

## **NOTA SOBRE FUNCIONES DURANTE SERVICIOS MINIMOS EN EL AREA DE QUIROFANO EN CASO DE CONVOCATORIA DE HUELGA.**

*Informe de las funciones durante los servicios mínimos de los facultativos de hospital, concretamente en el área de quirófano, ya que en el ámbito de consultas que entiendo que serán similares a la de los médicos de Atención Primaria "En huelga no deben pasarse consultas ordinarias por el personal en servicios mínimos, sólo deben atenderse los asuntos urgentes a juicio del propio facultativo."*

*Respecto a quirófanos existe la idea de las huelgas del 2012 de que solo pueden obligar a intervenciones oncológicas, urgentes y que hayan requerido una preparación excesivamente dolosa para el paciente (como reversión anticoagulación o preparación colon, por ejemplo). ¿Existe jurisprudencia al respecto?*

### **INFORME**

Al tratarse de Facultativos Especialistas de Área, personal estatutario adscrito a hospital, hemos de diferenciar dos aspectos de naturaleza distinta:

Aspecto retributivo.- La Orden de 14 de julio de 2017, de la Consejería de Economía, Empleo y Hacienda, por la que se dictan Instrucciones para la Gestión de las Nóminas del Personal de la Comunidad de Madrid para 2017 (BOE nº 171, de 20 de julio) en el artículo 34, establece que la diferencia en cómputo mensual entre la jornada reglamentaria de trabajo-según la planificación en el centro para cada empleado- y la efectivamente realizada, dará lugar, salvo justificación, a la correspondiente deducción de haberes.

A tales efectos habrán de tenerse en cuenta las siguientes consideraciones:

a) A efectos del cálculo del valor hora, se tomará como base, la totalidad de las retribuciones íntegras anuales, a excepción de lo percibido en concepto de complemento de atención continuada por la realización de guardias, noches y festivos, de las pagas extraordinarias y adicionales y del complemento de productividad variable.

La cuantía resultante se dividirá por el número de horas que correspondan según la jornada anual que el personal estatutario venga obligado a trabajar, a las cuales se sumarán las horas correspondientes al período anual de vacaciones y las fiestas anuales que se establezcan en el calendario laboral.

b) En el supuesto de que la deducción suponga al menos un día completo de trabajo se procederá, siempre en el momento de su devengo, a la correspondiente reducción proporcional de la paga extraordinaria. Se despreciarán las horas que sumadas no supongan un día de trabajo completo.

Aspecto organizativo o de prestación del servicio.- Se trata de valorar si la resolución que dicta el Servicio de Salud en atención a la instauración de determinados servicios mínimos (por ejemplo, quirófano) puede estar vulnerando o no, el derecho de huelga reconocido en el artículo 28.2 de la Constitución Española; sobre todo en aquellos casos en los que esté debidamente justificado el carácter esencial del servicio y el servicio mínimo resulte desproporcionado.

## DERECHO A LA HUELGA Y DERECHO A LA SALUD Y ASISTENCIA SANITARIA

Según numerosas sentencias los intereses en conflicto son, de un lado, el derecho de huelga y de otra parte el derecho a la salud y la asistencia sanitaria.

Existen pronunciamientos judiciales que han decantado el conflicto de intereses a favor de la resolución que determinó los servicios mínimos, al considerar que la salud de los pacientes que se encuentran en lista de espera o de una persona que no haya entrado por urgencias, no implica entender que su operación no sea esencial:

*”...el servicio mínimo impugnado (quirófanos programados en horario de mañana, servicios propios de una jornada habitual) no era desproporcionado ni carente de motivación pues en el conflicto derecho a la salud y asistencia sanitaria consecuente de los pacientes que tienen programadas sus intervenciones quirúrgicas y el derecho de huelga de los trabajadores (colectivo sanitario) **debe prevalecer aquel por el carácter "esencial" del servicio** -están en juego la salud e incluso en algunos casos la vida de los pacientes-. Esencialidad que, por otra parte, es patente y de dominio público...”*

## JURISPRUDENCIA

Los criterios jurisprudenciales extraídos de la jurisprudencia constitucional y de la sala de lo contencioso administrativo del Tribunal Supremo, al analizar el alcance y contenido del artículo 28.2 de la CE, perfilan los rasgos fundamentales de la **motivación** en la fijación de los servicios mínimos y la **adecuación y proporcionalidad** de éstos a los fines previstos:

- Los límites del derecho de huelga no son sólo los derivados directamente de su acomodación con el ejercicio de otros derechos reconocidos y declarados igualmente por la Constitución, sino que también pueden consistir en otros bienes constitucionalmente protegidos (Sentencia del Tribunal Constitucional 11/1981, fundamentos jurídicos 7º y 9º).

El artículo 28.2 CE, al hacer referencia a las garantías precisas para asegurar, en caso de huelga, el mantenimiento de los servicios esenciales para la comunidad, establece el derecho de los trabajadores a defender y promover sus intereses mediante dicho instrumento de presión pero **cede cuando con ello se ocasiona o se pueda ocasionar un mal más grave que el que los huelguistas sufren**, en la medida en que la destinataria de los servicios esenciales es la comunidad entera y los servicios son al mismo tiempo esenciales para ella.

La huelga no puede imponer el sacrificio de los intereses de los destinatarios de estos: “*el derecho de la comunidad a estas prestaciones vitales es prioritario respecto del derecho de huelga*” (Sentencia del Tribunal Constitucional 11/1981, fundamento jurídico 18º).

- La noción de servicios esenciales hace referencia a la naturaleza de los intereses cuya satisfacción se conecta con los derechos fundamentales, las libertades públicas y los bienes constitucionalmente protegidos (Sentencia del Tribunal Constitucional 26/1981,

fundamento jurídico 10º). Los servicios esenciales no quedan lesionados o puestos en peligro por cualquier situación de huelga, siendo necesario **examinar en cada caso** las circunstancias concurrentes en la misma (Sentencia del Tribunal Constitucional 26/1981, fundamento jurídico 10º; Sentencia del Tribunal Constitucional 51/1986, fundamento jurídico 2º).

- Adopción de las medidas que garanticen el mantenimiento de los servicios esenciales, la autoridad gubernativa ha de ponderar la extensión - territorial y personal -, duración prevista y demás circunstancias concurrentes en la huelga, así como las concretas necesidades del servicio y la naturaleza de los derechos o bienes constitucionalmente protegidos sobre los que aquélla repercute (Sentencia del Tribunal Constitucional 26/1981, fundamentos jurídicos 10º y 15º; y Sentencia del Tribunal Constitucional 53/1986, fundamento jurídico 3º).

En las huelgas que se produzcan en servicios esenciales de la comunidad debe existir una **razonable proporción** entre los sacrificios que se impongan a los huelguistas y los que padezcan los usuarios de aquellos (Sentencia Tribunal Constitucional 26/1981, fundamento jurídico 15º).

Las medidas han de encaminarse a **garantizar mínimos indispensables para el mantenimiento de los servicios** (STC 33/1981, fundamento jurídico 4º) en tanto que dicho mantenimiento no puede significar - en principio- el funcionamiento normal del servicio (STC 51/1986, fundamento jurídico 5º; y STC 53/1986, fundamento jurídico 3º).

**El interés de la comunidad debe ser perturbado por la huelga sólo hasta extremos razonables** (STC 51/1986, fundamento jurídico 5.º), y si la huelga ha de mantener una capacidad de presión suficiente como para lograr sus objetivos frente a la empresa, en principio destinataria del conflicto, **no debe serle añadida a la misma la presión adicional del daño innecesario que sufre la propia comunidad** (STC 51/1986, fundamento jurídico 5º), aumentando así a la que se ejerce sobre el empresario la que se realiza sobre los usuarios de las prestaciones de servicios públicos (STC 11/1981, fundamento jurídico 18º).

De tal forma, que este Tribunal ha declarado reiteradamente que el acto por el cual se determina el mantenimiento de servicios mínimos ha de estar **adecuadamente motivado** y que, cuando se produce una restricción de derechos fundamentalmente garantizados, la autoridad que realiza el acto debe ofrecer su **justificación** (STC 26/1981, fundamento jurídico 14º y 16º) al ser una decisión que comporta graves consecuencias, y para que, en su caso, puedan defenderse ante los órganos judiciales (STC 26/1981, fundamento jurídico 14º y 15º; STC 27/1989 fundamento jurídico 4º y 5º, STC 53/1986, fundamento jurídico 6º y 7º)

Recae, pues, sobre la autoridad gubernativa el deber de explicar las razones que, a su juicio, legitiman en una concreta situación de huelga la decisión de mantener el funcionamiento de un servicio esencial para la comunidad, correspondiéndole asimismo probar que los actos de restricción del derecho fundamental tienen plena justificación.

Ello significa que en la motivación aportada por la autoridad gubernativa **han de incluirse los factores o criterios cuya ponderación ha conducido a determinar las prestaciones mínimas**, sin que sean suficientes indicaciones genéricas, aplicables a cualquier conflicto, de las que no sea posible deducir cuáles son los elementos valorados por aquella autoridad para tomar la decisión restrictiva en la forma y con el alcance con que lo ha hecho.

En definitiva, han de hacerse explícitos, los criterios seguidos para fijar el nivel de tales servicios, de forma que por los Tribunales, en su caso, y en su momento, se pueda fiscalizar la adecuación de las medidas adoptadas y cómo se ha llegado a la determinación de las prestaciones mínimas dentro de la calificación del servicio como esencial.

- La sentencia de esa Sala de lo Contencioso, de 15 de enero de 2007 (casación 7145/02) perfila el alcance de la exigencia de **motivación en las resoluciones que fijan los servicios mínimos** señalando que: *“no basta para satisfacer las exigencias constitucionales con manifestar ante quienes convocan una huelga qué servicios considera la Administración que han de ser garantizados y el personal llamado a prestarlos. La concreción que exige la jurisprudencia significa que han de exponerse los criterios en virtud de los cuales se ha llegado a identificar tales servicios como esenciales y a determinar quiénes han de asegurarlos a la luz de las circunstancias singulares de la convocatoria de que se trate. Son, precisamente, esos los datos relevantes para examinar si se ha observado la necesaria proporción entre el sacrificio que comportan para el derecho de los trabajadores y los bienes o intereses que han de salvaguardar”*.
- La Sentencia del Tribunal Constitucional 183/2006, de 19 de junio de 2006 (fundamento jurídico 6º), recuerda la aplicación de la norma preconstitucional- que todavía en el momento actual sigue utilizándose- como base para el establecimiento por la autoridad gubernativa de las limitaciones del concreto ejercicio del derecho de huelga en garantía del mantenimiento de los servicios esenciales, esto es, el artículo 10.2 Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo, que establece elementos de rigor no siempre debidamente atendidos ni respetados. Y establece que para imponer **medidas limitadoras** hay que atender a estos dos elementos:
  - 1) Calificación del servicio: Servicios públicos o de reconocida e inaplazable necesidad.
  - 2) Carácter circunstancial: Que concurren circunstancias de especial gravedad.

**No basta así con la calificación del servicio para justificar las medidas limitativas, sino que éstas, en su caso, deben ajustarse a las circunstancias, que deben ser no sólo graves sino de especial gravedad (STC 11/1981 fundamento jurídico 18º)**

- En el caso resuelto por la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso Administrativo de 24 de septiembre de 2007, se llegó a la conclusión de que no había sido cumplida **la exigencia de motivación**, ni podían considerarse debidamente justificados los servicios mínimos establecidos en el concreto apartado de 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 y “no cabe ignorar*

*que no todas las intervenciones quirúrgicas programadas son igualmente urgentes, de manera que el establecimiento de un servicio mínimo de quirófanos programados que alcance a todos los servicios propios de una jornada habitual resulta desproporcionado y constituye una vulneración del derecho de huelga.*

Sin embargo, hay que tener en cuenta, que según la Sentencia del Tribunal Constitucional 148/1993: “el hecho que los servicios mínimos sean elevados no constituye, por sí solo, una infracción del derecho a la huelga”.

Lo que se ha de valorar es si los servicios mínimos despojan a los trabajadores de su derecho a la huelga, imponiéndoles unos servicios que exceden abusivamente de los límites o estándares admisibles de lo que se entiende por "servicios esenciales".

- Por último, la Sala 3ª del Tribunal Supremo en sentencia de 11 de mayo de 2007 (casación 1739/04 ) y en sentencia de 25 de julio de 2007 (casación 3856/02), ofrece las siguientes razones:

*“En definitiva, la sentencia recurrida sostiene que la fijación de las intervenciones quirúrgicas programadas en su totalidad como esenciales, supone una **vulneración del derecho a la huelga al estimarse desproporcionado**, debiendo reducirse tal consideración de esenciales exclusivamente a aquellas intervenciones que no pudieran demorarse atendido el riesgo que implicaría en el paciente. Esta Sala ha de confirmar esta tesis, pues es evidente que las intervenciones no urgentes, pueden ser suspendidas, ocasionándose desde luego una molestia en el retraso para los pacientes, que verán postergada su intervención, pero ello no pone en peligro grave su salud, sino que tan solo supone un trastorno en el normal funcionamiento del servicio, circunstancia inevitable en cualquier tipo de huelga....*

En su consecuencia, a la hora de analizar la resolución por la que se decreten los servicios mínimos, habrá de examinarse estas circunstancias para considerar si es o no procedente su instauración.

Es mi opinión que, como siempre, someto a cualquier otra mejor fundada en derecho.

Madrid, 14 de marzo de 2018.

