



*Bigarren Lehendakariordea eta Lan eta Enpleguko Sailburua
Vicelehendakari Segunda y Consejera de Trabajo y Empleo*

ORDEN DE 12 DE DICIEMBRE DE 2022 DE LA VICELEHENDAKARI SEGUNDA Y CONSEJERA DE TRABAJO Y EMPLEO POR LA QUE SE GARANTIZA EL MANTENIMIENTO DE LOS SERVICIOS ESENCIALES A LA COMUNIDAD QUE PRESTA EL PERSONAL LABORAL DEL DEPARTAMENTO DE EDUCACIÓN DEL GOBIERNO VASCO QUE PRESTA EL SERVICIO DE COCINA Y LIMPIEZA.

La organización sindical ELA ha convocado huelga para los días 13 y 15 de diciembre de 2022, en jornada completa, para el personal laboral del Departamento de Educación del Gobierno Vasco que presta el servicio de cocina y limpieza.

El objetivo de la huelga, según su convocante, es *“defender las condiciones laborales del personal, acabar con la temporalidad que sufre el personal y bases garantistas del concurso de méritos.”*

El artículo 28.2 de la Constitución reconoce el derecho de huelga de las personas trabajadoras 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, el trabajo, ... 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 dada 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, entre otras: 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, hace necesario e imprescindible establecer una ponderación entre los intereses en juego. Para ello el aseguramiento ha de actuar como garantía que deriva de una necesaria coordinación de los derechos contrapuestos, entendiendo que el derecho de las personas 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 o el 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, ante la presente convocatoria de huelga se habrán de tomar en consideración las características concretas de la misma.

Como decíamos antes, se trata de una huelga convocada los días 13 y 15 de diciembre de 2022, en jornada completa, es decir, dos días no consecutivos, para el personal laboral del Departamento de Educación del Gobierno Vasco que presta el servicio de cocina y de limpieza en los centros de enseñanza dependientes del Departamento de Educación del Gobierno Vasco.

La convocatoria de huelga presentada afecta, entre otros, a los centros públicos de enseñanza de Educación Infantil y Primaria, centros de Educación Secundaria, centros específicos de Educación Especial y centros de Formación Profesional.

Los derechos constitucionales a la vida y a la integridad física y moral, a la educación, al trabajo, y a la protección de la salud, entre otros, contemplados en los artículos 15, 27, 35.1 y 43.1 de la Constitución, y los artículos 18 y 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por el Estado español mediante el Instrumento de Ratificación de 30 de noviembre de 1990 de la Convención de 20 de noviembre de 1989 sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, cuya garantía compete a los poderes públicos a través de medidas preventivas y de aseguramiento de la prestación de los servicios necesarios, no pueden quedar sin la debida protección frente al legítimo ejercicio del derecho a la huelga. Protección esta, por otra parte, que en modo alguno puede llegar a vaciar de contenido el derecho de huelga, dado el carácter restrictivo que debe presidir su establecimiento a tenor de la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional.

La esencialidad de estos servicios derivada de la condición de fundamentales de los derechos afectados -educación y aquellos relacionados con la protección y el desarrollo integral de la infancia y adolescencia- se plasma también en la normativa estatal, así la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y ya en ámbito de la Comunidad Autónoma del País Vasco, por la Ley 3/2005, de 18 de febrero, de atención y protección a la infancia y la adolescencia. En cuanto a la esencialidad del servicio de cocina, como parte del servicio de comedor, ha sido refrendada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo: STS de 20 de mayo de 1994 y STS de 14 de abril de 2009. La primera

de las mencionadas Sentencias establece «que privar a los escolares del almuerzo al mediodía de forma total, vulnera los derechos constitucionales a la salud y a la educación». Igualmente, el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, ante convocatorias territoriales ha reconocido este carácter esencial, véanse al respecto sentencias de 22 de diciembre de 2010 y 13 de enero de 2011.

Por lo que se refiere al servicio de limpieza, toda vez que los centros educativos afectados por la convocatoria de huelga son el lugar en el que las personas niños permanecen gran parte del día, es preciso tomar medidas tendentes a garantizar que en dichos centros se den unas condiciones mínimas de higiene y salubridad que no pongan en peligro su salud, crecimiento y desarrollo.

En la determinación de los servicios mínimos del personal de limpieza habrá de ponderarse que a los centros afectados acude alumnado de Educación Infantil, para el cual es fundamental preservar de manera especial la higiene, teniendo en cuenta que son niños y niñas de muy corta edad, hasta los 6 años, que poseen una menor capacidad cognoscitiva sobre la higiene. A estos efectos, se considera adecuado establecer servicios mínimos en la presente huelga, para garantizar unas condiciones mínimas de higiene y salubridad que no pongan en peligro su salud, con una frecuencia y un porcentaje diferentes en función de las etapas educativas.

Por lo que se refiere al servicio de cocina, que se ocupa de la elaboración de la comida, de la presentación de la misma, de la limpieza de los utensilios de cocina y comedor, así como de la limpieza y puesta a punto de las instalaciones de cocina y comedor, resulta necesario adoptar medidas para garantizar la prestación del servicio de comedor, de modo que no se prive a los escolares del almuerzo al mediodía de forma total.

En la determinación de los servicios mínimos del personal de cocina habrá de ponderarse, igualmente, el carácter socioeducativo de los comedores escolares, la atención integral que precisa el alumnado que se vería afectado por su falta y el ámbito temporal (dos jornadas consecutivas). Por tanto, se garantizará el servicio de comedor, mediante la preparación de alimentos de fácil y sencilla elaboración. A estos efectos, se considera adecuado establecer como servicio mínimo en la presente huelga, y para este menester un porcentaje equivalente al 10% de su personal de cocina.

Por último, otra circunstancia que también se ha tenido en cuenta es el hecho de que el llamamiento se realiza en jornadas ordinarias en las que es previsible la asistencia habitual del alumnado, a diferencia de las jornadas en que existen otros llamamientos tales como huelgas de profesionales de la educación o huelgas generales. Cuando la convocatoria afecta a todo el sector, incluidos los docentes, la actividad se ve totalmente afectada incluida la asistencia de las/os alumnas/os a los centros educativos, puesto que tampoco van a recibir clases.

En este mismo ámbito, existe un antecedente relativamente reciente del ejercicio del derecho de huelga, concretamente se desarrolló los días 8, 9, 10, 11 y 12 de abril de 2019, habiendo dictado esta autoridad gubernativa Orden de 5 de abril de 2019 por la que se establecieron servicios mínimos en el servicio de limpieza. Esta Orden fue recurrida

por la organización sindical ELA -recurso contencioso-administrativo 251/2019 protección jurisdiccional-, que fue desestimado por Sentencia de fecha 20 de septiembre de 2019.

Si bien en la citada Orden no se fijaron servicios mínimos para el personal de cocina, con posterioridad, tanto en la Orden de 14 de septiembre de 2020, en la que se establecieron los servicios mínimos para la huelga general del Sistema Educativo Vasco no universitario convocada para el día 15 de septiembre de 2020, como en la Orden de 26 de octubre de 2021, dictada con motivo de la huelga convocada en el ámbito de la Administración estatal, autonómica y local, para el día 28, en las que también estaban llamados a la huelga el personal de cocina del Departamento de Educación, se establecieron idénticos servicios mínimos para el personal de cocina que los que en la presente Orden se fijan con el fin de garantizar el servicio de comedor. Contra la primera de las órdenes citadas se interpuso recurso contencioso administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (procedimiento nº 925/2022 de protección jurisdiccional) que fue desestimado por sentencia de fecha 93/2021.

Además de las órdenes indicadas, por lo que respecta al servicio de comedor, otros antecedentes cercanos del ejercicio del derecho de huelga, los encontramos en las convocatorias de huelga para los días 21, 27 y 29 de octubre de 2020, los días 27 y 28 de enero de 2021, los días 23 y 24 de febrero de 2021 y el día 26 de mayo de 2021, para el personal de las empresas que realizan los servicios subcontratados de los comedores escolares de centros públicos y concertados de la Comunidad Autónoma del País Vasco, con motivo de las cuales se dictaron las Ordenes de 20 de octubre de 2020, contra la que se interpuso recurso contencioso-administrativo encauzado por los trámites del procedimiento especial de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona (protección jurisdiccional 1035/2020), que fue desestimado por Sentencia de fecha 24 de marzo de 2021; de 25 de enero de 2021, de 19 de febrero de 2021 y de 24 de mayo de 2021, respectivamente.

Así mismo, más recientemente han sido dictadas Órdenes de 25 de marzo de 2022 y 21 de noviembre de 2022 en las huelgas convocadas para el personal laboral del Departamento de Educación del Gobierno Vasco que presta el servicio de cocina y limpieza.

Todas estas convocatorias presentan similitudes con la que nos ocupa, tanto en el ámbito funcional, territorial y temporal, como en relación a los colectivos de personas afectadas (colectivo profesional y destinatarios del servicio). Sin constituir una premisa jurídica para fijar los servicios mínimos en la presente huelga -inferencia vedada por la doctrina constitucional-, sí permite constatar los efectos positivos o negativos que las salvaguardas establecidas por los servicios mínimos de esas convocatorias han producido sobre los derechos y bienes constitucionalmente protegibles -incluido el de huelga- que pretende salvaguardar la presente Orden.

Por lo que antecede, y ante la evidencia de que en una huelga como la convocada sin la fijación de unos servicios mínimos que preserve las funciones esenciales podrían ocurrir perjuicios notablemente superiores al objetivo que se pretende alcanzar con la misma, esta Autoridad Gubernativa viene a establecer los servicios mínimos que quedan concretados en la presente Orden.



El artículo 10.2 del Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 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 a la autoridad gubernativa la posibilidad de adoptar medidas 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 personas trabajadoras, 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 por escrito audiencia a las partes afectadas, organización sindical convocante y 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 del Decreto 7/2021, de 19 de enero, por el que se establece la estructura orgánica y funcional del Departamento de Trabajo y Empleo, atribuye a su titular las competencias asumidas en materia de ejecución de la legislación laboral por el Decreto 18/2020, de 6 de septiembre, 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, recogiendo en su apartado 2.j), en concreto, el ejercicio de la competencia para establecer las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad en supuestos de ejercicio del derecho de huelga que afecten a Empresas, Entidades e Instituciones encargadas de la prestación de servicios públicos o de reconocida e inaplazable necesidad, competencia delegada por el Decreto 139/1996, de 11 de junio.

Por todo lo expuesto, la Vicelehendakari Segunda y Consejera de Trabajo y Empleo, por delegación del Gobierno Vasco,

RESUELVE:

Primero.- El ejercicio del derecho de huelga del personal laboral del Departamento de Educación del Gobierno Vasco que presta el servicio de cocina y limpieza en los centros de enseñanza dependientes del Departamento de Educación del Gobierno Vasco, para los días 13 y 15 de diciembre de 2022, en jornada completa, se entenderá condicionado al mantenimiento de los servicios mínimos que a continuación se señalan:

1. Personal de limpieza en los centros de enseñanza de educación infantil y centros específicos de educación especial:

Diariamente se realizará la limpieza de suelos, piletas, aseos y baños y recogida y retirada de los residuos orgánicos.

Estas labores serán realizadas por el 50% del personal que habitualmente presta estos servicios y sin que en ningún momento conlleve una jornada superior a la habitual diaria. Si el 50% fuera inferior a 1 persona, la misma está llamada a realizar el servicio mínimo establecido; si excede de 1 persona, pero sin alcanzar a 2, el cálculo para determinar el tiempo que ha de prestarse servicios mínimos habrá de realizarse sobre el cómputo de la jornada habitual del personal del servicio.

2. Personal de cocina.

Se garantizará el servicio de comedor, mediante la preparación de alimentos de fácil y sencilla elaboración en los propios centros en los que haya personal laboral del Departamento de Educación que presta el servicio de cocina. Las funciones que anteceden serán realizadas por el 10% del personal de cocina. Si el 10% fuera inferior a 1 persona, la misma está llamada a realizar el servicio mínimo establecido.

Segundo.- 1. En los casos en que en la realización de los servicios mínimos coincida personal convocado a la huelga y personal que no lo esté, el cálculo de los porcentajes establecidos en la presente Orden se realizará sobre el total de personas de ambos colectivos que de habitual realizan dichas tareas. Dentro del personal llamado a la huelga, los servicios antedichos se prestarán preferentemente por el personal que no ejercite el derecho a la huelga.

2. Correspondrá a la Dirección de la empresa, oída preceptivamente la representación de las personas trabajadoras, la asignación de funciones al personal correspondiente, respetando en todo caso las limitaciones contenidas en el artículo anterior y en la legislación vigente.

Tercero.- Los servicios señalados podrán ser modificados, tras los pertinentes trámites administrativos, atendiendo a la duración de la huelga o cuando así lo exijan razones higiénicas, biosanitarias u otras razones extraordinarias sobrevenidas.

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



2. Correspondrá a la Dirección de la Empresa, oída preceptivamente la representación de las personas trabajadoras, 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.

Quinto.- 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.

Sexto.- 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.

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

Octavo.- 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,

**VICELEHENDAKARI SEGUNDA
Y CONSEJERA DE TRABAJO Y EMPLEO**