ORDEN DE 6 DE NOVIEMBRE DE 2019 DE LA CONSEJERA DE TRABAJO Y JUSTICIA POR LA QUE SE GARANTIZA EL MANTENIMIENTO DE LOS SERVICIOS ESENCIALES A LA COMUNIDAD QUE SE HAN DE PRESTAR DURANTE LA HUELGA CONVOCADA ENTRE LOS DÍAS 7 DE NOVIEMBRE AL 5 DE DICIEMBRE DE 2019, AMBOS INCLUSIVE, EN EL SECTOR EDUCATIVO DE INICIATIVA SOCIAL DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO.

Las organizaciones sindicales ELA, STEE-EILAS, CCOO y LAB han convocado para los días que transcurren entre el 7 de noviembre al 5 de diciembre, ambos inclusive, es decir, 21 días laborables, lectivos en términos educativos, en el sector de la enseñanza de los Centros de Iniciativa Social de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

El objetivo de la convocatoria es según los convocantes "1. Defender y mejorar las condiciones de trabajo de los trabajadores afectados y conseguir un nuevo convenio. 2. El Convenio es de 2009 y desde que perdió su vigencia hemos realizado varias reuniones (más de 30) y concentraciones y muchas solicitudes a las cuatro patronales (Kristau Eskola, Aice-Izea, Colegios Diocesanos e Ikasgiltza) pero no han dado fruto". Los colectivos convocados a la huelga son "los trabajadores de la Comunidad Autónoma Vasca que se les aplica el convenio de Iniciativa Social, (alrededor de 10.000 trabajadores)".

El artículo 28.2 de la Constitución reconoce el derecho de huelga de las y los trabajadores para la defensa de sus intereses, como uno de los derechos fundamentales sobre los que se constituye el actual Estado social y democrático de Derecho. La Constitución, en consecuencia, otorga al derecho de huelga idéntica protección que la dispensada a los derechos más relevantes que relaciona y protege, tales como la vida, la integridad física, la salud, la educación, la libre circulación y la libertad de información entre otros. Derechos todos ellos que, junto con el de huelga, gozan de la máxima tutela constitucional.

Por tanto, dado que el ejercicio del derecho a la huelga puede colisionar con el resto de derechos de carácter fundamental de la ciudadanía, y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 28 y 37 de la Constitución, resulta imprescindible dictar las medidas oportunas encaminadas a asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad, de manera que no quede vacío de contenido ninguno de los derechos fundamentales en conflicto.

Ahora bien, deducida la premisa anterior, es evidente que la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales ha de venir determinada por una estricta observancia del principio de proporcionalidad, cuyo juicio se superará si la medida cumple o supera tres requisitos o condiciones: si su aplicación es susceptible de conseguir el objetivo propuesto, o "juicio de idoneidad"; si observado el supuesto se ha deducido que

no existe otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia, o "juicio de necesidad", y por último, si la medida o solución dadas es ponderada o equilibrada por derivarse de su aplicación más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto, y entonces estaremos ante el "juicio de proporcionalidad en sentido estricto". Cuestión sobre la que el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en distintas ocasiones, por todas: 122/1990, 123/1990, 8/1992, y 126/2003.

De estos pronunciamientos debemos extraer que la limitación que supone para el ejercicio del derecho de huelga el aseguramiento de la prestación de servicios esenciales de la comunidad, se hace necesario e imprescindible establecer una ponderación entre los intereses en juego. Por ello, el aseguramiento ha de actuar como garantía que deriva de una necesaria coordinación de los derechos contrapuestos, entendiendo que el derecho de las y los huelguistas deberá limitarse – ceder, en palabras del Tribunal Constitucional - cuando el ejercicio de defensa de sus intereses, a través de una huelga, ocasione o pueda ocasionar un mal más grave a la comunidad a la o al destinatario o titular del derecho a la prestación del servicio esencial, que la hipotética falta de éxito de sus reivindicaciones o pretensiones. Es por ello que, en virtud de lo anterior, y ante la presente convocatoria de huelga, se habrán de tomar en consideración las características concretas de su desarrollo

Se trata de una huelga convocada en el ámbito educativo del sector de la enseñanza concertada (sector de Iniciativa Social), y con respecto a su ámbito temporal, de 21 días completos y repartidos entre los meses de noviembre y diciembre de 2019. Se trata de la primera huelga convocada durante el presente curso escolar, 2019/2020. Pero a modo de recordatorio, se ha de señalar que, durante el anterior curso escolar, 2018/2019, se han realizado otras cuatro convocatorias de huelga: la primera se extendió durante los días 9 y 10 de octubre, días completos de huelga, la segunda abarcó los días 27, 28, 29 y 30 de noviembre, también jornadas completas, la tercera comprendió ocho jornadas completas, 16, 17, 18, 21, 22, 23, 24 y 25 de enero y la cuarta se convocó durante los meses de marzo, abril y mayo de esta forma: 4 jornadas consecutivas en marzo –12, 13, 14 y 15-, cuatro consecutivas en abril -1, 2, 3 y 4- y dos consecutivas en mayo -8 y 9.

En cuanto a las personas afectadas, según los datos aportados por el Departamento de Educación del Gobierno Vasco en las convocatorias del curso anterior, se calcula que serán alrededor de 107.000 alumnas y alumnos, afectando a las siguientes enseñanzas:

a) Infantil ciclo 1 (0-2 años)

b) Infantil ciclo 2: (3-5 años)

c) Primaria

d) ESO

e) Bachillerato y Ciclos Formativos

Por otra parte, en lo que respecta a la fijación de servicios mínimos que garanticen la esencialidad de los derechos en juego, la apertura de los centros deviene obligatoria para el acceso del alumnado y necesaria para el ejercicio del derecho al trabajo, reconocido en el artículo 35 de la Constitución, del personal que no secunde la huelga. Es por ello que la autoridad gubernativa entiende como servicio mínimo el garantizar el control de acceso a los centros docentes y edificios vinculados tendente a preservar, como mínimo, el acceso del personal que opte por no ejercer el derecho a la huelga, así como el de las y los estudiantes, dado que sin la apertura de los centros se impediría de plano e injustificadamente su correlativo derecho al trabajo y a la educación.

Pero, la apertura de los centros educativos no universitarios, no solo exige actuaciones materiales de «abrir el centro», sino también la realización de aquellas «rutinas de funcionamiento» estrictamente necesarias (y exigidas por el carácter restrictivo de los servicios mínimos) de la función o actividad docente, de las referidas a instalaciones o elementos materiales y de vigilancia y custodia que se da en ellos; puesto que al tratarse de centros educativos a los que acude alumnado menor de edad – no puede exigirse a las y los menores el mismo grado de madurez en su actuar que a una persona adulta, de donde resulta que no se excluye por completo la responsabilidad del colegio (STS de 14 de abril de 2002) –, se demanda una especial diligencia en la eliminación de riesgos evitables o en su minoración mediante la adecuada disposición y mantenimiento de las instalaciones, así como en el desarrollo de las tareas de vigilancia y control – la asunción[...] del cuidado y vigilancia de menores o incapaces, generalmente en sede de actividades docentes o formativas, determina que debe observarse una especial diligencia para evitar cualquier tipo de lesión o daño para ellos. STSJ C. Valenciana Sentencia núm. 1526/2009 de 23 octubre (Contencioso-Administrativo, Sec. 1ª) –. Consecuentemente con esto habrá de establecerse en estos centros, como servicio mínimo adicional, la presencia durante la huelga de personas con potestad de mando y/o dirección para exigir que el celo preventivo y de seguridad se concentre en aquellos puntos donde objetivamente existe un foco de peligro potencial para las y los niños menores de edad que a ellos acudan.

Estas circunstancias llevaron a esta autoridad laboral, ante la huelga convocada para los días 16, 17, 18, 21, 22, 23, 24 y 25 de enero de este año, a replantear los servicios mínimos que venían estableciendo a fin de garantizar la seguridad del alumnado, especialmente para los centros de infantil y primaria y para aquellos en los que exista alumnado con necesidades educativas especiales. Todo lo cual se plasmó en la Orden de 15 de enero de 2019 y se mantuvo en la orden dictada con motivo de la convocatoria siguiente, para los días 12, 13, 14 y 15 de marzo, 1, 2, 3 y 4 de abril y 8 y 9 de mayo.

Las dos órdenes que se dictaron con motivo de estas convocatorias, Orden de 15 de enero de 2019 y Orden de 7 de marzo de 2019, respectivamente, fueron recurridas ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco. Los recursos han sido resueltos y tanto la Sentencia 327/2019 de 26 de junio (Recurso Contencioso Administrativo Ordinario 59/2019 y su acumulado 62/2019) y la Sentencia 361/2019 de 10 de septiembre (Recurso Contencioso Administrativo de Protección Jurisdiccional 177/2019), los han desestimado confirmado las órdenes a las que hemos hecho referencia.

En este ámbito educativo, ha de partirse de la premisa de que el derecho a la educación es un derecho fundamental reconocido en el artículo 27 de la Constitución, entendido éste en sentido amplio, extendiéndose a lo largo de la vida de las personas, y, por ende, incluyendo tanto los primeros años de existencia, en los que se hace necesaria la prestación del servicio de educación para lograr un desarrollo integral del niño o niña, cuanto la educación universitaria, como así afirmó el Tribunal Constitucional en su Sentencia 26/1987, FJ 4º, a), *"el tratamiento de un derecho fundamental de la enseñanza, versión universitaria, no escapa al sistema de fijación de los servicios esenciales, en el supuesto del ejercicio del derecho de huelga de los trabajadores que prestan sus servicios en estos Centros Docentes. En consecuencia, no se puede afirmar que la fijación de aquellos servicios esenciales vulnere el Artículo 28 de la Constitución Española, el derecho de huelga"*.

Por su parte, el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en las sus sentencias 327/2019 y 361/2019, referenciadas anteriormente, alerta *del carácter relevante del factor "duración de la huelga"*, no solo en la cuantificación de los servicios mínimos que se establecieron en las órdenes dictadas con motivo de las dos convocatorias anteriores, sino sobre todo, *cuando se contrapone el derecho a la huelga y el derecho a la educación del alumnado (no solo a su seguridad física);* y continua aseverando que, *según la prueba practicada el hecho es que durante esos días los menores fueron "custodiados" pero no se impartieron asignaturas, por lo que su derecho a la enseñanza pudo verse comprometido.*

Pues bien, las órdenes que se dictaron durante el curso escolar anterior se centraban fundamentalmente en garantizar el control de acceso a los centros y en salvaguardar la función de protección inherente a los centros educativos. Pero en esta ocasión, se ha convocado una huelga entre el final del primer trimestre y el inicio del segundo del curso escolar, durante 21 consecutivos. La duración de la huelga puede, por tanto, poner en peligro la educación del alumnado afectado por la convocatoria, no sólo por la pérdida porcentual de días lectivos, sino porque además, esta pérdida se produce de forma continuada, por lo que la desconexión del alumnado con el desarrollo de la actividad educativa, puede poner en riesgo evidente el derecho a la educación garantizado constitucionalmente, y tener consecuencias sobre el rendimiento académico.

De esta forma, se considera necesario que, además de las personas que se designaban para la apertura del centro, para garantizar derecho al trabajo consagrado constitucionalmente en el artículo 35, y para la custodia y seguridad del alumnado en base al interés superior del menor regulado a través de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, se designe un número de profesores suficientes para poder continuar con las actividades educativas mínimas y fundamentales durante dicho periodo de huelga de 21 días consecutivos. Estas actividades y los contenidos de las mismas deberán ser determinadas por cada centro educativo en base al proyecto educativo que cada uno de ellos tenga establecido en base a su autonomía pedagógica y a lo contenido en la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación.

Por todo lo anterior, se establece, además de una persona del equipo directivo y una persona de la plantilla de subalternos/as para el turno de mañana y otra para el turno de tarde, por cada centro educativo, 2 profesores o profesoras por cada 100 alumnos/as en la educación Infantil y Primaria.

En las etapas de ESO, Bachillerato y Formación Profesional la pérdida de un número tan importante de días lectivos consecutivos, puede suponer una afección muy importante en el futuro educativo del alumnado por lo que se considera adecuado establecer una ratio mayor, esto es, 3 profesores o profesoras cada 100 alumnos/as.

Mención especial merecen los colegios de educación especial o las aulas estables de educación especial que existen en algunos centros. A estos centros acuden alumnos y alumnas que, por sus especiales circunstancias, personas con discapacidad y altos grados de dependencia, requieren apoyos generalizados que precisan una atención muy individualizada y recursos intensivos y continuados. Por ello se considera necesario a los efectos de salvaguardar la función de protección inherente a estos centros la presencia del 75% del personal que habitualmente tiene presencia en estas aulas.

Todas estas circunstancias apuntadas, son las que llevan a establecer los servicios mínimos que quedan concretados en la presente Orden, intentando de esta manera compatibilizar el contenido esencial de los derechos en conflicto.

La atribución de competencia exclusiva en esta materia a la autoridad gubernativa pretende garantizar que las limitaciones que el ejercicio del derecho de huelga deba experimentar, en aras a mantener determinados servicios esenciales en la medida en que están orientados a la satisfacción de otros derechos asimismo fundamentales, sólo puedan ser establecidas conforme a Derecho, y por quien tiene la responsabilidad y la potestad de gobierno.

Efectivamente, el artículo 10.2 del Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre Relaciones de Trabajo, dispone 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 concurran circunstancias de especial gravedad, la Autoridad gubernativa podrá acordar las medidas necesarias para asegurar el funcionamiento de los servicios» y que «el Gobierno, asimismo, podrá adoptar a tales fines las medidas de intervención adecuadas».

En dicha norma -de constitucionalidad reconocida (STC 11/1981, de 8 abril [RTC 1981\11])-, en concordancia con el artículo 28.2 de la Constitución, relativo al derecho de huelga, en el que se establece que «la Ley que regule el ejercicio de este derecho establecerá las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad», se atribuye, en suma, a la autoridad gubernativa la posibilidad de adoptar cualesquier medida de garantía, de diversa naturaleza, que aseguren el mantenimiento de los servicios esenciales en caso de huelga, siendo una de dichas medidas el establecimiento, mediante resolución administrativa, de los servicios mínimos indispensables para el mantenimiento de la actividad, y la consiguiente llamada para su realización a un número determinado de trabajadoras y trabajadores, cuya prestación laboral es debida.

Por este motivo se ha instruido el procedimiento a que alude el artículo 10.2 del Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre Relaciones de Trabajo, habiéndose dado audiencia a las organizaciones sindicales convocantes, asociaciones empresariales afectadas y al Departamento de Educación, a fin de que expusieran sus propuestas sobre servicios y personal que habrán de verse afectados por la decisión gubernativa.

El artículo 3.1 del Decreto 84/2017, de 11 de abril, por el que se establece la estructura orgánica y funcional del Departamento de Trabajo y Justicia, atribuye a su titular las competencias asumidas por el Decreto 24/2016, de 26 de noviembre, de creación, supresión y modificación de los Departamentos de la Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco y de determinación y áreas de actuación de los mismos que crea en su artículo 16 el Departamento de Trabajo y Justicia al que se le asignan entre otras funciones y áreas, la ejecución de la legislación laboral en materia de relaciones laborales y por competencia delegada por Decreto 139/1996, de 11 de junio la de determinar las medidas necesarias para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la Comunidad en supuestos de huelga que afecten a empresas, entidades e instituciones encargadas de la prestación de servicios públicos o de reconocida e inaplazable necesidad.

Por todo lo expuesto, la Consejera de Trabajo y Justicia por delegación del Gobierno Vasco:

RESUELVE:

Primero. - El ejercicio del derecho de huelga al que ha sido convocado el personal del sector de la enseñanza de los Centros de Iniciativa Social entre los días 7 de noviembre al 5 de diciembre, ambos inclusive, se entenderá condicionado al mantenimiento de las prestaciones esenciales y subsiguientes servicios mínimos que a continuación se detallan:

1.- En todos los centros afectados por la huelga para garantizar el control de acceso a los Centros, por cada centro educativo y en cada edificio vinculado: 1 persona del equipo directivo y 1 persona de la plantilla de subalternos/as para el turno de mañana y otra para el turno de tarde.

2.- Para salvaguardar la función de protección, así como para la realización de las actividades mínimas y fundamentales para garantizar el derecho a la educación, a los servicios fijados en el apartado anterior se añadirán:

a) Para los centros ordinarios:

- En centros con menos de 100 alumnos/as matriculados en Educación Infantil, 2 profesoras o profesores. A partir de 100 alumnos/as matriculados en esta etapa, se añadirán 2 profesoras o profesores más. A partir de 200 alumnos/as, otras dos profesoras o profesores. Y así sucesivamente por cada 100 alumnos/as.

- En centros con menos de 100 alumnos/as matriculados en Educación Primaria, 2 profesoras o profesores. A partir de 100 alumnos/as matriculados en esta etapa, se añadirán 2 profesoras o profesores más. A partir de 200 alumnos/as, otras dos profesoras o profesores. Y así sucesivamente por cada 100 alumnos/as.
- En centros con menos de 100 alumnos/as matriculados en ESO, Bachiller y Formación Profesional, 3 profesoras o profesores. A partir de 100 alumnos/as matriculados en esta etapa, se añadirán 3 profesoras o profesores más. A partir de 200 alumnos/as, otras tres profesoras o profesores. Y así sucesivamente por cada 100 alumnos/as.
- En los centros con aulas estables de educación especial, y sólo en estas aulas, el 75% del personal habitual en dichas aulas estables.

b) En centros de educación especial el 75% del personal habitual en las aulas.

Segundo. - 1. Los Servicios antedichos se prestarán preferentemente por el personal que no ejercite el derecho a la huelga.

2. Corresponderá a la Dirección de la Empresa, oída preceptivamente la representación de las y los trabajadores, la designación nominal y la asignación de funciones, con carácter rotatorio, del personal que ha de realizar los servicios mínimos, respetando, en todo caso, las limitaciones contenidas en el artículo anterior y en la legislación vigente.

La designación de las personas que han de realizar estos servicios mínimos, se efectuará por este orden: primeramente, se llamará al personal convocado a la huelga que realice habitualmente estos servicios y que libremente no la secunde y, en segundo lugar, si con este personal no se cubren los servicios mínimos, se designará al personal que desee secundar la huelga.

Tercero. - Los servicios mínimos recogidos en los apartados anteriores de esta Orden no podrán ser perturbados por alteraciones o paros del personal designado para su prestación. Caso de producirse, serán considerados ilegales y quienes los ocasionaren incurrirán en responsabilidad, que les será exigida de acuerdo con el ordenamiento jurídico vigente.

Cuarto. - Lo dispuesto en los apartados anteriores no significará limitación alguna de los derechos que la normativa reguladora de la huelga reconoce al personal en esta situación, ni respecto a la tramitación y efectos de las peticiones que la motivan.

Quinto. - La presente Orden entrará en vigor a la fecha de su notificación.

Sexto.- Notifíquese esta Orden a las personas interesadas en la forma establecida por el artículo 40 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, haciéndoles saber que la misma pone fin a la vía administrativa y que contra ella cabe interponer Recurso Contencioso-Administrativo ante la Sala correspondiente del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en el plazo de 2 meses desde la fecha de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Asimismo, y de conformidad con lo previsto en los artículos 123 y 124 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, notifíquese también, que contra la presente Orden podrá interponerse ante esta Autoridad Laboral el pertinente Recurso Potestativo de Reposición, en el plazo de un mes contado desde el día siguiente al de su notificación.

En Vitoria-Gasteiz, 6 de noviembre de 2019

EUSKO JAURLARITZA
GOBIERNO VASCO
LAN ETA JUSTIZIA SAILA
DEPARTAMENTO DE TRABAJO
Y JUSTICIA

MARIA JESÚS CARMEN SAN JOSÉ LOPEZ

CONSEJERA DE TRABAJO Y JUSTICIA