

R. CASACION núm.: 3083/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Requero Ibáñez

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Pilar Molina
López

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Contencioso-Administrativo
Sección Cuarta
Sentencia núm. 21/2021

Excmos. Sres.

D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva, presidente

D^a. Celsa Pico Lorenzo

D. Luis María Díez-Picazo Giménez

D^a. María del Pilar Teso Gamella

D. José Luis Requero Ibáñez

D. Rafael Toledano Cantero

En Madrid, a 18 de enero de 2021.

Esta Sala ha visto el recurso de casación registrado con el número **3083/2019** interpuesto por la **UNIVERSIDAD DE SEVILLA** representada por el procurador don Eduardo Codes Feijoo y bajo la dirección letrada de doña María Isabel Bonachera Ledro contra la sentencia de 27 de febrero de 2019 dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Sevilla, en el recurso contencioso-administrativo 336/2018. Han comparecido como partes recurridas el Sindicato Andaluz de Trabajadores representado por el procurador don César Joaquín Ruiz Contreras y bajo la dirección letrada de doña Ana Isabel Fernández López y la Junta de Andalucía, representada y asistida por la letrada de sus Servicios Jurídicos. Ha intervenido el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. José Luis Requero Ibáñez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La representación procesal del Sindicato Andaluz de Trabajadores interpuso el recurso contencioso-administrativo 336/2018 ante la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Sevilla, contra la resolución de la Dirección de Relaciones Laborales y Seguridad y Salud Laboral de 25 de mayo de 2018, por la que se establece los servicios mínimos a partir del día 28 de mayo de 2018; y Resolución Rectoral de 28 de mayo de 2018, por la que se dictan instrucciones con motivo de la convocatoria de huelga del personal docente e investigador laboral, con carácter indefinido.

SEGUNDO.- Estimado parcialmente el recurso contencioso-administrativo por sentencia de 27 de febrero de 2019 la representación de la Universidad de Sevilla presentó escrito ante dicha Sección informando de su intención de interponer recurso de casación y tras justificar en el escrito de preparación la concurrencia de los requisitos reglados de plazo, legitimación y recurribilidad de la resolución impugnada, identificar la normativa a su parecer infringida y defender que concurre en el caso interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia en los términos que señala en su escrito, la Sala sentenciadora, por auto de 16 de abril de 2019 tuvo por preparado el recurso, con emplazamiento de las partes ante esta Sala del Tribunal Supremo.

TERCERO.- Recibidas las actuaciones en este Tribunal y personados en tiempo y forma la Universidad de Sevilla como recurrente y la Junta de Andalucía y Sindicato Andaluz de Trabajadores como recurridos, la Sección de Admisión de esta Sala acordó, por auto de 3 de febrero de 2020 lo siguiente:

«Primero. Admitir a trámite el recurso de casación preparado por la representación procesal de la Universidad de Sevilla contra la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Tercera) del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Sevilla, de fecha de 27 de febrero de 2019, en los autos del procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales núm. 336/2018.

»Segundo. Precisar que, en principio, la cuestión que reviste interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia es la determinación de si existe alguna peculiaridad en las condiciones laborales del personal universitario docente e investigador en lo que atañe al ejercicio del derecho fundamental de huelga durante la celebración de exámenes oficiales programados y el subsiguiente establecimiento de los servicios esenciales mínimos.

»Tercero. Identificar como normas jurídicas que serán objeto de interpretación los artículos 28.2 de la Constitución; 10.2 del Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo; y 9 del Real Decreto 898/1985, de 30 de abril, sobre régimen del profesorado universitario, sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso, ex artículo 90.4 de la LJCA.»

CUARTO.- Por diligencia de ordenación de 6 de febrero de 2020 se dispuso la remisión de las actuaciones a esta Sección Cuarta para su tramitación y decisión, y se confirió a la parte recurrente el plazo de treinta días para presentar su escrito de interposición.

QUINTO.- La representación de la Universidad de Sevilla evacuó dicho trámite mediante escrito de 13 de marzo de 2019 en el que precisó las normas del ordenamiento jurídico y jurisprudencia infringidas, cuál es su pretensión en el presente recurso a los efectos del artículo 92.3.b) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (en adelante, LJCA) y los pronunciamientos que se solicitan en el fallo del mismo.

SEXO.- Por providencia de 18 de junio de 2020 se acordó tener por interpuesto el recurso de casación y en aplicación del artículo 92.5 de la LJCA dar traslado a las partes recurridas y personadas para que presentasen escrito de oposición en el plazo de treinta días, lo que realizaron el Ministerio Fiscal y la representación del Sindicato Andaluz de Trabajadores solicitando ambos la desestimación del presente recurso en los términos convenidos en sus respectivos escritos de 9 de julio y 21 de agosto de 2020 y se tuvo por caducado en el trámite a la Junta de Andalucía.

SÉPTIMO.- Concluidas las actuaciones, considerándose innecesaria la celebración de vista pública, mediante providencia de 24 de septiembre de 2020 se señaló este recurso para votación y fallo el 12 de enero de 2021, fecha en que tuvo lugar tal acto, y el 18 siguiente se pasó la sentencia a firma de los magistrados de la Sección.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- SOBRE EL PLEITO SEGUIDO EN LA INSTANCIA

1. Ante la Sala de Sevilla de este orden jurisdiccional se impugnó la resolución de la Consejería de Empleo, Empresa y Comercio, de la Junta de Andalucía, por la que, en el ámbito de la Universidad de Sevilla se fijaron los servicios mínimos para la huelga indefinida del personal docente e investigador laboral iniciada el 28 de mayo de 2018. Y derivada de tal resolución, se impugnaron también las instrucciones que dictó el Rectorado.

2. Tales servicios se referían al que presta ese personal para la realización de los exámenes de fin de curso programados en cada centro, según el calendario oficial. Frente al comité de huelga, que propuso que no se fijasen tales servicios y, subsidiariamente, otros que respeten el derecho a la huelga, la Administración consideró lo siguiente:

1º Que tal actividad docente constituía un “servicio esencial cuya prestación debe ser garantizada”.

2º Tuvo en consideración la importancia de la actividad afectada -la realización de exámenes finales- de forma que en cada centro debía garantizarse “exclusivamente” la realización y efectos de los exámenes programados por la Universidad desde el día de comienzo de la huelga.

3º Se mantenía la planificación ya acordada por los Departamentos, y así se establecieron las asignaturas, fechas y profesores que debían realizar tales exámenes y pruebas de evaluación.

4º Se consideró el volumen de alumnado afectado y se resaltaba su derecho a continuar sus estudios y finalizarlos, al acceso a la universidad y al mundo laboral, al volumen de población afectada y a la pérdida de derechos del alumno respecto de posibles plazos de convocatorias de acceso a otros niveles formativos, a becas y a prácticas laborales determinados por calendarios generales establecidos.

5º Los servicios mínimos no afectarían a la totalidad de la actividad propia de toda la jornada laboral de los profesores llamados a la huelga, que abarca la actividad docente, de investigación, la transferencia del conocimiento, la formación y la gestión. Por tanto, al afectar la huelga al desarrollo, evaluación y calificación de los exámenes, los servicios mínimos se atenderían con el personal indispensable y evitar así el perjuicio de los alumnos.

3. La sentencia impugnada estimó la demanda promovida por el Sindicato Andaluz de Trabajadores y declaró que se había infringido el artículo 28.2 de la Constitución en los términos que más abajo se expondrán.

SEGUNDO.- ALCANCE DE ESTE RECURSO DE CASACIÓN

1. Hay una copiosa jurisprudencia y doctrina constitucional sobre la fijación de servicios mínimos respecto de actividades esenciales afectadas por el ejercicio del derecho de huelga. Desde esta premisa y a efectos de la apreciación de interés casacional objetivo para la fijación de jurisprudencia, en puridad bien podría haberse inadmitido este recurso de casación pues lo procedente es aplicar tal cuerpo de doctrina a cada caso, quedando lo litigioso reducido a su concreta aplicación.

2. Sin embargo se ha admitido este recurso porque, como señala el auto de 3 de febrero de 2020, respecto de la misma huelga pero para el ámbito de las Universidades de Granada y Málaga se fijaron unos servicios mínimos sustancialmente iguales, pero la Sala de Málaga de este orden jurisdiccional dictó otra sentencia que contradice la ahora impugnada: se trata de la sentencia 1902/2018, de 24 de septiembre, de la Sección Primera (procedimiento de protección de los derechos fundamentales 463/2018).

3. Ahora bien, lo relevante a efectos casacionales no se advierte, obviamente, en las concretas circunstancias de hecho sino en lo que haya de generalizable, en concreto si hay *«alguna peculiaridad en las condiciones laborales del personal universitario docente e investigador en lo que atañe al ejercicio del derecho fundamental de huelga durante la celebración de exámenes oficiales programados y el subsiguiente establecimiento de los servicios esenciales mínimos»*.

TERCERO.- RAZONAMIENTOS DE LA SENTENCIA IMPUGNADA Y DE CONTRASTE

1. La *ratio decidendi* de la sentencia 254/2019, ahora impugnada y dictada por la Sección Tercera de la Sala de Sevilla, se resume en estos términos:

1º Se basa en otros precedentes suyos, en concreto la sentencias de la Sección Primera, de 23 de mayo y la de 8 de noviembre de 2018 -se ignora de qué Sección-, ambas dictadas en los procedimientos para la protección de los

derechos fundamentales 171 y 281/2018, respectivamente, y referidas a otra huelga de 2017.

2º En esas sentencias se glosa la doctrina sobre la fijación de servicios mínimos y toma de las mismas la idea de que el juicio de proporcionalidad carece de los criterios de ponderación al afectar a la totalidad del personal docente e investigador laboral, pues la Administración consideró que todo ese profesorado era indispensable para sus distintas funciones de vigilancia, desarrollo, evaluación y calificación.

3º En aquellas sentencias la Sala de Sevilla añadía que no se justificaba qué actividades reglamentarias incidían en la paralización de los exámenes y que la huelga de 2017 no afectaba a los 1392 exámenes programados desde el 1 al 18 de septiembre, al comenzar el 11 y 14 de septiembre respectivamente; añadían también que los huelguistas eran unos 300 docentes de un claustro de 4223.

4º Y respecto de la convocatoria de autos, los servicios previstos eran prácticamente los habituales en un día de exámenes, sin que se expliquen los criterios de ponderación para su establecimiento; no se concretaba el calendario de exámenes, el número de alumnos afectados, ni el de profesores que exigiría la prestación del servicio: todo se realizó de forma genérica e indeterminada, sin cumplir el mínimo de concreción exigible.

2. Por su parte la sentencia 1902/2018, de 24 de septiembre, de la Sala de Málaga que se toma como de contraste, basa su *ratio decidendi* en estos términos:

1º Glosa también la doctrina constitucional sobre la fijación de los servicios mínimos y frente a lo sostenido por el sindicato allí convocante - Apoyo Mutuo- expresamente declara que la educación superior es un servicio esencial, y en él tiene tal naturaleza la realización de exámenes habilitantes para la obtención de la “titulación adecuada”.

2º No cuestiona en lo formal la motivación del acto impugnado que, a su vez se remitía a la sentencia de la Sala de Sevilla de “2 de febrero de 2018” si bien cabe entender que se trate de la sentencia 117/2018, de 7 de febrero (procedimiento de protección de los derechos fundamentales 499/2017), sentencia que no obstante estimaba la demanda tanto del Sindicato Andaluz de Trabajadores y del Comité de Huelga.

3º Con base en la sentencia del Tribunal Constitucional 8/1992, concluyó desestimando la demanda porque entendió justificados los servicios mínimos -consistentes en mantener los exámenes programados- porque debe procurarse el justo equilibrio entre los derechos de los huelguistas y los alumnos, y los de estos se verían afectados ampliamente, *«con el efecto irremediable de la pérdida de derechos de los alumnos a posibles plazas de convocatorias de acceso a otros niveles formativos, becas y prácticas laborales»*.

CUARTO.- JUICIO DE LA SALA

1. Como se ha dicho ya, hay una consolidada jurisprudencia sobre la cuestión controvertida (valga por todas las sentencias de esta Sala, antigua Sección Séptima, de 2 de diciembre de 2010, recurso de casación 5621/2008), así como una no menos consolidada doctrina constitucional (vgr. sentencias del Tribunal Constitucional 11, 26 y 33/1981; 51, 53 y 63/1986; 27/1989, 43/1990, 122/1990 y 123/1990, 8/1992, entre otras). De tal cuerpo de doctrina se deduce, en síntesis y con carácter general, lo siguiente:

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 fijen 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.

2. Conforme a lo que en el auto de 3 de febrero de 2020 se ha identificado como relevante a efectos casacionales, de la aplicación de reglas antes expuestas al ámbito docente y, más en concreto, respecto de la enseñanza universitaria y dentro de la misma al personal docente e investigador laboral cabe deducir lo siguiente:

1º No se cuestiona que la enseñanza en general constituye un servicio público esencial a efectos de la previsión de servicios mínimos y tal calificación es predicable, en concreto, de la universitaria pues integrada en el sistema educativo también se configura como servicio público [cf. artículo 3.2.]), 5 y 7 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación; artículos 1.1 y 2.2 en relación con el artículo 46.3 de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades, en adelante, LOU].A su vez no se cuestiona que dentro de la

vida universitaria, se predica la esencialidad respecto de la realización de exámenes programados.

2º Como en otros ámbitos, el ejercicio del derecho a la huelga en la enseñanza universitaria exige que en la fijación de los servicios mínimos se parta del ámbito subjetivo de los convocados: no es lo mismo una convocatoria general -personal académico y no académico- que otra referida sólo al personal académico, y éste según que sea en su totalidad o parte del mismo como ocurriría si afecta sólo a quienes tienen un vínculo funcional o de contratación.

3º Tratándose del personal docente e investigador contratado o laboral, deben tenerse presente sus modalidades (cf. artículo 48.1, 2 y 3bis de la LOU) luego su concreto régimen de dedicación, normalmente a tiempo completo, más la actividad a ellos encomendada y su jornada laboral. También el peso porcentual de ese profesorado respecto del claustro en general, según prevé el artículo 48.4 y 5 de la LOU y todo para ponderar si lo que deje de hacer ese personal puede asumirlo otro personal docente. Tales normas deben, a su vez, compaginarse, en su caso, con la normativa universitaria autonómica y con la propia de cada universidad.

4º En el aspecto objetivo, deberá ponderarse si la convocatoria es para días concretos o indefinida y si los servicios mínimos deben alcanzar o excluir la docencia en general según que pueda posponerse o recuperarse o impartirse de manera alternativa.

5º La programación de exámenes presenta una especial relevancia: un paro que afecte a tal programación incide ya en un aspecto procedimentalizado del calendario académico y afecta al régimen de convocatorias, progresión y matriculación, acceso a becas, titulación.

QUINTO.- APLICACIÓN DE LO EXPUESTO AL CASO

1. Aparte de lo razonado en especial en la resolución de la Junta de Andalucía (cf. Fundamento de Derecho Primero.2 de esta sentencia), la Universidad de Sevilla como recurrente en casación alega que la sentencia impugnada hace un inadecuado juicio de ponderación y centra su recurso de casación en lo siguiente:

1º Los servicios mínimos se ciñeron sólo a la celebración de los exámenes programados, no al resto de la actividad universitaria del personal docente e investigador laboral, luego sólo alcanzan al personal responsable del desarrollo de los exámenes finales y únicamente en la medida que su participación sea indispensable para llevarla a cabo.

2º Dentro de la jornada de trabajo -semanal y anual- la dedicación a la realización de tales exámenes constituye una parte mínima de esa actividad docente, luego los servicios mínimos fijados para atender a dicha actividad no equivalen al 100% de la jornada y sólo alcanza al personal dedicado a los exámenes.

2. Sin embargo frente a tal apreciación cabe oponer lo siguiente:

1º La huelga se convoca en unas fechas en las que la actividad se centra en la realización de exámenes finales, luego se fijan unos servicios mínimos para ese aspecto de la actividad universitaria que no es uno más sino que es la que en ese momento centra la actividad académica.

2º La huelga afecta sólo al personal docente e investigador laboral, luego no al que tiene la consideración de funcionario; sin embargo la Administración prevé tales servicios mínimos como si la actividad vinculada a los exámenes fuese tan sólo realizada por dicho personal docente e investigador laboral.

3º No se pondera así la posibilidad de atender a dicha actividad con el resto del personal docente e investigador, máxime si se tiene presente -esto es objetivo- la relevancia del calendario de exámenes, cuya interrupción incide en

los aspectos apuntados en el anterior Fundamento de Derecho. Tampoco se pondera tal circunstancia con el número de exámenes afectados ni de alumnos también afectados.

4º La sentencia que se cita de contraste -de la Sala de Málaga- no efectúa tal ponderación, pues se ciñe sólo a la relevancia de los exámenes, lo que, insistimos, no se cuestiona; en el mismo sentido cabe apuntar a la sentencia 118/2007, de 24 de enero, dictada por la Sección Primera de la Sala de este orden jurisdiccional de Castilla y León, sede de Valladolid (procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales de la persona 275/2006).

5º La consecuencia de lo expuesto es que prevalece el criterio de la sentencia de instancia frente a la de contraste. En la ahora impugnada sí se valora el derecho de los alumnos y la programación de exámenes, pero conjugándolo con el ejercicio del derecho fundamental a la huelga.

6º Precisamente es la relevancia del servicio afectado -realización de exámenes finales programados- lo que hace más exigible que al fijarse los servicios mínimos se haga un adecuado juicio de ponderación. En este caso la Administración no valoró la posibilidad de atender esos exámenes con otro personal y fija los servicios alcanzando a la totalidad del personal docente e investigador laboral.

7º En este sentido lo determinante no radica tanto en que la actividad relacionada con los exámenes sea una parte porcentualmente menor del total de la actividad realizada por los convocados, sino que la cuestión está en que para el momento de la convocatoria esa es la principal actividad desarrollada por los convocados.

SIXTO.- COSTAS

1. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.3 de la LJCA en relación con el artículo 93.4 de la LJCA, cada parte abonará las costas causadas a su

instancia y las comunes por mitad al no apreciarse temeridad ni mala fe en ninguna de las partes.

2. En cuanto a las de la instancia al confirmarse la sentencia impugnada, se mantiene el pronunciamiento de la sentencia de instancia (artículo 93.4 en relación con el artículo 139. 2) de la LJCA).

FALLO

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

PRIMERO.- Conforme a la jurisprudencia declarada en el Fundamento de Derecho Cuarto de esta sentencia, se desestima el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la **UNIVERSIDAD DE SEVILLA** contra la sentencia de 27 de febrero de 2019, dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Sevilla, en el recurso contencioso-administrativo 336/2018, sentencia que se confirma.

SEGUNDO.- En cuanto a las costas, estése a lo declarado en el último Fundamento de Derecho.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

