



SENTENCIA N° 1058/2021
TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DE MÁLAGA

R. APELACIÓN N° 1178/2021

ILUSTRÍSIMOS SEÑORES:
PRESIDENTE
D. FERNANDO DE LA TORRE DEZA
MAGISTRADOS
D. SANTIAGO MACHO MACHO
D^a BELÉN SÁNCHEZ VALLEJO
Sección Funcional 2^a

En la ciudad de Málaga, a 6 de mayo de 2021.

Esta Sala ha visto el presente el recurso de apelación núm. 1178/21, interpuesto por el Procurador Sr. Garrido Márquez, en nombre de [REDACTED] asistido por la Letrada Sra. Blanco Muñoz, contra la sentencia n° 378/2020, de 23 diciembre 2020, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n° CUATRO de MÁLAGA, en Procedimiento de Protección de Derechos Fundamentales 926/19, siendo parte apelada el AYUNTAMIENTO DE MÁLAGA, representado por el Procurador Sr. Páez Gómez y asistido por Letrado de la Asesoría Jurídica Municipal.

Interviene el Ministerio Fiscal.

Ha sido Magistrado ponente el Ilmo. Sr. D. Santiago Macho Macho, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n° CUATRO de Málaga dicta la sentencia en el encabezamiento reseñada que desestima el recurso contencioso-administrativo promovido por la parte ahora apelante.

SEGUNDO.- Contra la sentencia referido es interpuesto y sustanciado recurso de apelación con escrito del 2/02/2021, con base a los motivos que se exponen, pidiendo se revoque, y proceda a la estimación de la demanda por la que se declare que el acto impugnado vulnera el derecho fundamental de huelga, con el pago de las costas procesales.

TERCERO.- EL Ayuntamiento apelada presenta escrito el 11/03/21 exponiendo los



motivos que tiene para impugnar el recurso y pedir Sentencia desestimatoria del recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia de 23 de diciembre de 2020.

El Ministerio Fiscal presenta escrito el 18/02/21 exponiendo los motivos que tiene para impugnar el recurso de apelación y confirmación de la sentencia recurrida.

CUARTO.- Elevados los autos y el expediente administrativo, en unión de los escritos presentados, a esta Sala de lo Contencioso-Administrativo y personadas las partes en legal forma sin que ninguna de ellas solicitara vista, conclusiones o prueba, se señaló para votación y fallo, que tuvo lugar el pasado día veintiséis de abril.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº CUATRO de Málaga dictó la sentencia n ° 378/2020, de 23 diciembre 2020, en Procedimiento de Protección de Derechos Fundamentales 926/19, que falla:

“Se desestima el recurso contencioso administrativo interpuesto por la Letrada Sra. Blanco Muñoz, en nombre y representación de [REDACTED] frente al acto administrativo citado en los antecedentes de hecho de la presente resolución. Se condena a la parte actora al pago de las costas procesales.”

En el antecedente de hecho dice:

“...se presentó ante el Decanato de los Juzgados de Málaga escrito de interposición de recurso contencioso administrativo para la Protección de Derechos Fundamentales frente al “acto administrativo de fecha 9 de noviembre de 2019” por el que se obligaba al recurrente a la realización de horas extraordinaria el 11 de noviembre de 2019 cuando estaba ejerciendo su derecho de huelga...”

SEGUNDO.-Frente a dicha sentencia la parte apelante alega:

- La sentencia que se recurre, se fundamenta en el hecho, de que el acto impugnado estaba suficientemente justificado, dada la necesidad de mantener el funcionamiento de Un servicio esencial para la comunidad, como es el de extinción de incendios.

No se considera, por ello, vulnerado el derecho a la huelga, del funcionario recurrente pese a que, ejerciéndolo, se le exige, mediante orden, la realización de horas extraordinarias, horas que suponen claramente un exceso en su jornada (este extremo del exceso de jornada, no ha sido discutido por la propia Administración demandada).

Esta defensa no puede estar conforme con dicho fallo, pues pese a entender que estamos ante Un Servicio de Emergencias, tal y como hemos probado, la Administración tiene a su alcance soluciones diversas en las que, respetando el derecho a la huelga de su empleado, garantice la prestación del servicio público.





Téngase en cuenta que esta convocatoria de huelga, que es la primera en la historia de este Servicio de Prevención y Extinción de Incendios, no es caprichosa. tiene su causa en una situación insostenible de insuficiencia de medios materiales y personales, sobrecarga de trabajo y ausencia de un reglamento actualizado, entre otras. Todo ello en detrimento del trabajador y que justifica esta medida extrema.

- No se considera por el Juzgador extrapolable al supuesto enjuiciado los argumentos contenidos en la Sentencia de la Sección Funcional Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Málaga de 31 de enero de 2019 (rollo de apelación 2362/2018) para estimar el recurso y considerar vulnerado el derecho a la huelga.

Entendemos sin embargo que la argumentación jurídica de dicha sentencia es perfectamente extrapolable a este supuesto pues igual que no se puede obligar a asumir responsabilidades más graves al que ejerce su derecho a la huelga tampoco se le puede obligar a tener una jornada superior y más amplia a la ordinaria.

Nos preguntamos si fuera admisible esta forma de proceder denunciada ¿qué sentido tiene ejercer el derecho a la huelga?, ¿qué implicaciones tiene para una Administración el respeto de este derecho fundamental? ¿dónde está la protección reforzada que requieren los derechos fundamentales? ¿es admisible la situación de indefensión y de vاپuleo de sus derechos en la que queda el empleado público? ...

Nuestro TSJA se posiciona en la sentencia reseñada a favor del empleado público pues, entiende, que el trabajador, solo puede ser designado para la prestación de servicios mínimos, para el ejercicio de su puesto de trabajo. En otro caso, se produciría como efecto pernicioso, que el trabajador se vería privado del ejercicio de su derecho y se vería agravada la limitación de su derecho, al tener que ejercer durante la jornada de huelga, responsabilidades más graves de las que le corresponden en una jornada ordinaria. No se puede designar a Un trabajador para un puesto que no es el que desarrolla habitualmente ni el que corresponde a su categoría profesional y por exclusivas razones de atención a los servicios mínimos.

De igual forma, tampoco se puede aceptar un incremento de la jornada, mediante la imposición de horas extraordinarias, al trabajador que ejerce su derecho a la huelga. En la Sentencia que se recurre, se cuestiona la evidencia de que estamos ante Un claro exceso de jornada y, se elucubra, con el hecho de que pudieran haber sido compensadas estas horas extraordinarias, con descanso o mediante la supresión de una de las guardias inicialmente asignadas. Ni el propio Ayuntamiento en su defensa aduce algo que sabe que no se produce. Sin embargo, y pese a ello, en la Sentencia que se impugna, se recoge como una posibilidad que dista abismalmente de la realidad que se vive por este colectivo. No parece necesario probar aquello que es aceptado y no discutido por el Ayuntamiento, en la medida que se ajusta plenamente a la realidad.



- Tal y como ha quedado probado, existen soluciones en las que respetando el derecho fundamental a la huelga, se garantice la prestación del servicio público.

Ha sido probado cómo, dentro de la plantilla de bomberos del Ayuntamiento de Málaga, no todos se encuentran ejerciendo el derecho a la huelga, por lo que se puede designar para la realización de horas extraordinarias, en caso de necesidad y para garantizar los mínimos, a aquellos que no ejercen el derecho a la huelga.

Una segunda opción que tiene fácilmente a su alcance la Administración para paliar la carencia de medios (de hecho, así lo ha previsto para la Policía Local) es contar con un plan de productividad y disponibilidad para el colectivo de bomberos, segunda solución perfectamente aplicable y ajustada a la legalidad.

Hay varias soluciones más, es cuestión de tener la voluntad de respeto de un derecho fundamental.

Las soluciones propuestas permiten que sea compatible el ejercicio del derecho a la huelga con el cumplimiento de los mínimos.

- Por último y al requerir la realización del trabajo del colectivo de bomberos, esfuerzos psicofísicos significativos, la imposición de horas extraordinarias, afecta además a su vida e integridad física. Téngase en cuenta que no se respeta la normativa sobre tiempos de trabajo y que no se compensa con días de descanso (extremo, como hemos expuesto, no discutido). Por lo que, junto al derecho a la huelga, el derecho a la vida e integridad física también se ven gravemente afectados.

Es más, no solo el efecto es pernicioso porque se infringe la normativa sobre tiempos de trabajo, por cuanto no se respeta el calendario laboral, ni el horario ni la jornada, sino que además se imposibilita la conciliación familiar. Se vulnera también la normativa en materia de seguridad, salud laboral y prevención de riesgos laborales.

Si se permite que la Administración continúe con su forma de proceder abusiva e ilegal, ni el ejercicio del derecho a la huelga tiene sentido, ni la Administración reconsiderará las justas reivindicaciones de un colectivo que, por primera vez en su historia, ejerce su derecho a la huelga.

Hay un clarísimo uso abusivo en la utilización de la Administración de sus poderes directivos, uso abusivo que ejerce, además, con total impunidad.

No se puede permitir la vía rápida y fácil de dar una orden que contraviene la legalidad, pues supone, este caso, una clara violación de un derecho fundamental.

Téngase en cuenta que, se permite esta forma de proceder, la huelga, que se ejerce como única medida de presión, quedaría absolutamente vacía de contenido si la Administración,



abusando de sus poderes directivos, designa a los trabajadores para que realicen horas extraordinarias. La huelga pasaría de ser un derecho fundamental a Un derecho ilusorio y completamente irrisorio para la Administración. El empleado público queda absolutamente desprotegido.

El derecho a la huelga es la única forma civilizada de expresión del desacuerdo ante 'la forma de proceder de la Administración. Es la única medida de presión con la que cuenta el trabajador para que se produzcan cambios necesarios.

El único sentido de la huelga es ejercer una medida de presión para conseguir mejoras laborales que se consideran justas y necesarias. Mejoras que, además, revierten en la seguridad de la población, pues la carencia de efectivos afecta de forma directa y proporcional a la calidad de la prestación del servicio.

Si por parte de la Administración, y en lugar de buscar soluciones, se menosprecia el ejercicio de este derecho fundamental, y se obliga al trabajador a que realice horas extraordinarias, no solo se vulnera el derecho fundamental a la huelga sino que además queda muy cuestionada la ejemplaridad de dicha Administración y su sometimiento a la ley y al derecho. Téngase en cuenta que actúa sin respeto alguno por los derechos fundamentales y por la ley. Todo ello constituye un pésimo ejemplo para la ciudadanía que no puede pasar por alto y dejar de cuestionarse la impunidad con la que actúa.

TERCERO.- El Ayuntamiento apelada impugna la apelación diciendo:

- Con carácter previo y analizado el recurso de la parte actora, se observa que en el mismo la parte apelante, bajo la apariencia de combatir la fundamentación jurídica de la sentencia de instancia, lo que realmente hace es reiterar su particular criterio en relación a la denunciada vulneración de su derecho de huelga mediante la designación forzosa para realizar horas extraordinarias, y en base a los mismos argumentos, es decir:

*Que la orden suponía violación del derecho fundamental de huelga al ordenarle la realización de horas extraordinarias el día 11-11-2017.

*Que la designación del personal de mínimos debía recaer de forma prioritaria sobre el personal no huelguista.

*Que ya se había declarado la vulneración de este derecho esencial en la Sentencia de esa Sala de fecha 31-1-2019.

- Por lo que hace referencia al primer motivo, es decir, el hecho de haber sido "obligado" de fondo no consiste en que se ordene al recurrente realizar horas extraordinarias; lo que ha de dilucidarse es si su designación para realizar una labor en atención a las exigencias de los servicios mínimos aprobados es o no correcta. Cosa distinta es que, debiendo el recurrente prestar un servicio de guardia el día 11 de noviembre de 2019 -por exigirlo la necesidad de cubrir los servicios mínimos aprobados-, y no estando ese concreto servicio previsto en su calendario laboral, se le retribuya en concepto de horas extraordinarias, que es lo que se hace.





En definitiva, por lo tanto, el supuesto planteado no deja de ser una mera ejecución del Decreto de servicios mínimos, de tal forma que una vez se verifica por el Jefe de Parque de [REDACTED] que falta un efectivo para cubrir el número mínimo de Bomberos (6) que deben acudir a la guardia, lo comunica conforme al procedimiento establecido, efectuándose la oportuna propuesta, y procediéndose a la efectiva designación en fecha 11 de noviembre.

La sentencia de instancia considera que esa forma de proceder es correcta, citando expresamente las Sentencias de esa Sala a la que nos dirigimos, de 31 de enero y 20 de mayo de 2019, y la de la Sala de Granada del TSJA de 20 de julio de 2020, en las que se declara, por una parte, que el derecho de los trabajadores a defender sus intereses mediante la utilización de un instrumento de presión como es la huelga debe ceder cuando ello impide u obstaculiza el funcionamiento de los servicios esenciales de la comunidad; y por otra, que la exigencia constitucional de garantizar el mantenimiento de los servicios esenciales requiere que la designación de los trabajadores encargados de su cumplimiento se realice con carácter previo al comienzo de las jornadas de huelga.

De todo ello, deduce el juzgador de instancia que precisamente porque el derecho de huelga no es ilimitado o absoluto, es lícito que determinados trabajadores deban prestar servicios aunque hayan manifestado su voluntad de secundar la misma.

Y esa es, asimismo, la solución que ha dado esa Sala ante un supuesto idéntico al presente en su sentencia nº 1584/2020 (Apelación nº 1793/2020): (...)

El motivo, pues debe decaer.

- En cuanto a la forma de designar al recurrente, en la instancia éste propugnaba que se designara a funcionarios que no secundasen la huelga cuando resultara preciso cubrir efectivos en una determinada guardia.

Sin embargo en su recurso de apelación, dado que la sentencia se remite a la incontestable doctrina del TC -que en su sentencia nº 45/2016, de 14 de marzo, veda tal posibilidad-, propone otras alternativas distintas sobre las que el juzgador de instancia no pudo pronunciarse.

El motivo, por lo tanto, también debe decaer.

- Respecto de la aplicación al presente caso de la sentencia de esa Sala de 31 de enero de 2019, la apelante insiste en que los argumentos contenidos en ella resultan trasladables al asunto que nos ocupa presente, cuestión esta que ya fue rechazada en la instancia, en la que se declaró que los presupuestos fácticos no eran en modo alguno asimilables, sin que en el recurso de apelación se efectúe razonamiento alguno al respecto, limitándose a rechazar la argumentación contenida en la sentencia, pero sin razonamiento alguno acerca





del motivo por el que considera que los supuestos de hecho son iguales o, al menos, sustancialmente análogos, que es lo que revelaría el error susceptible de corrección por esa Sala.

En consecuencia, tampoco este motivo puede prosperar.

-Por último, se insiste en la afirmación de que también se vulnera la normativa en materia de seguridad, salud laboral y prevención de riesgos laborales, pero sin concretar ni dicha normativa, ni los preceptos de la misma que considera infringidos, sin que por lo demás la parte acreditara o probara nada al respecto en la instancia, como pone de manifiesto la sentencia apelada.

CUARTO.- El Ministerio Fiscal impugna la apelación diciendo:

- Mantenemos nuestro criterio ya argumentado jurídicamente sobre la irrecurribilidad procesal autónoma del "acto administrativo" objeto del presente recurso contencioso-administrativo, esto es, el informe-propuesta (sin ratificar aún por la Jefatura correspondiente) del Sargento de dicho Cuerpo, [REDACTED] quien, en ejecución debida de las previsiones del Decreto de Alcaldía de fecha 10 de marzo de 2017 sobre Servicios Mínimos, adjudicaba inicialmente conforme a un turno rotatorio previamente establecido la guardia obligatoria de 24 horas correspondiente al referido día 11 de noviembre de 2019, en el turno A -mera concreción preliminar, vía propuesta administrativa interna-, si bien el mencionado y cuestionado Decreto de Servicios Mínimos garantizador del mantenimiento de un servicio básico y esencial para la comunidad había sido ya recurrido ante la presente jurisdicción, estando aún pendiente de decisión judicial la propia legalidad y constitucionalidad del mismo (artículos 25.1, 69, apartado c), 1 15.1, y concordantes, de la Ley Jurisdiccional).

En este sentido, la doctrina jurisprudencial reiterada y uniforme de la Sala Tercera del Tribunal Supremo establece sobre los actos de trámite no cualificados que:

"La impugnabilidad o no de los actos administrativos viene determinada en los preceptos que acabamos de transcribir por la función del acto de que se trate en el procedimiento administrativo, en el que cabe diferenciar entre los actos de trámite que tienen un carácter preparatorio o instrumental y la resolución final que decide el fondo del asunto y pone término al procedimiento, de forma que los recursos solo serán admisibles frente esta última y, no frente a los actos de trámite, con las excepciones a que luego nos referiremos. Lo anterior no supone que los actos de trámite no sean susceptibles de impugnación, sino únicamente que no pueden ser impugnados de forma separada al acto que ponga término al procedimiento" (sentencia no 679/2020, de 4 de junio de 2020, rec. 1228/2019, F. Jco. Tercero).

Siguen esta misma línea jurisprudencial, en relación con los actos administrativos meramente informativos o con los informes-propuesta de la Administración, las



sentencias, p. de 17 de marzo de 2009, rec. 1430/2005, F. Jco. Segundo, y de 6 de abril de 2004, rec. 5368/2001, F. Jco. Séptimo.

- Sin perjuicio de lo anterior, igual suerte desestimatoria deben merecer los alegatos impugnatorios del apelante sobre el fondo de la cuestión debatida referentes a que, al adjudicar la Administración municipal actuante el servicio laboral en fecha no programada inicialmente le obligaba a hacer horas extraordinarias -según se afirma insistentemente por el recurrente pero sin acreditación probatoria alguna al respecto como bien pone de manifiesto el Ilmo. Juzgador a quo en el Fundamento de Derecho Tercero, in fine, de la sentencia cuestionada-, se deja vacío de contenido el derecho fundamental a la huelga, con olvido de que ningún derecho de tal carácter, por muy elevado rango que tenga en el orden jurídico, carece de limitaciones y/o modulaciones que se concretan, además de en los límites generales que exige el respeto a los derechos de los demás ciudadanos y de su ejercicio no abusivo (artículo 10.1 C. E.), en la exigencia expresamente prevista en el art- 28.2 CE, es decir, en "asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad", como ha sido el caso, al tratarse de garantizar la prestación del servicio esencial sobre prevención y extinción de incendios, cumpliendo así una competencia legal propia e ineludible conforme al artículo 25.2, apartado f), de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local.

El Tribunal Constitucional tiene reiteradamente señalado que el "derecho de la comunidad a estas prestaciones vitales es prioritario respecto del derecho a la huelga" (sentencias 1/1981, de 8 de abril, FJ 18; 53/1986, de 5 de mayo, FJ 3; 43/1990, de 15 de marzo, FJ 5; etc.). Criterio reafirmado por la sentencia más reciente, sobre el servicio esencial sanitario, núm. 45/2016, de 14 de marzo.

Igualmente, carece de base fáctica y jurídica alguna la también aducida grave afectación por la actuación administrativa de los derechos fundamentales a la vida o a la integridad física del recurrente pues mal puede resultar lesionada en su salud una persona con aptitud física y psíquica contrastada para su exigente profesión de bombero, por el simple hecho de realizar puntualmente unas pocas horas extraordinarias, ello si es que efectivamente lo fueron, en el cómputo horario anual, y si es que realmente comportaron alguna salida profesional y arriesgada prestación del servicio, con esfuerzos y peligros notorios, más allá de la necesaria disponibilidad para ello.

En definitiva, ha quedado acreditado en autos que la actuación municipal impugnada se ajusta a la legalidad en vigor y es totalmente respetuosa con los derechos fundamentales del apelante, lo que nos conduce ahora sin mayores argumentaciones, fácticas o jurídicas, a interesar del Tribunal "ad quem" la íntegra desestimación del recurso interpuesto, bien sea por ser el mismo inadmisibile o por resultar materialmente infundado (artículos 6.1, 69-c y 70.1 de la Ley Jurisdiccional) y la necesaria confirmación de la resolución jurídica impugnada, al ser la misma en su fallo desestimatorio plenamente ajustado a Derecho.

QUINTO.- La sentencia apelada, en cuanto es objeto de impugnación, contiene la





siguiente fundamentación:

“...Tercero.- Como se ha referido previamente, la parte recurrente aduce que la designación del recurrente para prestar el servicio de guardia del día 11 de noviembre de 2019 vulneraba tanto su derecho fundamental a la huelga, como los derechos fundamentales a la vida y a la integridad física y moral. Para ello argumentaba que mediante dicha actuación administrativa se imponía a aquel la obligación de realizar “al margen de su calendario laboral, horas extraordinarias” a pesar de ejercitar su derecho a la huelga; añadiendo que tal designa apareja la realización de esfuerzos psicofísicos significativos por cuanto no se respeta la normativa sobre tiempos de trabajo y no se le compensan las horas extraordinarias con días de descanso (afectando todo ello a su derecho a la conciliación familiar).

Para dar respuesta a estos alegatos, conviene efectuar unas reflexiones previas. Como razona la Sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Granada de 20 de julio de 2020 (dictada en el rollo de apelación 282/2020) “el Tribunal Constitucional (sentencia de 8 de Abril de 1981) ha declarado que el derecho de los trabajadores de defender sus intereses mediante la utilización de un instrumento de presión como es la huelga, debe ceder cuando se impide o se obstaculiza gravemente el funcionamiento de lo que la Constitución llama servicios esenciales de la comunidad; pues el derecho de la comunidad a estas prestaciones vitales es prioritario respecto del derecho a la huelga. No obstante, esto no puede suponer un total desconocimiento o negación de derecho de huelga, en la medida en que de lo que se trata es de asegurar que dichos servicios esenciales puedan seguir funcionando, de tal manera que, si bien atribuir a la autoridad gubernativa la potestad para establecer las medidas necesarias para asegurar el funcionamiento de los servicios mínimos no es inconstitucional, la autoridad gubernativa encuentra limitada su potestad en la imposibilidad de que las garantías que adopte para garantizar la atención de los servicios esenciales, vacíen de contenido el derecho de huelga o rebasen la idea su contenido esencial”. En el mismo sentido apunta la Sentencia de la Sección Funcional Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Málaga de 20 de mayo de 2019 (dictada en el recurso 577/2018), cuando refiere que 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. Los límites del derecho de huelga derivan, pues, no sólo de su posible conexión con otros derechos constitucionales, sino también con otros bienes constitucionalmente tutelados (STC 11/1981 , FFJJ 7.o y 9.o)...El art. 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, 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; "el derecho de la comunidad a estas prestaciones vitales es prioritario respecto del derecho de huelga" (STC 11/1981 , F.J. 18)". Y, finalmente, la precitada Sentencia de la Sección Funcional Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Málaga de 31 de enero de 2019 (rollo de apelación 2362/2018), añade que " la exigencia constitucional de garantizar el mantenimiento de los servicios esenciales requiere en una fase ulterior que la designación de los trabajadores encargados de su cumplimiento se realice con carácter previo al comienzo de las jornadas de huelga, a fin de asegurar que, durante el desarrollo de éstas, exista un número de trabajadores suficientes que puedan llevar a cabo tales servicios".

Con todo ello pretende ponerse de manifiesto que el derecho a la huelga del recurrente encuentra su límite en el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad, que se han de preservar mediante la fijación de unos servicios mínimos. De esta forma, sea cual fuere el seguimiento de la huelga, determinado número de trabajadores han de prestar sus servicios a pesar de manifestar su voluntad de secundar la misma; precisamente por no hallarnos ante un derecho de carácter ilimitado o absoluto. Y de la sola lectura de la resolución impugnada se desprende que la asignación al recurrente del servicio de guardia señalado para el día 11 de noviembre de 2019 obedeció, precisamente, a garantizar la prestación de los servicios mínimos previamente fijados en el Decreto de 10 de marzo de 2017 (que no es objeto de fiscalización en este procedimiento); servicios mínimos que se erigen en límite del derecho fundamental cuya vulneración se invoca. Y dicha designa obedece, según refieren tanto dicho Decreto como la resolución recurrida, a un turno rotatorio establecido entre todo el personal del Parque en cuestión (sin que tal circunstancia resulte cuestionada). Refiere el demandante que la decisión administrativa recurrida carece de una "mínima solidez" puesto que "la imposición obligatoria de horas extraordinarias no es coyuntural sino estructural". Mas para respaldar esta tanto esta afirmación como el supuesto incumplimiento de la normativa sobre tiempo de trabajo -al no compensarse las horas extraordinarias con días de descanso- (e incluso la propia realización de tales "horas extraordinarias) resulta insuficiente la mera aportación de una impresión de pantalla correspondiente al calendario laboral del actor (documento 3 de los adjuntos al escrito de interposición y a la demanda) y de la Circular de Régimen Interno 47/2018 en la que se fijan el número de horas anuales a realizar (concretamente, en 1.773,9 horas). Es cierto que en el calendario laboral no aparecía inicialmente asignada la fecha del 11 de noviembre al recurrente; pero no es menos cierto que ello no ha de comportar que esta modificación (que responde a necesidades del servicio para la cobertura de la guardia mediante el turno rotatorio fijado en el Decreto de servicios mínimos) conlleve ni la superación del número de horas anuales a trabajar, ni la imposición sistemática o "estructural" de horas extraordinarias o el incumplimiento de la normativa sobre tiempo de trabajo. Y es que basta dar lectura a la propia Circular de Régimen Interno 47/2018 para comprobar como los turnos inicialmente asignados al personal del Cuerpo de Bomberos pueden ser modificados tanto por necesidades del servicio (para "reforzar el personal de la guardia") como incluso a petición propia de los funcionarios (previa autorización de





Régimen Interno). Por tanto, la propia existencia de las horas extraordinarias exigiría advenir que el cómputo anual de las efectivamente desempeñadas ha superado el número fijado para el puesto, ya que la asignación de la guardia correspondiente al 11 de noviembre bien pudo haber sido compensada con descansos o mediante la supresión de una de las inicialmente asignadas. Y para ello era necesario desplegar una actividad probatoria que no consta instada en la demanda; circunstancia que impide constatar si, tal y como se refiere, la designa ha supuesto la obligada realización de tales horas extraordinarias (que es la tesis en la que la parte sustenta la vulneración de los derechos fundamentales que refiere, razón por la que le competía adverarla conforme a lo dispuesto en el artículo 217.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). En definitiva, la parte no ha acreditado mínimamente que la designación efectuada comporte la lesión de los derechos constitucionales a la huelga, la vida y la integridad física y moral.

Cuarto.- Tampoco considera, por tanto, el que suscribe la presente que resulten extrapolables al supuesto enjuiciado los argumentos contenidos en la Sentencia de la Sección Funcional Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Málaga de 31 de enero de 2019 (rollo de apelación 2362/2018) para estimar el recurso de apelación entablado frente a la designa de otro funcionario para la realización de una guardia, dando cumplimiento al Decreto de fijación de servicios mínimos. Y es que basta dar lectura a dicha resolución para comprobar cómo la misma parte de premisas fácticas plenamente diferenciadas a la del supuesto que dió lugar al dictado del acto aquí recurrido. Así, en dicha Sentencia se examinó un supuesto en el que el funcionario designado para la prestación de los servicios mínimos lo fue para funciones propias de "un puesto que no es el que desarrolla usualmente" y que tampoco se correspondía con su categoría profesional; obediendo su excepcional adscripción "a un puesto de superior categoría por exclusivas razones de atención de los servicios mínimos". Y nada de ello acontece en el presente, ya que el recurrente es designado para las funciones propias de su puesto de trabajo y su categoría profesional; sosteniendo a este respecto la Sala que la "designación de un trabajador para la prestación de servicios mínimos sólo puede serlo para el ejercicio de su puesto de trabajo" (que es lo que aquí ocurre). Máxime cuando la vulneración del derecho fundamental se residenciaba en el hecho de no poderse limitar el derecho de huelga del recurrente en dicho proceso "para de este modo posibilitar su ejercicio por otros trabajadores que serían los naturalmente señalados para prestar los servicios mínimos propios de este puesto de superior categoría que usualmente sirven".

Y, de la misma forma, tampoco puede acogerse la pretensión del recurrente de haber sido cubiertos los servicios mínimos con personal que no estuviese ejerciendo su derecho a la huelga. Y ello porque, como razonaba la Sentencia del Tribunal Constitucional 45/2016, de 14 de marzo, "la presencia en el trabajo al inicio de la huelga de trabajadores no designados que puedan hacerse cargo de los servicios mínimos no garantiza su permanencia durante el transcurso de aquélla, de tal modo que si, a la vista de la asistencia al trabajo una vez comenzada la huelga, se eximiera a los trabajadores designados de tal condición, tal exención podría llevar a la inadmisibile consecuencia de hacer peligrar la exigencia constitucional de garantizar el mantenimiento de los servicios esenciales. Y si para evitar tal riesgo se procediera a una reasignación formal





de la condición de trabajador designado para prestar los servicios mínimos, haciéndola recaer sobre trabajadores inicialmente no designados por el solo hecho de haber acudido al trabajo, en tal caso habría que concluir que, salvo que mediaran razones justificativas —y no la mera voluntad de secundar la huelga de los asignados en origen—, tal reasignación supondría una ilegítima restricción del derecho a la huelga de dichos trabajadores no designados en inicio, en tanto que, a diferencia de aquéllos, sobre estos últimos no recaía en principio obligación alguna de asistir al trabajo para preservar los servicios esenciales y, consiguientemente, contaban con la facultad —que quedaría eliminada— de adherirse a la huelga en cualquier momento de su desarrollo”. En definitiva, resulta inviable la pretensión de efectuar la cobertura de esta forma, pues el mero hecho de poder acudir voluntariamente al turno trabajadores que no manifestaron hasta entonces la voluntad de secundar la huelga en dicha fecha, no garantiza el mantenimiento de los servicios públicos (pues tal asistencia voluntaria no veda la posibilidad de que estos puedan sumarse posteriormente a la huelga convocada). Y ello máxime cuando, según se razona en dicha Sentencia, “en ningún momento —y tampoco tras el inicio de la huelga— recae deber normativo alguno sobre los trabajadores de expresar su postura ante la misma ni tampoco sobre la empresa de indagar al respecto” (luego mal podría efectuarse la designación en la forma propuesta, al no existir obligación alguna por parte del trabajador de manifestar si deseará o no ejercitar su derecho a la huelga). Consecuentemente, “ el propio respeto al art. 28.2 CE dificulta o impide que la inicial designación para cumplir los servicios mínimos pueda ser reasignada a trabajadores “no huelguistas”, incluso después del inicio de la huelga”; conclusión esta que conduce a desechar este argumento y, con el ello, el recurso contencioso-administrativo entablado...,”

SEXTO.- Doctrina jurisprudencial sobre la fijación de servicios mínimos para garantizar la prestación de servicios esenciales durante el ejercicio del derecho de huelga. Así el Tribunal Constitucional en su sentencia número 27/1989, de 3 de febrero de 1989, indicaba que el análisis de cuestiones como las planteadas en este procedimiento, debe partir de la doctrina desarrollada por dicho Tribunal acerca del derecho de huelga y, en particular, de las limitaciones que pueden imponerse al mismo y de los requisitos que han de guardar las normas y medidas sobre servicios mínimos, doctrina que se inicia en la STC 11/1981, y desarrollan, entre otras, las SSTC 51/1986 y 53/1986.

De esta última sentencia, en la que se condensan buena parte de los criterios mantenidos en anteriores resoluciones, conviene destacar ahora que el derecho de huelga puede experimentar limitaciones o restricciones en su ejercicio derivadas de su conexión con otros derechos o bienes constitucionalmente protegidos, aunque nunca podrán rebasar su contenido esencial, hacerlo impracticable, obstruirlo más allá de lo razonable o despojarlo de la necesaria protección.

Una de esas limitaciones, expresamente prevista en la Constitución, procede de la necesidad de garantizar los servicios esenciales de la Comunidad, entendidos como servicios que atienden la garantía o ejercicio de los derechos fundamentales, las libertades públicas y los bienes constitucionalmente protegidos.





De otro lado, la consideración de un servicio como esencial no puede suponer la supresión del derecho de huelga de los trabajadores que hubieran de prestarlo, sino la necesidad de disponer las medidas precisas para su mantenimiento o, dicho de otra forma, para asegurar la prestación de los trabajos que sean necesarios para la cobertura mínima de los derechos, libertades o bienes que satisface dicho servicio, sin que ello exija alcanzar el nivel de rendimiento habitual ni asegurar su funcionamiento normal.

La clase y número de trabajos que hayan de realizarse para cubrir esa exigencia y, en definitiva, el tipo de garantías que hayan de disponerse con ese fin, no pueden ser determinados de manera apriorística, sino tras una ponderación y valoración de los bienes o derechos afectados, del ámbito personal, funcional o territorial de la huelga, de la duración y demás características de esa medida de presión y, en fin, de las restantes circunstancias que concurran en su ejercicio y que puedan ser de relevancia para alcanzar el equilibrio más ponderado entre el derecho de huelga y aquellos otros bienes (comunidad afectada, existencia o no de servicios alternativos, etc.), sin olvidar la oferta de preservación o mantenimiento de servicios que realicen los sujetos convocantes o trabajadores afectados (STC 26/1981 de 17 julio).

De otra parte, la doctrina del Tribunal Supremo sobre el significado general de la "causalización" o motivación de los servicios mínimos, que resume la STS n° 21/2021, del 18 de enero de 2021, Recurso: 3083/2019, con cita de anteriores sentencias de la propia Sala y del TC, señala que:

“1º Que ante el ejercicio del derecho de huelga los servicios mínimos se predicen de los esenciales identificados con prestaciones vitales o necesarias para la vida en comunidad; esencialidad que se deriva tanto de la actividad en que consisten como por el resultado que con la misma se pretende. Tal juicio sobre la esencialidad del servicio afectado no puede vaciar el contenido esencial del derecho a la huelga, haciéndolo impracticable, de ahí que deba seguirse un criterio restrictivo.

2º Que junto a ese juicio sobre la esencialidad del servicio, la llamada "causalización" de la fijación de los servicios mínimos exige razonar -motivar- el alcance de otros dos juicios concurrentes: el de proporcionalidad respecto de los acordados y el de ponderación respecto de los intereses en liza.

3º Que en cuanto al equilibrio ponderado de los intereses en liza -el de los trabajadores y el de los destinatarios de su actividad- deberá valorarse el ámbito personal, territorial y temporal de la huelga más la actividad material afectada, identificando el número de trabajadores convocados y los adscritos a los servicios mínimos y cómo se ha llegado a tal ponderación.

4º En cuanto al juicio de proporcionalidad, con los servicios mínimos que se fijan no se trata de garantizar por sistema un nivel de rendimiento habitual de la actividad afectada, de ahí que unos servicios mínimos equivalentes al 100% de la actividad afectada implique vaciar de contenido el ejercicio del derecho de huelga; ahora bien, la huelga debe perturbar el interés de la comunidad sólo hasta extremos razonables, a lo que se añade que el acto de fijación debe ser neutral e imparcial, luego no puede ser la empresa





quien, en la práctica, los fije”.

SÉPTIMO.- En cuanto a las huelgas en el servicio público de bombero en Málaga, la sentencia de esta Sala y Sección nº 177/2021, de 18 enero, al rollo apelación 3246/2020, dejó dicho en su FD 2º que la cuestión que se plantea reviste una naturaleza claramente probatoria, en tanto en cuanto la parte apelante lo que discute es si para el servicio del día uno de Agosto, pudo acordarse de que el servicio fuese prestado de distinta forma o por otra persona, y en este sentido la solución a alcanzar no es otra que la desestimatoria del recurso de apelación, pues una vez que consta que la orden de 30 de Julio, por la que se le hacía saber al recurrente la necesidad de que cumplierse la guardia del día uno de agosto, se ajustó al Decreto por el que se establecían y regulaban los servicios mínimos, el que la parte entienda que podría haberse resuelto la necesidad de cubrir la guardia del día uno de manera diferente, no es suficiente para entender que se ha quebrantado el derecho fundamental a la huelga, pues para que ello fuese así se habría hecho necesario acreditar que la solución adoptada era, si no injustificada, al menos desproporcionada, acreditación que no ha tenido lugar, pues de la prueba testifical practicada, únicamente puede deducirse la discrepancia, por parte del recurrente y otros bomberos, con la forma de solucionar el problema de atender a la cobertura de los servicios mínimos, sin que en ningún momento conste que por parte de quien tenía las atribuciones de designar las personas que tenían que cubrir los mismos el día uno d Agosto, se haya extralimitado o haya procedido de manera claramente impropia o desproporcionada, no pudiendo alegarse en su contra lo razonado y resuelto por esta Sala en la sentencia 302/2019, dictada el 31 de enero de 2019, pues en esta se contemplaba un supuesto distinto, cual era el que, para cubrir el servicio mínimo, no solo se había nombrado a una persona determinada, sino que además, con ello, se le había obligado de asumir responsabilidades más graves que las que le correspondían a su categoría y puesto de trabajo, lo que no ocurre en el actual caso, por todo lo cual el recurso de apelación ha de ser desestimado.

En dicha sentencia, en que era impugnado el mismo acto, dijimos y ahora reiteramos, que *“de la sola lectura de la resolución impugnada se desprende que la asignación al recurrente del servicio de guardia señalado para el día 11 de noviembre de 2019 obedeció, precisamente, a garantizar la prestación de los servicios mínimos previamente fijados en el Decreto de 10 de marzo de 2017 (que no es objeto de fiscalización en este procedimiento); servicios mínimos que se erigen en límite del derecho fundamental cuya vulneración se invoca. Y dicha designa obedece, según refieren tanto dicho Decreto como la resolución recurrida, a un turno rotatorio establecido entre todo el personal del Parque en cuestión (sin que tal circunstancia resulte cuestionada). Refiere el demandante que la decisión administrativa recurrida carece de una “mínima solidez” puesto que “la imposición obligatoria de horas extraordinarias no es coyuntural sino estructural”. Mas para respaldar esta tanto esta afirmación como el supuesto incumplimiento de la normativa sobre tiempo de trabajo -al no compensarse las horas extraordinarias con días de descanso- (e incluso la propia realización de tales “horas extraordinarias) resulta insuficiente la mera aportación de una impresión de pantalla correspondiente al calendario laboral del actor (documento 3 de los adjuntos al escrito de interposición y a*



la demanda) y de la Circular de Régimen Interno 47/2018 en la que se fijan el número de horas anuales a realizar (concretamente, en 1.773,9 horas). Es cierto que en el calendario laboral no aparecía inicialmente asignada la fecha del 11 de noviembre al recurrente; pero no es menos cierto que ello no ha de comportar que esta modificación (que responde a necesidades del servicio para la cobertura de la guardia mediante el turno rotatorio fijado en el Decreto de servicios mínimos) conlleve ni la superación del número de horas anuales a trabajar; ni la imposición sistemática o “estructural” de horas extraordinarias o el incumplimiento de la normativa sobre tiempo de trabajo. Y es que basta dar lectura a la propia Circular de Régimen Interno 47/2018 para comprobar como los turnos inicialmente asignados al personal del Cuerpo de Bomberos pueden ser modificados tanto por necesidades del servicio (para “reforzar el personal de la guardia”) como incluso a petición propia de los funcionarios (previa autorización de Régimen Interno). Por tanto, la propia existencia de las horas extraordinarias exigiría advenir que el cómputo anual de las efectivamente desempeñadas ha superado el número fijado para el puesto, ya que la asignación de la guardia correspondiente al 11 de noviembre bien pudo haber sido compensada con descansos o mediante la supresión de una de las inicialmente asignadas. Y para ello era necesario desplegar una actividad probatoria que no consta instada en la demanda; circunstancia que impide constatar si, tal y como se refiere, la designa ha supuesto la obligada realización de tales horas extraordinarias (que es la tesis en la que la parte sustenta la vulneración de los derechos fundamentales que refiere, razón por la que le competía adverarla conforme a lo dispuesto en el artículo 217.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). En definitiva, la parte no ha acreditado mínimamente que la designación efectuada comporte la lesión de los derechos constitucionales a la huelga, la vida y la integridad física y moral... .. poder acudir voluntariamente al turno trabajadores que no manifestaron hasta entonces la voluntad de secundar la huelga en dicha fecha, no garantiza el mantenimiento de los servicios públicos (pues tal asistencia voluntaria no veda la posibilidad de que estos puedan sumarse posteriormente a la huelga convocada). Y ello máxime cuando, según se razona en dicha Sentencia, “en ningún momento —y tampoco tras el inicio de la huelga— recae deber normativo alguno sobre los trabajadores de expresar su postura ante la misma ni tampoco sobre la empresa de indagar al respecto” (luego mal podría efectuarse la designación en la forma propuesta, al no existir obligación alguna por parte del trabajador de manifestar si deseará o no ejercitar su derecho a la huelga).

En definitiva la Sala, tras el examen de la sentencia apelada no puede sino concluir en forma idéntica a la acertadamente expuesta por el juzgador a quo, no apreciando error interpretativo alguno en relación a las cuestiones suscitadas en el recurso, que fueron estudiadas por aquél en forma detallada y exhaustiva con recta objetividad e imparcialidad que pugna con la razón interesada de parte que por ello resulta improsperable en esta alzada, debiendo añadir al hilo del principal motivo del recurso que conceptuados los servicios mínimos como aquellas funciones, tareas, procesos o áreas de gestión o servicio de una empresa que, sin menoscabar en su esencia el derecho a huelga, conforme al tamaño y característica de la misma, deben ser atendidas durante el desarrollo de una huelga, cuando resultan estrictamente necesarias para proteger los





bienes corporales e instalaciones de la empresa y prevenir accidentes; garantizar la prestación de servicios de utilidad pública o la atención de necesidades básicas de la población, incluidas aquellas relacionadas con la vida, la seguridad o la salud de las personas, y garantizar la prevención de daños ambientales o sanitarios. El desarrollo de los mismos, en cuanto atienden a los fines señalados, excluye la jornada laboral en sentido estricto, pues han de ser realizados durante el tiempo necesario para ello, siendo remunerados en atención a esa duración; por ello en el supuesto de litis, el tiempo que excedió de la jornada laboral fue remunerado al recurrente como horas extraordinarias, que fueron necesarias para garantizar el buen fin de los servicios mínimos acordados (en este sentido también se ha pronunciado esta Sala en la sentencia n ° 1584/2020, del 13 de octubre de 2020, Recurso: 1793/2020).

OCTAVO.- Procede la imposición de costas a la parte apelante conforme al art. 139.2 Ley 29/98.

FALLAMOS

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido:

PRIMERO.- Desestimar el presente recurso de apelación promovido en nombre de don [REDACTED] contra la sentencia n ° 378/2020, de 23 diciembre 2020, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n° CUATRO de MÁLAGA, en Procedimiento de Protección de Derechos Fundamentales 926/19.

SEGUNDO.- Imponer el pago de las costas a la parte apelante

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer, en su caso, recurso de casación ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo si pretende fundarse en infracción de normas de derecho estatal o de la Unión Europea que sean relevantes y determinantes del fallo impugnado o ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con la composición que determina el art. 86.3 de la Ley Jurisdiccional si el recurso se fundare en infracción de normas de derecho autonómico; recurso que habrá de prepararse ante esta Sala en el plazo de treinta días contados desde el siguiente a la notificación de la presente sentencia mediante escrito que reúna los requisitos expresados en el art. 89.2 del mismo Cuerpo Legal.

Remítase testimonio de la presente resolución al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de procedencia, para su ejecución.

Lo mandó la Sala y firman los Magistrados Ilmos. Sres. al inicio reseñados.





PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, estando la Sala celebrando audiencia pública, lo que, como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.



