

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo SECCIÓN OCTAVA

Núm. de Recurso: 0000009/2018
Tipo de Recurso: DERECHOS FUNDAMENTALES
Núm. Registro General: 00023/2018
Demandante: SINDICATO ESPAÑOL DE PILOTOS DE LÍNEAS
AÉREAS (SEPLA)
Procurador: D. JACOBO GARCÍA GARCÍA
Demandado: MINISTERIO DE FOMENTO
Codemandado: AIR NOSTRUM, LINEAS AEREAS DEL
MEDITERRANEO, S.A
Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: D^a. ANA ISABEL GÓMEZ GARCÍA

SENTENCIA Nº:

Ilmo. Sr. Presidente:
D. FERNANDO LUIS RUIZ PIÑEIRO

Ilmos. Sres. Magistrados:
D. ERNESTO MANGAS GONZÁLEZ
D^a. MERCEDES PEDRAZ CALVO
D. JOSÉ ALBERTO FERNÁNDEZ RODERA
D^a. ANA ISABEL GÓMEZ GARCÍA

Madrid, a quince de abril de dos mil diecinueve.

Visto el presente recurso contencioso administrativo nº 9/18, interpuesto ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional por el Procurador **D. Jacobo García García**, en nombre y representación del **SINDICATO ESPAÑOL DE PILOTOS DE LÍNEAS AÉREAS (SEPLA)**, seguido por el procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona, contra Acuerdo del Ministerio de Fomento de fecha 19 de noviembre de 2018, sobre determinación de servicios mínimos, en el que ha sido parte la Administración

demandada, dirigida y representada por el Abogado del Estado, el Ministerio Fiscal, y se ha personado como codemandada la entidad **AIR NOSTRUM, LINEAS AEREAS DEL MEDITERRANEO, S.A**, representada por la Procurador **D^a. Pilar Iribarren Cavalle**.

Ha sido Ponente la Ilma. Sra. **D^a. Ana Isabel Gómez García**, Magistrada de la Sección.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: El presente recurso contencioso-administrativo se interpone por el mencionado sindicato contra la resolución del Secretario de Estado de Infraestructuras, Transporte y Vivienda, del Ministerio de Fomento, por la que se determinan los servicios mínimos de los servicios públicos esenciales para la comunidad a mantener en la empresa AIR NOSTRUM LINEAS AÉREAS DEL MEDITERRÁNEO, S.A., durante la huelga convocada por el sindicato español de pilotos de líneas aéreas para el Colectivo de Tripulantes Técnicos Pilotos, para los días 23, 26 y 30 de noviembre de 2018, iniciándose cada paro a las 00:00 horas y finalizando a las 24:00 horas de cada día (hora peninsular).

SEGUNDO: Presentado el recurso, se reclamó el expediente administrativo y se dio traslado de todo ello al actor para que formalizara la demanda, el cual expuso los hechos, invocó los fundamentos de Derecho y terminó por suplicar que, previos los tramites legales pertinentes, se dicte sentencia por la que, estimando la demanda, declare la nulidad de la Resolución que se impugna, revocando y dejando sin efecto la misma por no ajustada a derecho, señaladamente, por la vulneración del deber de motivación e infracción del principio de proporcionalidad que deben observar las disposiciones gubernativas de servicios mínimos en cuanto afectan al derecho fundamental de huelga reconocido por el artículo 28.2 del Texto Constitucional.

TERCERO: Formalizada la demanda se dio traslado al Abogado del Estado para que la contestara, el cual expuso los hechos y fundamentos de Derecho y suplicó se dicte sentencia por la que se desestime el recurso, confirmando íntegramente la resolución impugnada, con expresa imposición de costas a la parte recurrente.

CUARTO: El Ministerio Fiscal contestó a la demanda, solicitando la estimación del recurso.

QUINTO: La parte codemandada contestó a la demanda, solicitando que se dicte sentencia que, desestimando el presente recurso contencioso administrativo, confirme la resolución administrativa a examen en todos sus términos y pronunciamientos.

SEXTO: Habiendo sido solicitado el recibimiento a prueba del procedimiento, se practicó la propuesta y quedaron los autos conclusos, señalándose para votación y fallo el día 10 de abril del año en curso en que, efectivamente, se votó y falló.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: En el escrito de demanda se impugna la precitada resolución, alegando que adolece de falta de motivación y desproporción, que se aprecian tanto en la falta de criterio válido o justificación que legitime en términos de constitucionalidad la falta de proporción apreciada y que se expresa en los concretos servicios de vuelo afectados conforme a las pautas que se establecen en su parte dispositiva.

Se combaten las razones que justifican la esencialidad del transporte aéreo a la hora de establecer los servicios mínimos impugnados, exponiendo, en síntesis, que Air Nostrum no es una Compañía aérea que oferte tarifas atractivas o de precios reducidos, lo que se entiende en el sector y comercialmente como “low cost”, razón por la que estas razones carecen de peso como justificación propia a la hora de limitar un derecho fundamental; que lo que debe preservar la Autoridad gubernativa, en la medida que se cohoneste con el derecho a la huelga de los trabajadores, es la libertad de movimientos del ciudadano, pero en ningún caso que ésta deba desarrollarse en los mismos términos y condiciones que en situación de normalidad. Que en la resolución se suceden planteamientos de hipótesis, presunciones o conjeturas acerca de la existencia de retrasos y su posterior y consecuente incidencia en el resto de vuelos (retraso reaccionario), pero sin ningún dato objetivo que avale tales presunciones. Los criterios acordados por la Secretaría de Estado de Infraestructuras, Transporte y Vivienda del Ministerio de Fomento para la fijación de los servicios mínimos incurren en un ejercicio de injustificada y abusiva limitación del derecho fundamental a la huelga del sindicato recurrente. Que la resolución es vaga, imprecisa y se adopta acudiendo a fórmulas previas estereotipadas que genérica e inmotivadamente se aplican respecto de supuestos que nada tienen que ver con el debatido. Que la resolución impugnada incurre en un vicio que, por sí mismo, debe provocar su nulidad por vulnerar el derecho fundamental a la huelga por cuanto no razona que la preservación del servicio esencial que establece se fija en el nivel y magnitud acordada precisamente y no en otro.

Se añade la ausencia de proporcionalidad de la resolución en la determinación de los servicios mínimos, pues tiende a preservar el normal funcionamiento del servicio o su rendimiento regular, incurriendo en una fijación desmesurada y no adecuada de los mínimos a cubrir. Establece la comparación con los servicios mínimos fijados para huelgas anteriores.

El Abogado del Estado se opone a la demanda, razonando sobre la suficiente motivación de la resolución recurrida y la proporcionalidad de los servicios mínimos fijados. Razonando que la resolución establece como circunstancias generales (i) la

duración de la huelga, buscándose la fijación de un porcentaje para evitar que paros de menor duración acarreen consecuencias proporcionalmente mayores sobre los derechos fundamentales de los pasajeros, que una huelga de mayor duración; (ii) el tamaño de la empresa y número de trabajadores, para evitar la discriminación que supondría para los usuarios del transporte aéreo afectados por un conflicto laboral de una empresa pequeña, recibir una protección objetivamente menor que los afectados por una huelga en una empresa con mayor cuota de mercado y (iii) la tipología de los vuelos afectados (chárter/regular), por cuanto el vuelo chárter lleva incorporada en la mayoría de los casos la estancia de los viajeros en hotel a fecha fija, lo que genera un daño de difícil reparación a los viajeros, a las compañías aéreas, a los hoteles y a los operadores turísticos, a la vista de que la normativa en materia de consumidores y usuarios prevé este tipo de circunstancia objetiva como una de las que permite la modificación o resolución de los contratos celebrados. Señala las dos circunstancias específicas a que atiende la resolución, y que son (i) la existencia de transportes alternativos, entendida como la posibilidad de reubicarse en la propia o en otra compañía o en transportes alternativos y (ii) la estacionalidad, puesto que esta huelga se lleva a cabo en periodo de alta demanda, ya que afecta al periodo vacacional de verano, por lo que, para esos días, en los criterios de establecimiento de servicios mínimos se emplean los valores del factor de ocupación de alta demanda.

La codemandada, AIR NOSTRUM, LINEAS AEREAS DEL MEDITERRANEO, S.A., se opone a la demanda, alegando que la resolución contiene suficiente justificación sobre los servicios mínimos que establece. Alega que en la resolución combatida se fijan de manera expresa y clara cuáles son los cálculos concretos realizados para la fijación de los servicios mínimos establecidos para cada uno de los tipos de vuelos analizados.

El Fiscal, por el contrario, aprecia la falta de motivación de la resolución impugnada. Y ello porque no se realiza un análisis singularizado de la huelga y se utilizan criterios generales sin tener en cuenta el caso concreto. Se hace un cálculo para conseguir acomodar a todos los pasajeros que pretenden volar en alguno de los vuelos afectados por la huelga, teniendo en cuenta que alguno desistirá de volar. No se hace un análisis correcto de la prescindibilidad de los vuelos, teniendo en cuenta los de otras compañías no afectadas, ni tampoco, como denuncian los recurrentes, se hace un verdadero estudio de la real incidencia en los vuelos. La falta de cualquiera de esos estudios posibles impide conocer datos tan importantes como qué tanto por ciento de vuelos nacionales estaban afectados cada día. Las afirmaciones contenidas en la resolución impugnada no permiten comprobar por qué concretamente se deciden las cifras que se recogen en la decisión. La inicial justificación teórica y formal se plasma en unos porcentajes respecto de los que no se razona su justificación; en la resolución impugnada no se determina qué número de trabajadores deben desempeñar los trabajos imprescindibles. La Orden no fija los servicios mínimos, se limita a declarar cuáles son los servicios esenciales, dejando a la empresa la fijación de estos servicios mínimos, lo que está totalmente vetado por la jurisprudencia.

SEGUNDO: En la resolución objeto de impugnación en este recurso, se citan las normas constitucionales, legales y reglamentarias de aplicación, se razona sobre la

esencialidad del servicio afectado, sobre la naturaleza del transporte aéreo y que en sectores estratégicos, como el transporte aéreo, la actividad laboral realizada por un número relativamente reducido de trabajadores conlleva un efecto multiplicador de una huelga, que obliga a la determinación para dichos colectivos de unos servicios mínimos superiores en porcentaje a los que correspondería fijar si se tratara de cualquier otra clase de actividad; y ello porque las huelgas en el transporte aéreo provocan la interrupción de procesos cuyo alcance sobrepasa con creces el ámbito sectorial, produciendo unos efectos que no se circunscriben a las propias empresas cuyos trabajadores realizan la huelga, sino que generan una perturbación multiplicada y ampliada que, entre otras consecuencias no deseadas, coarta severamente la libertad de movimiento de los ciudadanos a la vez que impacta negativamente sobre la actividad turística, que es una de las principales fuentes de riqueza de la economía española. Se añade que a raíz de la implantación de los modernos sistemas telemáticos, existen en la actualidad múltiples canales de comercialización que permiten a la mayoría de los usuarios adquirir billetes de avión a precios muy asequibles, pero a menudo con unas condiciones de utilización poco flexibles, de manera que, dada la insuficiente antelación con que habitualmente se anuncian las convocatorias de huelga, en la práctica para los usuarios del transporte aéreo, se dificulta la cancelación de los billetes ya comprados y la posterior adquisición de otros nuevos a precios similares en compañías no afectadas por la interrupción del servicio. Se incide en la importancia que tiene el sector turístico para nuestra economía y la estrecha relación de éste con el modo aéreo, debido a nuestra posición geográfica. Que las previsibles consecuencias negativas de la huelga sobre la actividad turística se agravan debido a que frecuentemente los turistas adquieren los llamados paquetes turísticos, en cuyo caso no es posible cambiar ni la hora ni el día del vuelo, ya que los servicios comprados llevan incorporados en la mayoría de los casos la estancia en hoteles con fecha fija e inamovible, e incluso el traslado desde el aeropuerto al hotel y viceversa; por tanto, el daño ocasionado a viajeros, compañías aéreas, hoteles, transportistas, y operadores turísticos sería de difícil reparación. Que el transporte aéreo en nuestros días ha adquirido carta de naturaleza hasta el punto de que dicho modo de transporte, por su rapidez, ha ganado la condición de difícilmente reemplazable por otros modos de transporte en gran parte de los desplazamientos, ya sea por motivos comerciales, oficiales, de turismo y, en general, de actividades con importante incidencia en la economía de todos los países. Que la cancelación de servicios significaría, en cualquier caso, la necesidad de reubicar a un gran número de pasajeros, cuya recuperación y traslado produciría perjuicios de todo tipo a los afectados. Por otro lado, se trasladarían fuera del período de la huelga los efectos de la misma, ya que el volumen de plazas afectadas y la saturación de los servicios obligarían a un prolongado período para la recuperación de la normalidad en la operación. Que las especiales características geográficas de nuestro territorio, con dos archipiélagos, Baleares y Canarias, y con dos Ciudades Autónomas, Ceuta y Melilla, en el continente africano, hacen que el transporte aéreo suponga un elemento imprescindible para el desarrollo económico y social de estas regiones. Que, tras la completa liberalización del transporte aéreo en Europa y la progresiva apertura de los diferentes mercados aéreos internacionales, aeropuertos como el de Madrid (Adolfo Suárez Madrid-Barajas) y el de Barcelona-El Prat se han configurado como centros de conexión y distribución de vuelos en el que un gran número de pasajeros realiza escala intermedia para llegar a su destino final; este carácter de conexión hace que la interrupción de los servicios en rutas de corta y media

distancia, con origen o destino en este aeropuerto, tenga un efecto multiplicador en todas las rutas de largo radio, dada la función de enlace y tránsito de este aeropuerto hacia otros destinos. Que el objetivo de proteger la movilidad, como derecho fundamental de los ciudadanos, sólo cabe realizarse a través de la protección, mediante servicios mínimos, de una serie de vuelos. Ahora bien, existe una multiplicidad de sujetos que afectan de forma inevitable y crítica a la operativa de un vuelo, configurando una verdadera cadena de servicios esenciales, dependientes unos de otros. Que, dado que los servicios prestados por los TTV son indispensables para la realización de cualquier vuelo, su servicio debe considerarse esencial para la realización de los vuelos protegidos en esta resolución. Así, se debe contar con una plantilla mínima de los TTV, para prestar aquellos servicios esenciales que se establezcan de forma que se garantice la seguridad a bordo de las aeronaves y reducir al mínimo los efectos negativos sobre la movilidad de los pasajeros; si se fijara como plantilla mínima para garantizar servicios esenciales únicamente la formada por los TTV que prestaran sus servicios a bordo de las aeronaves, la consecuencia que produciría en el transporte de pasajeros la no presentación de alguno de aquéllos para realizar ese servicio esencial, aun justificándose por razones de fuerza mayor, sería la de tener que suspender el servicio declarado esencial. Se debe, por tanto, incluir el mantenimiento de un servicio de imaginarias (personal no directamente asignado al servicio, pero preparado para suplir una eventual baja) que, también con el carácter de mínimo, permita evitar efectos desproporcionados de la huelga.

En relación con la convocatoria en cuestión, se tiene en consideración la duración de la huelga, el tamaño de la empresa, número de trabajadores y la tipología de vuelos afectados.

Sobre la duración de la huelga, se razona que se utilizan porcentajes de protección de vuelos que se aplican al número -mayor o menor, en función de la convocatoria- de vuelos afectados, de forma que el resultado sea una fijación de mínimos proporcional; que los paros en el ámbito del transporte aéreo provocan inevitablemente retrasos, e incluso cancelaciones más allá de la localización y del período de huelga convocado, hasta que se logra la completa normalización del servicio; frente a la convocatoria de una huelga, las compañías se verán obligadas a reprogramar su operativa inicial teniendo en cuenta la incidencia previsible de la huelga en los desplazamientos de aquellos aviones y tripulaciones que se ven afectados por la convocatoria. Que para conseguir que los efectos de una huelga en el transporte aéreo incidan lo menos posible fuera de los periodos de convocatoria, deben adoptarse criterios para: 1º proteger los vuelos que comiencen antes del período de huelga y tengan prevista su llegada durante el mismo, las operaciones técnicas de posicionamiento (operación mediante la cual se sitúa una aeronave o una tripulación en el aeropuerto de partida para realizar un vuelo programado desde dicho aeropuerto), y otras similares necesarias tanto para la realización efectiva de los servicios de transporte aéreo considerados como esenciales, como para los servicios posteriores a la finalización de cada periodo de huelga; 2º asegurar la proporcionalidad de los efectos de la huelga, de forma que paros de menor duración no acarreen consecuencias proporcionalmente mayores sobre los derechos fundamentales de los pasajeros, que una huelga de mayor duración que la convocada. Un criterio matemático que asegura esta proporcionalidad es la

aplicación de un porcentaje de protección sobre el total de los vuelos afectados en cada periodo de 24 horas que alcance la huelga.

En cuanto al segundo aspecto, el cálculo de los servicios mínimos se basa en una valoración porcentual del número total de pasajeros afectados que pueden ver conculcado su derecho a la movilidad y a la libre circulación, de manera que se adapta a todas las situaciones, con independencia del tamaño de la empresa y del volumen de trabajadores de la misma. La finalidad que se persigue es garantizar la disponibilidad de plazas para aquellos pasajeros que se considera que no disponen de alternativas razonables. Adicionalmente, con esta metodología se evita la discriminación que supondría para los usuarios del transporte aéreo afectados por un conflicto laboral de una empresa pequeña, recibir una protección objetivamente menor que los afectados por una huelga en una empresa con mayor cuota de mercado.

Y, en cuanto al tipo de vuelos (chárter/regular), se expone que se considera ponderado proteger en las mismas condiciones que los vuelos regulares a los vuelos chárter afectados, que están calificados como tales con anterioridad a la fecha de la convocatoria y tienen lugar dentro del plazo de los veinte días naturales siguientes a la fecha de inicio de la huelga.

Como circunstancias específicas a tener en cuenta para el establecimiento de los servicios mínimos esenciales para la comunidad en la convocatoria examinada, se valora la viabilidad de las alternativas de las que dispone el pasajero, en atención a la posibilidad de reubicación en la propia compañía afectada por la huelga, la posible reubicación en otras compañías aéreas y la posibilidad de usar otros modos de transporte público como el tren, el barco o el autocar, en caso de que estos estén disponibles. Así como la estacionalidad, considerando que esta convocatoria de huelga no se lleva a cabo en periodo de alta demanda, por lo que, para esos días, se emplean los valores del factor de ocupación en periodos de demanda normal en los criterios de establecimiento de servicios mínimos.

Tras establecer los criterios aplicables a los distintos tipos de vuelos (domésticos con origen o destino en territorios no peninsulares, con la Península o con otros territorios no peninsulares, interinsulares, domésticos peninsulares cuyo tiempo de desplazamiento en transporte público sea inferior a 5 horas, domésticos peninsulares cuyo tiempo de desplazamiento en transporte público sea superior a 5 horas y vuelos internacionales, peninsulares en los que hay establecidas obligaciones de servicio público y otros), se “resuelve”:

“Establecer para los días y periodos afectados por la convocatoria de huelga los servicios públicos esenciales para la comunidad, que resulten de aplicar los siguientes criterios a diario a los servicios aéreos de transporte público de pasajeros, si no se especifica otra cosa:

a) Todos los servicios cuya hora de salida programada fuera anterior al inicio de la huelga y cuya llegada prevista se produzca en el periodo de huelga.

b) El 100% de los servicios domésticos para cada ruta con los aeropuertos de los territorios no peninsulares.

c) *En aquellas rutas aéreas en las que existan obligaciones de servicio público entre dos aeropuertos peninsulares, las frecuencias establecidas en la normativa de aplicación.*

d) *El 28%, redondeado por exceso, de los servicios para cada ruta entre ciudades españolas peninsulares cuyo medio alternativo de transporte público signifique un recorrido con un tiempo de desplazamiento inferior a 5 horas.*

e) *El 42%, redondeado por exceso, de los servicios para*

1. cada ruta entre ciudades españolas peninsulares cuyo medio alternativo de transporte público signifique un recorrido con un tiempo de desplazamiento igual o superior a 5 horas y

2. cada ruta con ciudades extranjeras.

f) *En su caso los vuelos programados para el transporte de correo postal universal y productos perecederos, cuando éstos se efectúen con aeronaves dedicadas exclusivamente a carga.*

g) *Aquellas operaciones técnicas de posicionamiento y otras tales como la situación de tripulaciones necesarias para la realización efectiva de los servicios de transporte aéreo considerados como esenciales en el resto de apartados, los operados en los periodos entre jornadas de huelga y los posteriores a la finalización de la misma.*

La protección alcanza tanto a los vuelos regulares como chárter. En los puntos b) c), d) y e) se entiende por servicio para cada ruta, la realización de un vuelo de ida y de vuelta en dicha ruta, es decir, de una frecuencia.

Asimismo, en tráfico internacional, el término ruta debe interpretarse como la conexión entre un aeropuerto español y una ciudad extranjera, con independencia del aeropuerto al que arriben los vuelos.

En consecuencia, la compañía AIR NOSTRUM deberá adoptar las medidas necesarias para garantizar que los servicios esenciales establecidos en el apartado anterior se presten en las condiciones habituales del servicio, manteniendo para ello el personal estrictamente necesario de tripulantes técnicos de vuelo para los días y periodos horarios afectados por la huelga, salvaguardando en todo momento la seguridad de las operaciones. La plantilla de servicios mínimos correspondiente se fijará con el fin exclusivo de garantizar la correcta realización de los vuelos resultantes de la aplicación de los criterios incluidos en la presente Resolución.

Asimismo, la compañía AIR NOSTRUM deberá adoptar todas las medidas necesarias para garantizar, por si misma o mediante terceros si procede, de forma estricta y rigurosa los derechos de los pasajeros afectados por la convocatoria de huelga, en particular, con lo establecido en el Reglamento Nº 261/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de febrero de 2004.

(...).”

TERCERO: El artículo 28.2 CE establece que *“Se reconoce el derecho de 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”*.

A tal finalidad atiende el Real Decreto Ley 17/1977, cuyo artículo 10.2, vigente desde el 10 de abril de 1.981, establece que *“Cuando la huelga se declare en empresas encargadas de la prestación de cualquier género de servicios públicos o de reconocida e inaplazable necesidad y concurren circunstancias de especial gravedad, la autoridad gubernativa podrá acordar las medidas necesarias para asegurar el funcionamiento de los servicios”*.

La doctrina constitucional sobre el ejercicio del derecho de huelga en servicios esenciales de la comunidad (SSTC 11/1981, 26/1981, 33/1981, 51/1986, 53/1986, 27/1989, 43/1990, 122/1990 y 123/1990), se resume y estructura en STC de 16/01/92, destacando los siguientes aspectos:

«(...)

a) *Antes que a determinadas actividades industriales y mercantiles de las que derivarían prestaciones vitales y necesarias para la vida de la comunidad, la noción de servicio esencial de la comunidad hace referencia a la naturaleza de los intereses a cuya satisfacción la prestación se endereza, entendiéndose por tales los derechos fundamentales, las libertades públicas y los bienes constitucionalmente protegidos, con la consecuencia de que "a priori" ningún tipo de actividad productiva puede ser considerado en sí mismo como esencial (STC 51/1986, f. j. 2º). Sólo lo será en aquellos casos en que la satisfacción de los mencionados intereses afectados exija el mantenimiento del servicio, y en la medida y con la intensidad en que efectivamente lo exija, puesto que los servicios esenciales no son dañados o puestos en peligro por cualquier situación de huelga, siendo necesario examinar en cada caso las circunstancias concurrentes en la misma (SSTC 26/1981, f. j. 10º; 51/1986, f. j. 2º).*

b) *En la adopción de las medidas que garanticen el mantenimiento de los servicios esenciales, la autoridad gubernativa ha de ponderar la extensión territorial y personal, la duración prevista y las 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 (SSTC 26/1981, ff. jj. 10º y 15º; 53/1986, f. j. 3º).*

c) *Finalmente, por lo que hace a la fundamentación de la decisión que impone el mantenimiento de servicios esenciales para la comunidad, este Tribunal ha declarado reiteradamente que el acto por el cual se determina dicho mantenimiento ha de estar adecuadamente motivado y que, cuando se produce una restricción de derechos fundamentales constitucionalmente garantizados, "la autoridad que realiza el acto debe estar en todo momento en condiciones de ofrecer la justificación" (STC 26/1981, f. j. 16º). Siendo una decisión que comporta tan graves consecuencias, es preciso no sólo que exista una especial justificación, sino que tal justificación se*

exteriorice adecuadamente con objeto de que "los destinatarios conozcan las razones por las cuales su derecho se sacrificó y los intereses a los que se sacrificó" (STC 26/1981, f. j. 14º) y de que, en su caso, puedan defenderse ante los órganos judiciales (STC 27/1989, f. j. 4º). 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, sin que sean aquí de aplicación las reglas generales sobre distribución de la carga de la prueba.

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 es 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, cómo se ha llegado a la determinación de las prestaciones mínimas dentro de la calificación del servicio como esencial. En definitiva, han de hacerse explícitos, siquiera sea sucintamente, "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" (SSTC 53/1986, ff. jj. 6º y 7º; 26/1981, ff. jj. 14º y 15º; f. j. 4º; 27/1989, ff. jj. 4º y 5º).

Si es lícito distinguir entre la motivación expresa del acto -"que puede responder a criterios de concisión y claridad propios de la actuación administrativa"- y las razones que en un proceso posterior se pueden alegar para justificar la decisión tomada, ello no implica que la justificación "ex post libere" del deber de motivar el acto desde el momento mismo en que éste se adopta (STC 53/1986, f. j. 6º), pues la falta de motivación impide precisamente la justa valoración y el control material o de fondo de la medida (STC 27/1989, f. j. 5º). La decisión de la autoridad gubernativa ha de exteriorizar los motivos sobre la esencialidad del servicio, las características de la huelga convocada, los intereses que pueden quedar afectados y los trabajos que no pueden sufrir interrupción o cuya prestación debe mantenerse en algún grado (STC 27/1989, f. j. 4º), siendo insuficientes a este propósito, como antes se ha recordado, las indicaciones genéricas que puedan predicarse de cualquier conflicto o de cualquier actividad, y de las cuales no quepa inferir criterios para enjuiciar la ordenación y proporcionalidad de la restricción que al ejercicio del derecho de huelga se impone (SSTC 51/1986, f. j. 4º; 53/1986, f. j. 6º). (Fº Jº 2º).

(...)»

En Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 2 de diciembre de 2010, se sintetizan los criterios de aplicación -reproducidos en sentencias posteriores- en los siguientes términos:

«A) De la jurisprudencia constitucional:

a) Los límites del derecho de huelga derivan no sólo de su posible conexión con otros derechos constitucionales, sino también con otros bienes constitucionalmente tutelados (STC 11/1981, fundamentos jurídicos 7.º y 9.º) y el artículo 28.2 C.E., al hacer referencia a las garantías precisas para asegurar en caso de huelga el

mantenimiento de los servicios esenciales para la comunidad, tiene el significado de expresar que el derecho de los trabajadores de defender y promover sus intereses mediante dicho instrumento de presión 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 y acreedora de aquellos 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 los mismos, pues «el derecho de la comunidad a estas prestaciones vitales es prioritario respecto del derecho de huelga» (STC 11/1981, fundamento jurídico 18).

b) La noción de servicios esenciales hace referencia a la naturaleza de los intereses a cuya satisfacción la prestación se endereza, conectándose con los derechos fundamentales, las libertades públicas y los bienes constitucionalmente protegidos, lo que mejor concuerda con los principios que inspira nuestra Constitución (STC 26/1981, fundamento jurídico 10) puesto que 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 (SSTC 26/1981, fundamento jurídico 10; 51/1986, fundamento jurídico 2.º).

c) En la 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 (SSTC 26/1981, fundamentos jurídicos 10 y 15; 53/1986, fundamento jurídico 3.º).

Quiere ello decir que la motivación de la decisión de la autoridad gubernativa requiere que en la misma figuren los factores o criterios cuya ponderación ha conducido a determinar cuáles son los servicios mínimos, sin que sean suficientes indicaciones genéricas, aplicables a cualquier conflicto, de las que no es posible deducir cuáles son los elementos valorados por aquella autoridad pues en definitiva, han de explicitarse, siquiera sea sucintamente, 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 (por todas, STC 53/1986, fundamentos jurídicos 6.º y 7.º; también STC 26/1981, fundamentos jurídicos 14 y 15; STC 51/1986, fundamento jurídico 4.º; STC 27/1989, fundamentos jurídicos 4.º y 5.º).

d) En las huelgas que se produzcan en servicios esenciales de la comunidad debe existir proporción entre los sacrificios que se impongan a los huelguistas y los que padezcan los usuarios de aquéllos (STC 26/1981, fundamento jurídico 15). El mantenimiento de los servicios (STC 33/1981, fundamento jurídico 4.º), no puede significar en principio el funcionamiento normal del servicio (SSTC 51/1986, fundamento jurídico 5.º; 53/1986, fundamento jurídico 3.º) y el interés de la comunidad debe ser perturbado por la huelga sólo hasta extremos razonables (STC 51/1986, fundamento jurídico 5.º).

e) En fin, procede destacar lo señalado por el Tribunal Constitucional en STC 183/2006, de 19 de junio, que en su fundamento jurídico 6º se expresa en los siguientes términos: <<Por otra parte, debe significarse que 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, establece elementos de rigor no siempre debidamente atendidos y, desde luego, no respetados en este caso. En efecto, el supuesto de hecho en que pueden imponerse medidas limitadoras se compone de dos elementos: uno, la calificación del servicio (“servicios públicos o de reconocida e inaplazable necesidad”) y otro, de carácter circunstancial (“y concurren circunstancias de especial gravedad”), que debe concurrir en ambos términos de la alternativa del primer elemento. 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 (en este sentido el FJ 18 de la STC 11/1981 tempranamente advirtió que, “en algún sentido, el artículo 10 del Real Decreto-ley 17/77 es más estricto que el artículo 28.2 de la Constitución”)>>.

B) De esta Sala:

a) La esencialidad del servicio sólo será en aquellos casos en que la satisfacción de los intereses afectados exija el mantenimiento del servicio, en la medida y con la intensidad en que efectivamente lo exija, puesto que los servicios esenciales no son dañados o puestos en peligro por cualquier situación de huelga, siendo necesario examinar en cada caso las circunstancias concurrentes en la misma (sentencias de 20 de febrero de 1998 y 28 de octubre de 2003).

b) Es reiterada la jurisprudencia al exigir, respecto de la fijación de los servicios mínimos, la expresión de los criterios objetivos en función de los cuales se procede a su fijación, puesto que la causalización o motivación de los servicios esenciales y de los servicios mínimos en cuanto que éstos implican límites al ejercicio de un derecho fundamental se hace precisa, debiendo referirse la motivación a los niveles conceptuales de servicios esenciales, de servicios mínimos y de efectivos personales precisos para el desempeño de estos últimos, ofreciendo una fundamentación razonada (por todas, las SSTs, 3ª, 7ª de 29 de junio de 2005, 19 de enero, 26 de marzo y 30 de abril de 2007, 21 de enero de 2008 y 28 de septiembre de 2009).

c) Complementando esa exposición, la sentencia de esta Sala 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”.»

CUARTO: A la luz de la doctrina reseñada, que viene a establecer los perfiles de las disposiciones reguladoras de servicios mínimos, desde la perspectiva de la debida motivación formal y material, en relación con el adecuado respeto del derecho de huelga, consagrado en el art. 28 de la Constitución española, nos encontramos con que la resolución impugnada no contiene una concreta determinación de los servicios mínimos a prestar en los distintos centros de trabajo, sino que deja en manos de la compañía AIR NOSTRUM la adopción de las “medidas necesarias para garantizar que los servicios esenciales establecidos se presten en las condiciones habituales del servicio, manteniendo para ello el personal estrictamente necesario de tripulantes técnicos de vuelo para los días y períodos horarios afectados por la huelga, salvaguardando en todo momento la seguridad de las operaciones”.

Es decir, la Administración omite fijar la plantilla que habría de atender la prestación de los servicios mínimos, dejando esa determinación en manos de la propia empresa. Y ello sin la debida justificación de los servicios mínimos que habrían de establecerse con arreglo a los criterios que se recogen en la resolución, sin referencia a las específicas circunstancias del servicio a prestar, tanto en su contenido como en las zonas o elementos a los que alcanza.

La resolución contiene una motivación más formal que material, por las razones que expone el Fiscal en su escrito de contestación a la demanda. Sin embargo, respecto a la determinación de los concretos servicios mínimos a prestar y su cuantificación, en la resolución no se expresa el proceso de valoración realizado que justifique que el personal mínimo necesario para garantizar los servicios en condiciones de seguridad adecuadas, durante la huelga convocada, haya de ser el 100% de los servicios domésticos para cada ruta con los aeropuertos de los territorios no peninsulares, el 28% de los servicios para cada ruta entre ciudades españolas peninsulares cuyo medio alternativo de transporte público signifique un recorrido con un tiempo de desplazamiento inferior a 5 horas, o el 42% de los servicios para cada ruta entre ciudades españolas peninsulares cuyo medio alternativo de transporte público signifique un recorrido con un tiempo de desplazamiento igual o superior a 5 horas y cada ruta con ciudades extranjeras.

Tal como se expone en la STS de 16 de enero de 2018:

“De esta manera debemos confirmar el vicio de falta de motivación que la sentencia impugnada aprecia para llegar a afirmar la efectiva vulneración del derecho fundamental invocado –derecho de huelga- pues sin esos criterios de determinación del nivel de los servicios no es posible valorar su suficiencia ni la proporcionalidad entre el sacrificio del derecho de huelga que se impone a los convocantes y los derechos e intereses que resulten afectados por ella. Es evidente que esa ponderación exige del órgano administrativo competente la correspondiente individualización y la inclusión en su decisión de un razonamiento suficiente sobre la necesidad del concreto porcentaje de servicios mínimos que ha de establecerse para garantizar la protección del correspondiente servicio esencial para la comunidad. Y esa es, cabalmente, la doctrina que aplica la Sala de instancia al analizar la legalidad de la resolución administrativa.”

En consecuencia, tal como denuncian la parte recurrente y el Fiscal, no se precisan los criterios objetivos en función de los cuales se fijan los servicios mínimos, adoleciendo la resolución de la necesaria motivación que es exigible, al tratarse de la limitación de un derecho fundamental.

Procede, en consecuencia, la estimación del recurso.

QUINTO: En atención a lo dispuesto en el art. 139.1 LJCA, procede la condena en costas a la Administración demandada.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

F A L L A M O S

Que **estimamos** el recurso contencioso administrativo interpuesto por el Procurador **D. Jacobo García García**, en nombre y representación del **SINDICATO ESPAÑOL DE PILOTOS DE LÍNEAS AÉREAS (SEPLA)**, seguido por el procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona, contra Acuerdo del Ministerio de Fomento de fecha 19 de noviembre de 2018, sobre determinación de servicios mínimos, al que la demanda se contrae, el cual anulamos.

Con condena en costas a la Administración demandada.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su notificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción, justificando el interés casacional objetivo que presenta.

