretación de otros), así como las sentencias que sobre esta materia han dictado los diferentes Juzgados y Tribunales ordinarios.

Tras esta breve introducción, pasamos a realizar nuestras conclusiones y consideraciones jurídicas sobre las cuestiones planteadas por la Dirección de la Administración de Justicia.

1.- ¿Nos encontramos ante una huelga abusiva por parte del personal funcionario perteneciente al Cuerpo de Médicos Forenses del IVML en sus centros de Bizkaia?

En relación con la consulta realizada sobre el posible carácter abusivo de la huelga llevada a cabo por el personal funcionario perteneciente al Cuerpo de Médicos Forenses del IVML en sus centros de Bizkaia, debemos realizar una aproximación teórica al tema, para, posteriormente, en función de los datos que nos ha proporcionado la Dirección de la Administración de Justicia en su escrito de consulta, poder dar nuestra opinión sobre si dicha huelga puede merecer la calificación jurídica que el órgano consultante somete a nuestra consideración.

a) La huelga abusiva está contemplada en el artículo 7.2 del Real Decreto-Ley 17/1997, de 4 de marzo, de reforma de la normativa de relaciones de trabajo, precepto que considera ilícitas o abusivas *“las huelgas rotatorias, las efectuadas por los trabajadores que prestan servicios en sectores estratégicos con la finalidad de interrumpir el proceso productivo y las de celo o reglamento”*.

Fuera de estos casos, como ha señalado la jurisprudencia, debe presumirse la validez de una huelga, pero sin que pueda excluirse que las circunstancias concurrentes la conviertan en abusiva. Serán aquellos supuestos en que la huelga origine un daño que sea grave y que haya sido buscado por los huelguistas más allá de lo que es razonablemente requerido por la propia

actividad conflictiva y por las exigencias inherentes a la presión que la huelga necesariamente implica (por todas, STS 9-6-2005-RJ 2005\5851, si bien la cita corresponde a la STC 41/1984).

b) Las huelgas intermitentes (aunque esta huelga se ha planteado como indefinida, presenta ciertas características similares a las huelgas intermitentes) gozan de presunción de licitud, aunque tal como hemos indicado, podrá considerarse abusiva *“cuando el desarrollo de los paros intermitentes produce un daño desproporcionado a la otra parte de la relación de conflicto”*.

Ahora bien, a este respecto ha de señalarse que *“la desproporción entre los daños producidos al empresario y los sacrificios asumidos por los huelguistas ha de fundamentarse en hechos probados, y esta base fáctica ha de ser aportada por el empresario, de acuerdo con sentencia de esta Sala de 30 de junio de 1990”* (la citada STS 9-6-2005).

c) Los supuestos que han permitido calificar las huelgas como abusivas no son muy numerosos, pero se han producido en el ámbito de la jurisdicción social y con motivo de procedimientos de conflictos colectivos, bien sean instados por el empresario, bien por los trabajadores o su representación, o mediante el enjuiciamiento de las sanciones impuestas por la empresa.

Hay que añadir, tras el examen de la jurisprudencia existente, que son más numerosos los casos en que los Tribunales han desestimado la pretendida calificación de abusiva. No en vano, recordémoslo, corresponde la prueba del abuso del derecho a quien interese. Aquí la prueba del interesado habrá de ser plena, recayendo tanto sobre las características y significado de los daños producidos como sobre la intención de producirlos.

En defecto de tal prueba, la presunción de licitud de la huelga debe operar conduciendo a una sentencia desestimatoria de la pretendida calificación de abuso.

d) No hemos encontrado ningún precedente en la jurisdicción contencioso-administrativa en relación con algún supuesto de huelga abusiva de funcionarios públicos.

Además, parece muy complicada la posibilidad de articular procesalmente un pronunciamiento judicial puramente declarativo calificando como abusiva una huelga en este ámbito –al modo que ofrece el procedimiento de conflicto colectivo en el orden social-.

Parece que dicha declaración podría producirse, en todo caso, en algún recurso contencioso-administrativo interpuesto por alguno de los sindicatos promotores o participantes en la huelga que se lleva a cabo con ocasión de alguna resolución o declaración de la Administración, o por algún funcionario al que se le ha aplicado una medida concreta, que considera contraria a derecho, porque la Administración ha entendido que la huelga tiene el carácter de abusiva.

e) A nuestro juicio, y a falta de una regulación de la huelga en el ámbito de la función pública, en un principio parece que la Administración, mediante la adopción de medidas organizativas o el establecimiento de los servicios mínimos, goza de mecanismos de compensación para evitar las huelgas abusivas, aunque somos plenamente conscientes de que es fácil realizar esta afirmación en un plano teórico, pero que es mucho más difícil materializar esas medidas gubernativas o que la autoridad laboral autorice unos servicios mínimos que satisfagan las necesidades de la Administración que se ven alteradas por la huelga.

f) Por lo demás, analizados los datos aportados por la Dirección de la Administración de Justicia en relación a la incidencia de la huelga, el modo de ejercitarla, el aumento de licencias y permisos en dichas fechas y demás circunstancias apuntadas, sí advertimos un ánimo del personal que secunda la huelga de realizar el mayor daño posible en la prestación del servicio con el menor perjuicio económico para los funcionarios huelguistas.

Ahora bien, a pesar de esa constatación, consideramos altamente improbable que un Juzgado o Tribunal del orden contencioso-administrativo pueda llegar a calificar la huelga como abusiva teniendo en cuenta el escaso seguimiento porcentual de la misma y que, incluso, muchos días el personal que lo secunda es de un 0%.

Entendemos que con esos datos la huelga difícilmente puede ser considerada rotatoria, y tampoco nos encontramos ante una huelga efectuada por personal que preste servicios en “sectores estratégicos”, aun reconociendo la importancia del servicio que presta el IVML dentro de la Administración de Justicia.

2.- ¿Gozan de amparo jurídico las medidas adoptadas por la Dirección de la Administración de Justicia respecto a la restricción de permisos y licencias y su posible extensión al supuesto de disfrute de vacaciones?

Aunque la regulación existente del derecho de huelga no establece nada sobre la posibilidad de restringir los permisos y licencias o el disfrute de vacaciones para minimizar el impacto de la huelga en la prestación del servicio, no advertimos impedimento jurídico alguno para dicha posibilidad de restricción, siempre y cuando la medida se produzca en el ámbito de las potestades discrecionales de la Administración para la concesión de los mismos, y no se incurra en supuesto de arbitrariedad.

En este sentido, hay que distinguir entre las licencias, permisos y disfrute de vacaciones.

En general, la licencia conlleva el ejercicio de un derecho reconocido como tal ante la producción de un supuesto de hecho concreto (lo cual no impide la exigencia de la necesaria acreditación de las circunstancias que lo generan), lo que implica que la Administración tiene una menor posibilidad de intervención en la concesión de su disfrute.

Por el contrario, los permisos han de ser solicitados y su concesión, con carácter general, depende de la discrecionalidad del órgano que detenta la competencia legal de otorgarlo, por lo que dicho órgano podrá hacer uso de sus facultades discrecionales atendidas las necesidades de servicio que deben ser cubiertas.

Finalmente, en lo que respecta al disfrute de vacaciones, los Acuerdos reguladores de condiciones de trabajo suelen distinguir los periodos que pueden ser elegidos por el funcionario de aquellos otros periodos en los que la Administración es la que fija su disfrute en función de la organización del servicio, supuesto en el que, sin duda, entran en juego nuevamente las facultades discrecionales que corresponden al órgano que debe autorizar el disfrute de vacaciones.

3.- Posibilidad legal de no aplicar dichas medidas al personal que no ejerce el derecho a la huelga y cumple con su horario laboral.

Consideramos que el ejercicio de las facultades discrecionales antedichas no puede depender de si el personal está ejercitando el derecho de huelga o no, ya que el ejercicio del derecho de huelga goza de protección legal si se ejercita dentro de los términos de la licitud. Por tanto, adoptar criterios diferentes en unos casos u otros, puede ser considerado como una lesión a la libertad sindical y al legítimo ejercicio del derecho de huelga por parte de los funcionarios para la defensa de sus intereses profesionales

4.- Posibilidad de exigir del personal convocado a la huelga, la comunicación con una antelación mínima a la Dirección de la Administración de Justicia de su intención de secundar la huelga en las siguientes jornadas y, en su caso, el plazo mínimo de comunicación.

No existe obligación legal de pronunciarse con antelación (preavisar) si se va a secundar o no el paro convocado. El ejercicio del derecho de huelga es un derecho de ejercicio personal que se da a conocer en el mismo instante del inicio del paro.

No obstante, no puede considerarse que, en determinadas circunstancias que lo justifiquen, el hecho de que la Administración pregunte a su personal si va a secundar o no la huelga atente contra el derecho de huelga y la libertad sindical, siempre y cuando la información que se pretende obtener se obtenga de forma voluntaria, sin mediar insistencia ni presión alguna, no haya ánimo de influir en el ejercicio de la huelga, ni exista, como la jurisprudencia ha establecido, un “*animus laedendi*” del derecho a la intimidad de las personas llamadas a secundar el paro.

En cualquier caso, la respuesta del trabajador o funcionario no es vinculante y podría unirse a la huelga en cualquier momento o desistir de la misma.

5.- Consecuencias jurídicas que podrían acarrear a los funcionarios el secundar una huelga en el caso de ser la misma calificada como ilícita o abusiva.

En el supuesto de que la huelga se calificara como ilícita o abusiva (doctrinalmente no se descarta la existencia de huelgas abusivas en el ámbito de la función pública, aunque ya hemos puesto de manifiesto que no tenemos conocimiento de ningún caso en que así haya ocurrido), la

participación en la huelga, en el caso de que hubiese un comportamiento culpable por parte del funcionario, podría dar lugar a una responsabilidad disciplinaria.

El tipo en el que podría subsumirse ese comportamiento podría ser bien la falta de rendimiento que afecte al funcionamiento del servicio, bien la grave perturbación del servicio, o bien la que correspondiese en cada caso en función de la infracción disciplinaria cometida, en función de la responsabilidad que se depure en el correspondiente procedimiento disciplinario.

Asimismo, el ejercicio de una huelga abusiva podría dar lugar a la exigencia de responsabilidad por los daños y perjuicios ocasionados, aunque esta medida se nos antoja muy difícil en el supuesto que estamos analizando ahora.

El ejercicio de la huelga dentro de los límites legales no genera ningún tipo de responsabilidad susceptible de ser reparada, como reiteradamente ha puesto de manifiesto el Tribunal Supremo (SSTS de 14-2-1990, 30-7-1990, 6-7-1990 o 4-4-1991).

Sin embargo, la consecuencia es distinta cuando se transgreden esos límites, supuesto en el cual el perjuicio causado dejará de justificarse y la lesión se tornará en un acto antijurídico, debiendo los autores responder de los daños causados por su actuación en la huelga, es decir, el agente productor del comportamiento abusivo y dañoso estaría sujeto a la responsabilidad de satisfacer la correspondiente indemnización y reparar el daño causado.

Respecto a las medidas disciplinarias que pueda adoptar la Administración, el funcionario podrá impugnar las mismas en vía judicial contencioso-administrativa.

Frente a la medida empresarial de responsabilidad por los daños y perjuicios ocasionados, las entidades o las personas contra las que se dirija la correspondiente acción de responsabilidad, podrán desvirtuar la existencia de daños y su nexa causal con el acto instigador de la huelga, a fin de no resultar responsables.

Incluso, la participación en una huelga lícita puede dar lugar a medidas disciplinarias si se detectan comportamientos individuales o actos específicos que den lugar a dicha responsabilidad. Nos encontramos, evidentemente, ante un ámbito marcadamente casuístico,

que no admite conclusiones generales, pero podría ser, por poner un ejemplo, el caso de aquel funcionario que acude a su centro de trabajo con normalidad, mostrando la apariencia de no estar secundando el paro y evitando de ese modo la detracción económica correspondiente, pero que en el momento en que es requerido para prestar un servicio se niega a realizarlo alegando que no va a trabajar porque se encuentra en huelga.

Este es el informe que emito, y someto a cualquier otro mejor fundado en derecho.