

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA DE CATALUNYA
SALA DEL CONTENCIÓS ADMINISTRATIU
SECCIÓ SEGONA. BARCELONA

N/REF2080279 S/REF:

LETRADO: SIXTE GARGANTE PETIT

VIA LAIETANA 16, 6è

08003 BARCELONA, JUNY 79/08

CLIENTE: COMISSIO OBRERA NACIONAL DE

CATALUNYA

CONTRAUSTEC-STES

Recurs Contenciós administratiu 79/2008

Protecció de drets fonamentals

USTEC

Contra

DEPARTAMENT DE TREBALL

JAUME GUILLEM I RODRIGUEZ
PROCURADOR DELS TRIBUNALS
C.I.F. 37.600.905-S
Balma, 62, pral. 1a
Telèfon 93 487 70 82*
Fax 93 488 37 38
08007 BARCELONA

A LA SALA

JAUME GUILLEM RODRIGUEZ, major d'edat, Procurador dels Tribunals, amb domicili a 08007-Barcelona, C/ Balmes núm. 62, principal 1a, actuant en representació de la COMISSIÓ OBRERA NACIONAL DE CATALUNYA DE CCOO, segons poders notariais que consten a l'expedient,

SIXTE GARGANTE PETIT, major d'edat, amb DNI 46.108.745, lletrat del Il·lustre Col·legi d' Advocats de Barcelona, amb domicili a 08003-Barcelona, Via Laietana núm. 16, 6a , en representació també de la COMISSIO OBRERA NACIONAL DE CATALUNYA DE CCOO, segons poders notariais que consten a l' expedient,

Compareixen i com a millor procedeixi

DIUEN :

Que , els hi va ser notificada pel Departament de Treball la interposició del Recurs Contenciós administratiu núm. 79/2008, en matèria de protecció de drets fonamentals, i se'ls hi va oferir la possibilitat de comparèixer-hi com a part interessada.

Que varen comparèixer i van ser tinguts per compareguts per aquesta Sala Contenciosa administrativa del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya.

Que, el 11 d' abril de 2008 els hi ha estat notificada la Providència del dia 7 del mateix mes, i se'ls hi ha concedit el termini de 8 dies per formular al·legacions.

Que, mitjançant aquest escrit formulen al·legacions per **considerar que l'ORDRE TRE/41/2008, de 12 de febrer**, per la qual es garanteixen els serveis essencials que es presten en els centres d'ensenyament, tant públics com privats, dins de l'àmbit territorial de la Comunitat Autònoma de Catalunya, **vulnera el dret fonamental a la vaga, i els altres drets fonamentals, en relació al dret de vaga, als quals es farà referència.**

Que, aquestes al·legacions es fonamenten en els següents

ANTECEDENTS DE FET

PRIMER .- El 30 de gener de 2008 els sindicats convocants i entre ells CCOO de Catalunya, varen registrar al Departament de Treball de la Generalitat de Catalunya les convocatòries de vaga a realitzar el dia 14 de febrer de 2008 als centres d'ensenyament, tant públics com privats, de Catalunya. **Foli núm. 1 de l' expedient administratiu.**

SEGON .- El 6 de febrer de 2008 , la Direcció General de Recursos del Sistema Educatiu del Departament d'Educació de la Generalitat de Catalunya va emetre Informe Tècnic en el qual es fa la següent proposta de serveis mínims

“1 persona de l'equip directiu per centre de treball, entenent com a tal el director del centre, el cap d' estudis o el secretari. Respecte les llars d'infants (0-3 anys), es considera suficient el director/a o un educador/a”.

Consta als folis 45 i 46 de l' expedient administratiu.

TERCER .- El 7 de febrer de 2008 es va celebrar una reunió al Departament de Treball a la qual varen assistir els sindicats convocants de

la vaga, el Departament d' Educació i altres associacions patronals del sector privat, en la qual es varen fer propostes pel que fa als serveis mínims, sense arribar a cap acord. **Consta als folis 51 i 52 de l' expedient administratiu.**

Interessa destacar les diferents propostes de serveis mínims que des de les parts patronals es varen fer:

Per part del **Departament d' Educació** es va fer una proposta idèntica a la de les Ordres de fixament de serveis mínims de les vagues precedents, substancialment inferiors als serveis mínims que ha fixat l'Ordre que s'impugna. La proposta feta ara pel Departament d' Educació consisteix en:

“1 persona de l'equip directiu per centre de treball, entenent com a tal el director del centre, el cap d' estudis o el secretari. Respecte les llars d'infants (0-3 anys), es considera suficient el director/a o un educador/a”.

Per part de l' **Associació Patronal d' Economia Social (APPS)** es va fer la següent proposta :

“1 persona de l'equip directiu i 1 tutor/a i un educador/a per cycle educatiu (primària i secundària)”.

I , per part de la **resta d'associacions patronals** del sector es va proposar :

“ a) Personal docent, 1 docent per aula ó 1 docent per cada 30 alumnes. b) Personal d'administració 1 serveis: 1 persona a la recepció i una altra a la secretaria” .

QUART .- El 12 de febrer de 2008, a les 20,13 hores, es va notificar al sindicat de CCOO de Catalunya l'Ordre que establia els serveis mínims per a la vaga convocada pel dia 14 del mateix mes. **Consta al foli 80 de l'expedient administratiu.**

CINQUÈ .- L' Ordre de fixament dels serveis mínims per a la vaga del dia 14 de febrer de 2008 en el sector de l' ensenyament va ser notificada als Centres educatius públics dependents del Departament d' Educació el dia 13 de febrer a mig mati, com a molt d' hora. **S' acompanya un dels documents de notificació, per mitjà de fotocòpia, a aquest escrit d'al·legacions.**

SISÈ .- El 14 de febrer de 2008 es va realitzar la vaga al sector dels centres d' ensenyament, tant públics com privats, de Catalunya.

SETÈ .- El 18 de febrer de 2008 va ser publicada al DOGC l' ORDRE TRE/41/2008, de 12 de febrer, per la qual es garanteixen els serveis essencials que es presten en els centres d'ensenyament, tant públics com privats, dins de l'àmbit territorial de la Comunitat Autònoma de Catalunya. **Consta als folis 57 i 58 de l' expedient administratiu.**

VUITÈ .- A l' exposició de motius de l' Ordre de 12 de febrer de 2008 de determinació dels serveis mínims, s' explica la motivació de la decisió que s' adopta en el següent sentit:

“ Atès que en situacions de vaga s'ha de valorar si aquesta afecta serveis que puguin ser considerats essencials per al desenvolupament de la vida ciutadana, o sigui si afecta drets constitucionals, llibertats públiques o béns constitucionalment protegits, ja que en aquests supòsits l'article 28.2 de la Constitució assenyala que s'ha d'assegurar el manteniment dels serveis essencials per a la comunitat; i també ho especifica així el Reial decret llei 17/1977, de 4 de març, sobre relacions laborals, que atorga les competències a la autoritat governativa per assegurar el funcionament d'aquests serveis;

Atès que cal compatibilitzar el legítim dret de vaga amb el manteniment dels serveis essencials per tal de garantir els drets constitucionals, tal com disposen els articles 28 i 37 de la Constitució espanyola;

Atès que en el present supòsit, tenint en compte que la vaga té una durada de 24 hores, el dret fonamental afectat és el dret a la seguretat de la població de fins a setze anys, atès que la vaga afecta de forma indirecta el dret al treball de la població que deixa els seus fills sota la tutela de les llars d'infants i les escoles, raó per la qual cal garantir el dret a la seguretat de tots els alumnes que accedeixin als centres educatius;

Atès que davant la possibilitat que quedin interromputs els serveis d'educació dels centres públics i privats durant les hores de la vaga es podria produir una situació de manca de vigilància o d'atenció dels estudiants, cosa que fa necessari, per a la deguda seguretat i per evitar incidències greus, que es prestin un serveis mínims consistents en...”

NOVÈ .- I a la seva part dispositiva - i en allò que té interès en el present recurs contencios administratiu - l'Ordre estableix:

“La situació de vaga anunciada, d'una banda, pels sindicats USTEC-STEs, CCOO, ASPEPC-SPS, UGT i CGT i, de l'altra, pels sindicats CCOO i UGT, que afecten el sector de l'ensenyament de Catalunya, excepte l'ensenyament universitari, a realitzar el proper dia 14 de febrer, amb una durada de 24 hores, s'entendrà condicionada al manteniment dels serveis mínims següents:

Una persona de l'equip directiu per cada centre. S'entén com a tal alguna de les persones següents: el/la director/a, el/la coordinador/a pedagògic/a, el/la cap d'estudis o el/la secretari/ària.

Un/a auxiliar administratiu/iva o un/a subaltern/a per a cada centre (només en aquells centres en què el personal no docent també estigui afectat).

A més del personal esmentat:

Per a l'ensenyament infantil i primària (de 3 a 12 anys): 1 docent per cada 4 unitats.

Per a les llars d'infants: 25% de la plantilla”.

DESÈ .- En anteriors situacions d'exercici del dret de vaga en idèntiques circumstàncies -sector afectat, sindicats convocants, duració de la vaga (de 24 hores)- amb la mateixa motivació es varen fixar uns serveis mínims substancialment inferiors.

Així, pel que fa a la vaga convocada pel 29 d'octubre de 2002, els serveis mínims fixats a l' ORDRE TRE/353/2002, de 25 d'octubre, per la qual es garanteixen els serveis essencials que és presten en els centres d'ensenyament, tant públics com privats, dins de l'àmbit territorial de la Comunitat Autònoma de Catalunya, varen - al igual que a les situacions de vagues anteriors, que la pròpia Ordre cita - ser els següents :

La convocatòria de vaga formulada pels sindicats USTEC-STEs, CCOO, FETE-UGT i CGT, que afecta tot l'ensenyament de Catalunya, s'entendrà condicionada al manteniment dels serveis mínims següents:

Una persona de l'equip directiu per cada centre. S'entén com a tal alguna de les persones següents: el director, el cap d'estudis o el secretari.

Un/a auxiliar administratiu/va o un/a subaltern/a per a cada centre.

ONZÈ .- Els elements i circumstàncies concurrents, a efectes comparatius, entre l' Ordre que ara s' impugna i les Ordres dictades per a situacions de vaga idèntiques, i **que s' adjunten a aquest escrit d' al·legacions**, són :

Supòsit i circumstàncies concurrents pel que fa a la vaga convocada

VAGA DE 14 FEBRER 2008	VAGA DE 29 OCTUBRE 2002
<p>Vistes les convocatòries de vaga presentades, d'una banda, pels sindicats USTEC-STEs, CCOO, ASPEPC-SPS, UGT i CGT (Registre d'entrada de 30.1.2008) i, de l'altra, pels sindicats CCOO i UGT (Registre d'entrada d'1.2.2008), que afecten l'ensenyament de Catalunya, en els termes que consten a les convocatòries, a realitzar el proper dia 14 de febrer, amb una durada de 24 hores.</p>	<p>Els sindicats USTEC-STEs, CCOO, FETE-UGT i CGT han comunicat una convocatòria de vaga (RE 17.10.2002) que afecta tot l'ensenyament de Catalunya en tots els seus sectors i nivells educatius, a realitzar el proper dia 29 d'octubre, amb una duració de 24 hores.</p> <p>La vaga afecta tot l'ensenyament, tant privat com públic, en tots els seus nivells, i per tant pot ser duta a terme tant pel personal funcionari com pel laboral, i tant pel personal que treballa en entitats privades com en qualsevol administració pública en l'activitat de l'ensenyament; la vaga afecta també tot el personal, tant docent com no docent.</p>

Motivació dels serveis essencials i dels serveis mínims que l' Ordre de l'autoritat Laboral efectua en cadascuna de les situacions de vaga

VAGA DE 14 FEBRER 2008	VAGA DE 29 OCTUBRE 2002
<p>Atès que en situacions de vaga s'ha de valorar si aquesta afecta serveis que puguin ser considerats essencials per al desenvolupament de la vida ciutadana, és a dir, si afecta drets constitucionals, llibertats públiques o béns constitucionalment protegits, ja que en aquests supòsits l'article 28.2 de la Constitució assenyala que s'ha d'assegurar el manteniment dels serveis essencials per a la comunitat; i també ho especifica així el Reial decret llei 17/1977, de 4 de març, sobre relacions laborals, que atorga les competències a la autoritat governativa per assegurar el funcionament d'aquests serveis.</p> <p>Atès que cal fer compatible el legítim dret de vaga amb el manteniment dels serveis essencials per tal de garantir els drets constitucionals, tal com disposen els articles</p>	<p>En situacions de vaga s'ha de valorar si aquesta afecta serveis que puguin ser considerats essencials per al desenvolupament de la vida ciutadana, és a dir, si afecta drets constitucionals, llibertats públiques o béns constitucionalment protegits, ja que en aquests supòsits la normativa vigent (article 28.2 de la CE) assenyala que s'ha d'assegurar el manteniment dels serveis essencials per a la comunitat. També ho especifica així el Reial decret llei 17/1977, de 4 de març, sobre relacions laborals, que atorga les competències a la autoritat governativa per assegurar el funcionament d'aquests serveis.</p>

<p>28 i 37 de la Constitució espanyola.</p> <p>Atès que en el present supòsit, tenint en compte que la vaga té una durada de 24 hores, el dret fonamental afectat és el dret a la seguretat de la població de fins a setze anys, atès que la vaga afecta de forma indirecta el dret al treball de la població que deixa els seus fills sota la tutela de les llars d'infants i les escoles, raó per la qual cal garantir el dret a la seguretat de tots els alumnes que accedeixin als centres educatius.</p> <p>Atès que davant la possibilitat que quedin interromputs els serveis d'educació dels centres públics i privats durant les hores de la vaga es podria produir una situació de manca de vigilància o d'atenció dels estudiants, cosa que fa necessari, per a la deguda seguretat i per evitar incidències greus, que es prestin un servei mínim consistent en la presència d'una persona de l'equip directiu del centre, tant d'escoles com de llars d'infants, i, a més, un docent per cada quatre unitats o aules per l'atenció infantil i primària i el 25% del personal de les llars d'infants. En el cas de la convocatòria de vaga que afecta tot el personal dels centres d'ensenyament, s'afegirà un/a auxiliar administratiu/va o un/a subaltern/a per a cada centre.</p>	<p>La vaga té una durada de 24 hores.</p> <p>Davant la possibilitat que quedin interromputs els serveis d'ensenyament dels centres públics i privats en les hores de vaga, es pot produir una situació de manca de vigilància o d'atenció dels estudiants, cosa que fa necessari, per a la deguda seguretat, que les persones responsables, d'acord amb el que estableixen la Llei orgànica 9/1995, de 20 de novembre, de la participació, l'avaluació i el govern dels centres docents, i els decrets 198 i 199/1996, de 12 de juny, pels quals s'aproven els reglaments orgànics dels centres docents públics que imparteixen educació infantil, primària i secundària i formació professional de grau superior, puguin prestar un servei mínim consistent en la seva presència física al centre per evitar qualsevol mena d'alteració. Això fa imprescindible la presència en cada centre d'un auxiliar administratiu o subaltern per al servei de control d'accés i telefonia i una persona del personal directiu per a feines de tutela i cura dels estudiants.</p> <p>Atès que en vagues anteriors del mateix sector de l'ensenyament, i en vagues de durada i característiques anàlogues a aquesta, es van dictar ordres de serveis mínims per tal d'assegurar la seguretat dels estudiants, tal com consta a les ordres de 24 d'abril de 2001, 17 de juny de 2002 i 19 de juny de 2002.</p>
--	---

Serveis mínims establerts en cadascuna de les vagues

VAGA DE 14 FEBRER 2008	VAGA DE 29 OCTUBRE 2002
<p>La situació de vaga anunciada, d'una banda, pels sindicats USTEC-STEs, CCOO, ASPEPC-SPS, UGT i CGT i, de l'altra, pels sindicats CCOO i UGT, que afecten el sector de l'ensenyament de Catalunya, excepte l'ensenyament universitari i que es durà a</p>	<p>La convocatòria de vaga formulada pels sindicats USTEC-STEs, CCOO, FETE-UGT i CGT, que afecta tot l'ensenyament de Catalunya, s'entendrà condicionada al manteniment dels serveis mínims</p>

<p>terme el proper dia 14 de febrer, amb una durada de 24 hores, s'entendrà condicionada al manteniment dels serveis mínims següents:</p> <p>Una persona de l'equip directiu per cada centre. S'entén com a tal alguna de les persones següents: el/la director/a, el/la coordinador/a pedagògic/a, el/la cap d'estudis o el/la secretari/ària.</p> <p>Un/a auxiliar administratiu/va o un/a subaltern/a per a cada centre (només en aquells centres en què el personal no docent també estigui afectat).</p> <p>A més del personal esmentat:</p> <p>Per a l'ensenyament infantil i l'educació primària (de 3 a 12 anys): 1 docent per cada 4 unitats.</p> <p>Per a les llars d'infants: 25% de la plantilla.</p>	<p>següents:</p> <p>Una persona de l'equip directiu per cada centre. S'entén com a tal alguna de les persones següents: el director, el cap d'estudis o el secretari.</p> <p>Un/a auxiliar administratiu/va o un/a subaltern/a per a cada centre.</p>
---	---

DOTZÈ .- La Sala 3a. del Contenciós administratiu de l'Audiència Territorial de Barcelona ja va tenir ocasió de pronunciar-se en relació a un decret de la Generalitat de Catalunya de fixament de serveis mínims en una vaga del sector de l' ensenyament a Catalunya convocada pel dia 14 de desembre de 1988, en la sentència núm. 415, dictada en el recurs: 01714/88, el dia 5 de maig de 1989. **S' acompanya per mitjà de fotocòpia a aquest escrit d' alegacions.**

FONAMENTS JURÍDICS

PRIMER.- L' ORDRE TRE/41/2008, DE 12 DE FEBRER, PER LA QUAL ES GARANTEIXEN ELS SERVEIS ESSENCIALS QUE ES PRESTEN EN ELS CENTRES D'ENSENYAMENT, TANT PÚBLICS COM PRIVATS, DINS DE L'ÀMBIT TERRITORIAL DE LA COMUNITAT AUTÒNOMA DE CATALUNYA, VULNERA ELS ARTICLES 28.2. (DRET DE VAGA) , 9.3. (SEGURETAT

JURÍDICA I INTERDICCIÓ DE L' ARBITRARIETAT) , i 14 (PRINCIPI D' IGUALTAT) DE LA CONSTITUCIÓ ESPANYOLA, PER MANCA DE MOTIVACIÓ SUFICIENT A L' HORA DE DETERMINAR EL SERVEI ESSENCIAL I ELS SERVEIS MÍNIMS PER GARANTIR-LO.

1.- La necessitat de motivació suficient a l' hora d' establir els serveis mínims d' uns serveis essencials té fonament constitucional

L' acte administratiu de l' Autoritat Laboral consistent en condicionar la realització del dret de vaga (art. 28.2 de la Constitució) al manteniment d'uns determinats serveis mínims per garantir un determinat servei essencial és un acte restrictiu d' un dret fonamental (STC de 17 de juliol de 1981; Ref. Aranzadi RTC 1981\26).

És per això que el propi Tribunal Constitucional ja des de l' any 1981 va considerar que *“toda resolución que limite o restrinja el ejercicio de un derecho fundamental ha de estar motivada, de forma tal que la razón determinante de la decisión pueda ser conocida por el afectado”* , fins a l' extrem que *“...de otro modo se infringe el derecho a la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de los derechos (artículo 24.1 de la Constitución), ya que se afectaría al ejercicio del derecho a un proceso público por una resolución no fundada en derecho, dificultando con ello gravemente las posibilidades de defensa en la vía ordinaria, en su caso, y en último extremo por la vía del recurso de amparo”* . Sentència Tribunal Constitucional de 15 d' octubre de 1982 (Ref. Aranzadi 1982\62).

En el mateix sentit, la sentència del Tribunal Constitucional de 24 d' abril de 1986 (Ref. Aranzadi 1986\51), considera *“ que cuando se coarta el libre ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución, el acto es tan grave que necesita encontrar una especial causalización y el hecho o conjunto de hechos que lo justifican debe explicarse con el fin de que los destinatarios conozcan las razones por las cuales su derecho se sacrificó y los intereses a los que se sacrificó...”*.

2.- Sobre el contingut i la finalitat de la motivació

Abans d' entrar a analitzar el contingut i la finalitat de la motivació de l'Ordre del Departament de Treball de la Generalitat de Catalunya N°/41/2008, de 12 de febrer, per la qual es garanteixen els serveis essencials que es presten en els centres d'ensenyament, tant públics com

privats, dins de l'àmbit territorial de la Comunitat Autònoma de Catalunya, és necessari posar de relleu algunes consideracions generals sobre el contingut i la finalitat de la motivació.

En un sentit més general cal tenir present que l'Autoritat Laboral ha de *“explicar las razones que, a su juicio, legitiman en una concreta situación de huelga la decisión de mantener el funcionamiento de un servicio esencial para la comunidad, correspondiéndole asimismo probar que los actos de restricción del derecho fundamental tienen plena justificación, sin que sean aquí de aplicación las reglas generales sobre distribución de la carga de la prueba”*, de forma que a la motivació *“han de incluirse los factores o criterios cuya ponderación ha conducido a determinar las prestaciones mínimas, sin que sean suficientes «indicaciones genéricas, aplicables a cualquier conflicto», de las que no es posible deducir cuáles son los elementos valorados por aquella autoridad para tomar la decisión restrictiva en la forma y con el alcance con que lo ha hecho, cómo se ha llegado a la determinación de las prestaciones mínimas dentro de la calificación del servicio como esencial”*, fins a l'extrem que *“las razones que en un proceso posterior se pueden alegar para justificar la decisión tomada, ello no implica que la justificación «ex post» libere del deber de motivar el acto desde el momento mismo en que éste se adopta (STC 53/1986, F. 6º), pues la falta de motivación impide precisamente la justa valoración y el control material o de fondo de la medida”*. Sentència Tribunal Supremo, Jurisdicción Contencioso Administrativa, de 29 de mayo 2001 (RJ 2001\5706).

Però, ja de forma més concreta, i pel que fa al seu contingut, la motivació ha de fer referència primer, a l'essencialitat de l'àmbit en què s'han de dictar els serveis mínims, segon, a la pròpia necessitat d'aquests serveis mínims i, tercer, a la intensitat dels serveis mínims que es fixin.

a).- Sobre la motivació de l'essencialitat del servei que es tracta de garantir amb l'Ordre del Departament de Treball que ara s'impugna

Són serveis essencials aquells amb els quals es satisfan drets i interessos que són essencials, i el Tribunal Constitucional ha considerat com a tals els drets fonamentals, les llibertats públiques i els béns constitucionalment protegits. Aquesta consideració del Tribunal Constitucional situa com a element central definitori el resultat que persegueixen, de forma que a priori no hi ha cap activitat que per si sola es consideri essencial, és a dir, que només ho seran aquelles que satisfacin, i en la mesura i amb la intensitat amb que satisfacin els drets fonamentals, les llibertats públiques i

els béns constitucionalment protegits (sentència del Tribunal Constitucional de 24 d' abril de 1986, Ref. Aranzadi RTC 51/1986).

Aquestes consideracions del Tribunal Constitucional tenen com a conseqüència l'aplicació del criteri jurídic de la protecció selectiva dels interessos dels usuaris perjudicats per l'exercici del dret de vaga; és a dir, els tercers usuaris perjudicats per l' exercici del dret de vaga, però només d' aquells els interessos dels quals tinguin relleu constitucional.

Aquest criteri de la protecció selectiva dels interessos dels usuaris perjudicats significa no utilitzar altres criteris, com per exemple la continuïtat dels serveis públics, o la protecció genèrica dels usuaris.

Pel que fa a l' Ordre que ara s' impugna, la vaga es convoca a l' àmbit dels centres d'ensenyament, tant públics com privats, de Catalunya, i amb una durada d' un dia (24 hores).

En aquestes circumstàncies de la vaga del 14 de febrer de 2008, el dret a l' educació (article 27.1 de la Constitució) no té aquest caràcter d'essencial, i per això el Departament de Treball no li dona aquesta consideració en l' exposició de motius de l' Ordre que s' impugna.

El fet de considerar que el dret a l' educació no és essencial - en les circumstàncies concretes en què es produeix la situació de vaga -, comporta que si els nens i nenes no poden anar a l' escola aquest dia de vaga no es vulnera cap dret fonamental i, en conseqüència, cal garantir el dret constitucional a fer vaga, en el sentit més estricte i favorable possible al seu exercici per part dels professors i professores.

Històricament, el que ha succeït en aquest tipus de vaga és que la majoria de nens i nenes no han anat a les escoles i els serveis mínims fixats han estat realment mínims, i mai ha hagut cap tipus de circumstància que fes pensar a cap de les parts implicades en el procés de vaga en la necessitat d'uns altres paràmetres.

Tan és així que el propi Departament d'Educació de la Generalitat de Catalunya va proposar, per mitjà de l' Informe del dia 6 de febrer (folis 45 i 46 de l' expedient administratiu), i a la reunió prèvia celebrada el dia 7 de febrer (folis 51 i 52 de l' expedient administratiu) , uns serveis mínims substancialment inferiors - i idèntics als de situacions de vagues precedents -, als que el Departament de Treball finalment va acabar fixant a l'Ordre que ara s' impugna.

En aquesta Ordre de 12 de febrer de 2008, en la mesura que el servei essencial a protegir no és l'educació, el Departament de Treball motiva l'essencialitat en el “ *...dret a la seguretat de la població de fins a setze anys, atès que la vaga afecta de forma indirecta el dret al treball de la població que deixa els seus fills sota la tutela de les llars d'infants i les escoles.....*”, i afegeix, per tal de motivar la necessitat d'uns serveis mínims, que es “*fa necessari*” determinar-los, per la “*manca de vigilància o d'atenció dels estudiants.....*”, per a la deguda seguretat i per evitar incidències greus....” .

Aquesta essencialitat i la seva motivació sempre havia estat ja determinada a les Ordres de serveis mínims del sector de l'ensenyament; però deixem, de moment, per apartats posteriors, la qüestió de la motivació de la necessitat i el fet que amb el mateix servei essencial afectat per l'exercici del dret de vaga durant 24 hores en l'àmbit de l'ensenyament, en situacions de vaga anteriors, les necessitats i els serveis mínims fossin establerts en forma i quantia substancialment inferiors.

Ens cal analitzar, ara, **la motivació de l'essencialitat que fa l'Ordre que s'impugna**.

La motivació de l'essencialitat no supera, a judici d'aquesta part, el cànon de constitucionalitat.

L'Ordre que s'impugna motiva l'essencialitat amb el dret a la seguretat, però ho fa de forma extraordinàriament genèrica. De fet, en la mateixa exposició de motius - a l'hora de motivar la necessitat de garantir el dret essencial- només esmenta la tutela i la cura dels alumnes pel que fa a evitar la manca de vigilància i d'atenció. Aquestes motivacions són idèntiques a les que s'han fet a les Ordres de fixament de serveis mínims en vagues precedents i, en definitiva, no hi ha cap motivació concreta de l'essencialitat del dret de seguretat que justifiqui el substancial canvi de criteri pel que fa als serveis mínims que es fixen.

Tanmateix, i atesos els antecedents històrics, l'atenció i cura, i també la “seguretat”, dels alumnes s'han considerat prou garantides amb els serveis mínims “tradicional”.

Pel que fa a l'expressió “dret a la seguretat” de l'Ordre que s'impugna, cal dir que no roman degudament explicitat. Així, la seguretat que immotivadament pretén garantir el Departament de Treball es anàloga a

l'atenció, assistència i cura que els centres docents han de prestar als alumnes, les quals van ser preservades, sempre i sense cap tipus de problema, amb els serveis mínims acceptats tradicionalment per totes les parts.

Si el Departament de Treball s'està referint a un altre concepte de seguretat relacionat amb el dret genèric, tot i que fonamental, a la integritat física i moral, la seva preservació no és imputable en termes absoluts a les escoles, i, en conseqüència, no pot actuar per restringir de forma substancial el dret fonamental a la vaga dels professors i professores.

Per una altra part, no és un element a l'hora de determinar l'essencialitat del servei la possible incidència "indirecta" d'aquesta vaga al sector de l'ensenyament al dret al treball dels pares dels nens i nenes; com ja s'ha posat de manifest de forma genèrica, el criteri de protecció selectiva dels interessos dels possibles usuaris perjudicats no permet utilitzar criteris com la protecció genèrica d'usuaris o la protecció de possibles drets que no tinguin relleu constitucional, com és el dret al treball dels pares i mares dels alumnes.

En aquests sentit, a més, l'escola té per objecte l'educació i en la mesura que els nens i nenes estan a l'escola, existeix un deure de custòdia, però l'escola no és una eina al servei de les responsabilitats i obligacions dels pares i mares en la difícil tasca de conciliar la vida familiar, personal i laboral.

Si el fet de no poder assistir a l'escola, amb motiu d'una vaga al sector de l'ensenyament, per rebre allò que a l'escola se li demana, l'educació, no comporta deixar de protegir el dret a l'educació, no pot atribuir-se-li a l'escola l'obligació genèrica de "seguretat", que no li pertoca, i fer-ho, com fa l'Ordre que s'impugna, en terme absoluts d'una seguretat indeterminada.

Finalment, l'essencialitat del servei tampoc es pot determinar en funció del criteri politico-sindical del Departament d'Educació quan per tal de dificultar l'exercici del dret de vaga recomana als pares que portin els seus fills a l'escola perquè, manifestava el Departament, hi haurà molts mestres als centres.

b) .- Sobre la motivació la pròpia necessitat

Des d' aquesta perspectiva l' Autoritat Laboral ha de motivar la necessitat d' acord amb el criteri de la protecció selectiva dels usuaris al quals ja abans s' ha fet referència, i l' Ordre que s' impugna conté la següent motivació: que es *“fa necessari”* per la *“manca de vigilància o d'atenció dels estudiants....., per a la deguda seguretat i per evitar incidències greus....*, establir serveis mínims.

Aquesta motivació de la necessitat és correspon a la motivació textualment idèntica a la que fins ara s' havia fet a totes les Ordres de serveis mínims de vagues al sector de l' ensenyament, de 24 hores de duració.

De fet, si es tracta d' un deure de custòdia, sembla ser suficient aquesta motivació i fins ara així ha estat.

Contràriament, si es pretén, com així sembla fer-ho l' Ordre que ara s'impugna, motivar la necessitat genèrica de seguretat l' Ordre, pel que fa a la motivació de la necessitat, és clarament insuficient : no es fa cap referència a l' Ordre del Departament de Treball sobre quina és la seguretat que s' ha de garantir i com s' ha de garantir.

Aquesta manca de motivació és molt més rellevant si es té en compte que el propi Departament d' Educació va fer una proposta de serveis mínims substancialment inferiors als ara fixats, i idèntics als que varen ser considerats suficients en vagues precedents.

c) .- Finalment en relació a la motivació de l' intensitat

Des d' aquesta perspectiva l' Autoritat Laboral ha de motivar l' intensitat dels serveis mínims que estableix.

La motivació de l' intensitat no supera, a judici d' aquesta part, el cànon de constitucionalitat.

El Tribunal Constitucional considera que , per tal de superar el cànon de constitucionalitat, l' Autoritat Laboral no es pot limitar *“a proporcionar indicaciones genéricas, aplicables a cualquier conflicto, sin que sea posible saber con algún rigor como se ha llegado a valorar el carácter esencial del servicio y los factores o criterios técnicos cuya ponderación ha determinado que hayan de mantenerse en funcionamiento unas concretas*

actividades y no otras, y en los niveles y proporciones decididos”. Sentència de 16 de gener de 1992 (RTC 1992\8).

En aquest sentit, cal destacar que, amb idèntica motivació de la necessitat, l' Ordre ara impugnada estableix serveis mínims substancialment superiors als que el propi Departament de Treball va establir en les situacions d'exercici del dret de vaga immediatament anteriors, com ja s' ha posat de manifest en els antecedents fàctics i **com s' acredita per mitjà de les normes de fixament de serveis mínims que s' adjunten.**

Aquesta circumstància comporta també la vulneració del dret a la igualtat en relació amb el dret a la seguretat jurídica i la interdicció de l'arbitrarietat.

El Tribunal Constitucional, a la sentència de 14 de juliol de 1982 (1982\49), considera que es produeix vulneració de l' article 14, en la vessant del dret a la igualtat davant la llei i en l' aplicació de la llei, en la mesura que “ *el artículo 14 de la Constitución, al establecer el principio general de que los españoles son iguales ante la ley, establece un derecho subjetivo a obtener un trato igual, impone una obligación a los poderes públicos de llevar a cabo ese trato igual y, al mismo tiempo, limita el poder legislativo y los poderes de los órganos encargados de la aplicación de las normas jurídicas. La igualdad a que el artículo 14 se refiere, que es la igualdad jurídica o igualdad ante la ley, no comporta necesariamente una igualdad material o igualdad económica real y efectiva. Significa que a los supuestos de hecho iguales deben serles aplicadas unas consecuencias jurídicas que sean iguales también y que para introducir diferencias entre los supuestos de hecho tiene que existir una suficiente justificación de tal diferencia, que aparezca al mismo tiempo como fundada y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados.*

La regla general de la igualdad ante la ley contenida en el artículo 14 de la Constitución contempla, en primer lugar, la igualdad en el trato dado por la ley o igualdad en la ley, y constituye, desde este punto de vista, un límite puesto al ejercicio del poder legislativo, pero es asimismo igualdad en la aplicación de la ley, lo que impone que un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales y que cuando el órgano en cuestión considere que debe apartarse de sus precedentes tiene que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable. Distinto es el problema de la igualdad en la aplicación de la ley cuando ésta no se refiere a un único órgano, sino a órganos plurales. Para tales casos, la institución que realiza el principio de igualdad y a través de la que se busca la

uniformidad es la jurisprudencia, encomendada a órganos jurisdiccionales de superior rango, porque el principio de igualdad en la aplicación de la ley tiene necesariamente que cohonestarse con el principio de independencia de los órganos encargados de la aplicación de la ley cuando éstos son órganos jurisdiccionales”.

No hi ha dubte que l' Ordre de 12 de febrer de 2008 no motiva ni justifica el canvi de criteri de l' Autoritat Laboral a l' hora d' establir uns serveis mínims substancialment superiors als que fins ara havien fixar els vagues en circumstàncies idèntiques. Una lectura de les exposicions de motius de les dues Ordres que són objecte de comparació - i que han estat transcrites en els antecedents fàctics - demostra que no hi ha ni una sola referència que justifiqui el canvi de criteri de l' Autoritat Laboral; canvi que encara és més necessari justificar si es té en compte que les propostes de serveis mínims del Departament d' Educació eren substancialment inferiors als ara impugnats.

d) .- Per acabar amb aquest primer Fonament de Dret sobre la manca de motivació de l' Ordre que s' impugna, resulta imprescindible analitzar quina és la finalitat de la motivació i si , des d'aquesta perspectiva, l' Ordre supera el cànon de constitucionalitat.

La finalitat de la motivació és, en aquest cas i en relació al dret fonamental a fer vaga, que els sindicats convocants de la vaga puguin conèixer els motius de les restriccions del dret a la vaga i, en el seu cas, puguin exercir el seu dret de defensa de l' exercici constitucional del dret.

A més, el deure de motivar els actes administratius restrictius de dret, és la cabal i capdal garantia per descartar la concurrència de l' arbitrarietat, envers la qual l' Administració Pública té interdit incórrer-hi. En efecte, l'exercici discrecional de les facultats que la llei li atorga no exclou l'esmentat deure de motivar ans al contrari : la motivació garanteix l'exercici de dret a llei de les potestats administratives. Aquest nivell d'exigència és molt més necessari quan es tracta d' actes administratius limitadors de drets fonamentals.

El Tribunal Constitucional, en la seva sentència de 5 de maig de 1986 (RTC 1986\53), ja va posar de manifest que *“La omisión de las garantías consistentes en la precisa motivación de la Orden supone, por tanto, una vulneración del derecho reconocido en el artículo 28.2 de la C. E., que no puede verse subsanada por una eventual aportación posterior, ante los órganos jurisdiccionales competentes, de fundamentaciones o*

justificaciones de la adopción, en su momento no justificada, de servicios mínimos, ya que, aunque ello se lleve a cabo, no remediará, evidentemente, la situación ya creada de desconocimiento por los afectados de las razones para la restricción de su derecho y, en consecuencia, de imposibilidad de someter tales razones, o la adecuación a ellas de las medidas tomadas a la fiscalización de los Tribunales”.

Des d’ aquesta perspectiva, d’ acord amb les consideracions que ja s’ han fet en relació amb la motivació de l’ essencialitat i la motivació de la intensitat, l’ Ordre del Departament de Treball no supera el judici de constitucionalitat.

A mode de conclusió, l’ ORDRE TRE/41/2008, de 12 de febrer, per la qual es garanteixen els serveis essencials que es presten en els centres d’ ensenyament, tant públics com privats, dins de l’ àmbit territorial de Catalunya, vulnera el dret fonamental a la vaga de l’ article 28.2 de la Constitució, per manca de motivació suficient, i també vulnera els drets fonamentals, tots ells en relació amb el dret de vaga, a la igualtat i la interdicció de l’ arbitrarietat dels poders públics (articles 14 i 9.3.).

L’ antecedent judicial al qual s’ ha fet referència als antecedents de fet d’ aquest escrit d’ al·legacions, la sentència n ° 415, de la Sala 3a del Contenciós administratiu de l’ Audiència Territorial de Barcelona, dictada en el recurs: 01714/88, el dia 5 de maig de 1989, va considerar que la motivació del Decret que s’ impugnava era suficient en la mesura que existia una norma legal prèvia fruit d’ un acord precedent sobre serveis mínims entre l’ Administració de la Generalitat i CCOO; acord que consistia en els serveis mínims que fins a l’ ORDRE actual impugnada eren els acceptats generalment per tothom com a suficients, és a dir,

“Una persona de l’ equip directiu per cada centre. S’ entén com a tal alguna de les persones següents: el/la director/a, el/la coordinador/a pedagògic/a, el/la cap d’ estudis o el/la secretari/ària.

Un/a auxiliar administratiu/iva o un/a subaltern/a per a cada centre (només en aquells centres en què el personal no docent també estigui afectat)”.

Res té a veure, doncs, aquest precedent judicial amb el present supòsit des de la perspectiva de la manca o no de motivació suficient.

SEGON .- L' ORDRE TRE/41/2008, DE 12 DE FEBRER, PER LA QUAL ES GARANTEIXEN ELS SERVEIS ESSENCIALS QUE ES PRESTEN EN ELS CENTRES D'ENSENYAMENT, TANT PÚBLICS COM PRIVATS, DINS DE L'ÀMBIT TERRITORIAL DE LA COMUNITAT AUTÒNOMA DE CATALUNYA, VULNERA L' ARTICLES 28. 2. (DRET DE VAGA) i 24.1. (DRET A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA) DE LA CONSTITUCIÓ ESPANYOLA, PER COMUNICACIÓ EXTEMPORÀNIA ALS SINDICATS CONVOCANTS.

A l' apartat d' antecedents fàctics d'aquest escrit ja s' han posat de manifest les següents circumstàncies:

Primera.- El 30 de gener de 2008 els sindicats convocants varen registrar al Departament de Treball de la Generalitat de Catalunya les convocatòries de vaga a realitzar el dia 14 de febrer de 2008 als centres d'ensenyament, tant públics com privats, de Catalunya.

Segona.- El 7 de febrer de 2008 es va realitzar una reunió al Departament de Treball a la qual varen assistir els sindicats convocants de la vaga, el Departament d' Educació i altres associacions patronals del sector privat, en la qual es van fer propostes pel que fa als serveis mínims, sense arribar a cap acord.

Tercera .- El 12 de febrer de 2008, a les 20.13 hores, es va notificar al sindicat de CCOO l' Ordre que establia els serveis mínims per a la vaga convocada pel dia 14 del mateix mes.

Quarta .- L' Ordre de fixament dels serveis mínims per a la vaga del dia 14 de febrer de 2008 en el sector de l' ensenyament va ser notificada als centres educatius públics dependents del Departament d' Educació el dia 13 de febrer a mig mati, com a molt aviat.

Cinquena .- El 14 de febrer de 2008 es va realitzar la vaga al sector dels centres d' ensenyament, tant públics com privats, dins de l'àmbit territorial de la Comunitat Autònoma de Catalunya.

Sisena .- El 18 de febrer de 2008 va ser publicada al DOGC l' ORDRE TRE/41/2008, de 12 de febrer, per la qual es garanteixen els serveis essencials que es presten en els centres d'ensenyament, tant públics com privats, dins de l'àmbit territorial de la Comunitat Autònoma de Catalunya.

En el present cas, la notificació de l' ORDRE TRE/41/2008, de 12 de febrer, per la qual es garanteixen els serveis essencials que es presten en els centres d'ensenyament, tant públics com privats, dins de l'àmbit territorial de la Comunitat Autònoma de Catalunya, **AMB POC MÉS DE 24 HORES D' ANTELACIÓ A LA REALITZACIÓ DE LA VAGA**, comporta una notificació totalment intempestiva que vulnera el dret constitucional a la vaga , en relació amb el dret al tutela judicial efectiva.

És important remarcar que, tenint en compte les propostes de serveis mínims que les representacions patronals varen fer el 7 de febrer de 2008 i els antecedents d'ordres ja dictades en situacions de vaga en idèntiques circumstàncies que s' havien realitzat anteriorment, no hi ha cap motivació objectiva i raonable per justificar que no es dictés aquesta Ordre fins el dia 12 de febrer de 2008.

No hi ha dubte sobre la necessitat que l' Ordre que estableix serveis mínims per una vaga sigui notificada a les parts afectades: organitzacions sindicals convocants, administració pública educativa i empresa o empreses afectades. En aquest sentit, el Tribunal Suprem, Sala del Contenciós Administratiu en la sentència de 25 de juliol de 2000 (RJ 2000\7455) va considerar que “ ... *la circunstancia de hecho es en sustancia igual desde el punto de vista jurídico a la que ahora enjuiciamos, porque en definitiva lo que la jurisprudencia citada exige es que la justificación de los servicios mínimos acordados sea conocida por el Comité al tiempo que éstos se señalan por la Administración, por lo que los efectos jurídicos de infracción del mencionado artículo 28 son idénticos, tanto para el supuesto de que el acto administrativo de su fijación no contenga motivación alguna o ésta sea insuficiente como para el caso de que la misma, figurando en el acto, no sea notificada a los interesados, porque en ambas circunstancias se omite que el Comité conozca realmente cuáles son las razones que justifican los servicios señalados*”.

Malgrat que la notificació de l' Ordre, en les circumstàncies a les quals s' acaba de fer referència, es va produir, **la notificació extemporània, de forma injustificada, en la mesura que comporta la impossibilitat de presentar recurs i sol·licitud de mesures cautelars davant del Tribunal Superior té valor constitucional.**

El Tribunal Constitucional en la sentència de 29 d' abril de 1993 (Ref. Aranzadi RTC 1993\148) analitza la possibilitat d' iniciar un procediment judicial amb sol·licitud d' adopció de mesures cautelars en relació a la decisió de l' Autoritat Laboral de condicionar l' exercici del dret de vaga a

l'adopció d' uns determinats serveis mínims, i ho fa des d' una doble perspectiva. Primer, per determinar l' objecte de les mesures cautelars que no és altre que *“ corregir al menos las decisiones que no menoscababan los intereses de la comunidad por constituir una manifiesta extralimitación o abuso en la fijación de servicios mínimos, a fin de no impedir de modo innecesario e irreversible el ejercicio del derecho de huelga porque sólo la suspensión de las medidas encaminadas a garantizar los mínimos indispensables para el mantenimiento de los servicios esenciales podrían reportar un grave perjuicio al interés general”*, i , segon, per considerar que es poden adoptar mesures cautelars que modulin *“ la efectividad de la tutela judicial que en su día se otorgue y[...] y salvaguardaba al propio tiempo el interés general involucrado”*.

En definitiva , la notificació intempestiva de l'Ordre per part del Departament de Treball als Sindicats, va impedir l' exercici del dret a sol·licitar als Tribunals l'adopció de mesures cautelars i, en aquest sentit, la vulneració del dret a la tutela judicial efectiva (article 24.1 de la Constitució) , en relació al dret de vaga.

Aquesta circumstància ha quedat palesa en el propi expedient judicial ja que la sol·licitud de mesures cautelars feta no va poder ser resolta fins el mateix dia de la vaga, quan, de ser estimada, no hauria estat efectiva.

Però, a més a més, la notificació de l' Ordre AMB POC MÉS DE 24 HORES D' ANTELACIÓ A LA REALITZACIÓ DE LA VAGA comporta una notificació totalment intempestiva que vulnera el dret constitucional a la vaga des de la perspectiva de la manca de coneixement dels serveis mínims que l' Ordre estableix.

Així, la notificació dels serveis mínims als centres educatius públics, que eren en definitiva els que havien de conèixer-los i aplicar-los, no és va produir fins el migdia del dia 13 de febrer, quan pràcticament o no es podia o comportava dificultats per tal d' organitzar-los, ja fos amb professors i professores que no volguessin participar en la vaga, o alternativament ja fos amb alguns d' aquells que sí volguessin fer-la.

Cal afegir també, per acabar amb aquest segon Fonament de Dret, la circumstància de la **publicació totalment extemporània** de l' Ordre impugnada al Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya.

El 18 de febrer de 2008, quatre dies després de la realització de la vaga, va ser publicada al DOGC l' ORDRE TRE/41/2008, de 12 de febrer, per la qual es garanteixen els serveis essencials que es presten en els centres

d'ensenyament, tant públics com privats, dins de l'àmbit territorial de la Comunitat Autònoma de Catalunya.

Malgrat la manca de valor constitucional de la publicació extemporània es vol deixar constància d' aquesta circumstància.

TERCER .- L' ORDRE TRE/41/2008, DE 12 DE FEBRER, PER LA QUAL ES GARANTEIXEN ELS SERVEIS ESSENCIALS QUE ES PRESTEN EN ELS CENTRES D'ENSENYAMENT, TANT PÚBLICS COM PRIVATS, DINS DE L'ÀMBIT TERRITORIAL DE LA COMUNITAT AUTÒNOMA DE CATALUNYA, VULNERA L' ARTICLE 28. 2. DE LA CONSTITUCIÓ ESPANYOLA EN LA MESURA QUE CONDICIONA L' EXERCICI DEL DRET DE VAGA AL MANTENIMENT D'UNS SERVEIS MÍNIMS DESPROPORCIONATS I ABUSIUS

A l' apartat d' antecedents fàctics d'aquest escrit ja s'han posat de manifest les següents circumstàncies:

Primera .- El 6 de febrer de 2008 , la Direcció General de Recursos del Sistema Educatiu del Departament d'Educació de la Generalitat de Catalunya va emetre Informe tècnic en el qual es proposen els següents serveis mínims:

“1 persona de l'equip directiu per centre de treball, entenent com a tal el director del centre, el cap d' estudis o el secretari. Respecte les llars d'infants (0-3 anys), es considera suficient el director/a o un educador/a”.

Segona .- El 7 de febrer de 2008 es va celebrar una reunió al Departament de Treball a la que varen assistir els sindicats convocants de la vaga, el Departament d' Educació i altres associacions patronals del sector privat, en la qual es van fer propostes pel que fa als serveis mínims, sense arribar a cap acord.

Interessa destacar les diferents propostes que des de les parts patronals es varen fer de serveis mínims:

Per part del Departament d' Educació es va fer una proposta idèntica a la de les ordres de fixament de serveis mínims de les vagues precedents, substancialment inferiors als serveis mínims que ha fixat l'Ordre que s'impugna. La proposta consistia en :

“1 persona de l'equip directiu per centre de treball, entenent com a tal el director del centre, el cap d' estudis o el secretari. Respecte les llars d'infants (0-3 anys), es considera suficient el director/a o un educador/a”.

Per part de l' Associació Patronal d' Economia Social (APPS) es va fer la següent proposta :

“1 persona de l'equip directiu i 1 tutor/a i un educador/a per cicle educatiu (primària i secundària)”.

I , per part de la resta d'associacions patronals del sector es va proposar :

“ a) Personal docent, 1 docent per aula ó 1 docent per cada 30 alumnes. b) Personal d'administració 1 serveis: 1 persona a la recepció i una altra a la secretaria” .

Tercera .- El serveis mínims que determina l'Ordre del Departament de Treball que ara s' impugna són :

Una persona de l'equip directiu per cada centre. S'entén com a tal alguna de les persones següents: el/la director/a, el/la coordinador/a pedagògic/a, el/la cap d'estudis o el/la secretari/ària.

Un/a auxiliar administratiu/iva o un/a subaltern/a per a cada centre (només en aquells centres en què el personal no docent també estigui afectat).

A més del personal esmentat:

Per a l'ensenyament infantil i primària (de 3 a 12 anys): 1 docent per cada 4 unitats.

Per a les llars d'infants: 25% de la plantilla

Quarta .- Si fem una comparació amb l' Ordre dictada en la vaga que es va produir immediatament abans en el temps a la del 14 de febrer de 2008, ens trobem amb les següents dades :

VAGA 14 FEBRER 2008	VAGA 29 OCTUBRE 2002
<p>La situació de vaga anunciada, d'una banda, pels sindicats USTEC-STEs, CCOO, ASPEPC-SPS, UGT i CGT i, de l'altra, pels sindicats CCOO i UGT, que afecten el sector de l'ensenyament de Catalunya, excepte l'ensenyament universitari, a realitzar el proper dia 14 de febrer, amb una durada de 24 hores, s'entendrà condicionada al manteniment dels serveis mínims següents:</p> <p>Una persona de l'equip directiu per cada centre. S'entén com a tal alguna de les persones següents: el/la director/a, el/la coordinador/a pedagògic/a, el/la cap d'estudis o el/la secretari/ària.</p> <p>Un/a auxiliar administratiu/va o un/a subaltern/a per a cada centre (només en aquells centres en què el personal no docent també estigui afectat).</p> <p>A més del personal esmentat:</p> <p>Per a l'ensenyament infantil i educació primària (de 3 a 12 anys): 1 docent per cada 4 unitats.</p> <p>Per a les llars d'infants: 25% de la plantilla.</p>	<p>La convocatòria de vaga formulada pels sindicats USTEC-STEs, CCOO, FETE-UGT i CGT, que afecta tot l'ensenyament de Catalunya, s'entendrà condicionada al manteniment dels serveis mínims següents:</p> <p>Una persona de l'equip directiu per cada centre. S'entén com a tal alguna de les persones següents: el director, el cap d'estudis o el secretari.</p> <p>Un/a auxiliar administratiu/va o un/a subaltern/a per a cada centre.</p>

Cinquena .- La Sala 3a del Contenciós administratiu de l' Audiència Territorial de Barcelona ja va tenir ocasió de pronunciar-se en relació a un Decret de la Generalitat de Catalunya de fixament de serveis mínims en una vaga del sector de l' ensenyament a Catalunya per el 14 de desembre de 1988, en la sentència núm. 415, dictada en el recurs: 01714/88, el dia 5 de maig de 1989.

En aquest apartat sobre el caràcter abusiu i desproporcionat dels serveis mínims establerts cal recordar que, com ja s'ha dit anteriorment, no hi ha cap tipus de motivació pel que fa a la essencialitat, la necessitat, la intensitat, i molt menys en la mesura que suposa un canvi de criteri per part de l' Autoritat Laboral.

Pel que fa a la determinació de la "quantia" dels serveis mínims, el Tribunal Constitucional, en la sentència de 24 d' abril de 1986 (Ref. Aranzadi RTC 1986\51), entre moltes altres, va considerar que "*Se trata de fijar el programa de servicios mínimos con un criterio restrictivo, pues en el propio artículo 28.2 de la Constitución se utiliza la expresión mantenimiento, que dista de equivaler lingüísticamente a desarrollo regular del servicio. El criterio restrictivo, favorable al ejercicio del*

derecho de huelga, ha de tener en cuenta que ésta ha de mantener una capacidad de presión suficiente como para lograr sus objetivos frente a la Empresa, en principio destinaría de la medida de conflicto.....”.

Es tracta, doncs , d' un judici de proporcionalitat en la determinació dels serveis mínims per part de l' autoritat laboral; judici de proporcionalitat que té tres principis, el d'adequació, el d'indispensabilitat i el de proporcionalitat, i el judici ha de ser qualitatiu, no merament quantitatiu.

Les circumstàncies que s' han de tenir en compte a l' hora de fer aquests judicis són molt variades en funció del sector on s' ha d' exercir el dret de vaga, la seva duració, les circumstàncies que en situacions de vaga precedents s' han produït, i tot això, també, tenint en compte els altres drets o interessos constitucionals que es poden veure afectats i en quina mesura poden veure's afectats.

A l' hora de realitzar aquests judicis de proporcionalitat no és poden tenir en compte criteris aliens a l' essencialitat del servei que és presta, com per exemple el perjudici a l' interès general o el perjudici genèric per els interessos dels usuaris, i tampoc són possibles decisions manifestament innecessàries o manifestament desproporcionades.

Pel que fa als serveis mínims que estableix l'Ordre del Departament de Treball que ara s' impugna i a les circumstàncies concurrents, l' Ordre no supera els judicis d' adequació, indispensabilitat i proporcionalitat.

Els serveis mínims que es consideren abusius i desproporcionats específicament són , el fet d' haver condicionat l' exercici del dret de vaga al manteniment, addicional i afegit de :

“ A més del personal esmentat:

Per a l'ensenyament infantil i primària (de 3 a 12 anys): 1 docent per cada 4 unitats.

Per a les llars d'infants: 25% de la plantilla”.

Fins ara s' havien fixat en Ordres precedents, i que coincideixen amb la proposta del propi Departament d' Educació en la reunió prèvia de 7 de febrer de 2008 :

“Una persona de l'equip directiu per cada centre. S'entén com a tal alguna de les persones següents: el/la director/a, el/la coordinador/a pedagògic/a, el/la cap d'estudis o el/la secretari/ària.

Un/a auxiliar administratiu/va o un/a subaltern/a per a cada centre (només en aquells centres en què el personal no docent també estigui afectat)”.

En primer lloc, cal posar de manifest que el Departament de Treball, a l'hora d'establir el serveis mínims no va atendre, ni tan sols, les propostes del Departament d'Educació i de les associacions patronals, - que segur que són molt més coneixedores, que el Departament de Treball, d'allò que es necessita per garantir que no es produeixi “manca de vigilància o d'atenció dels estudiants..., per a la deguda seguretat i per evitar incidències greus...” -, i va condicionar l'exercici del dret de vaga a uns serveis mínims substancialment superiors als proposats per les patronals.

En segon lloc, pel que fa a l'antecedent judicial al que s'ha fet referència, la sentència núm. 415, de la Sala 3a del Contenciós Administratiu de l'Audiència Territorial de Barcelona, dictada en el recurs 01714/88, el 5 de maig de 1989, va considerar que els serveis mínims fixats eren suficients - “presencia en los centros docentes del Director y de un subalterno” - i va validar la suficiència d'aquests serveis mínims al considerar que no eren abusius i contraris al dret de vaga, quan al seu Fonament de Dret III feia el següent raonament :

“En lo que se refiere a la alegada violación del derecho fundamental de huelga al resultar desproporcionado su intensidad, se basa, esencialmente, en la innecesariedad de la presencia en los centros docentes del Director y de un subalterno que se establece en el Decreto impugnado.

...../.....

Desde esta perspectiva puede afirmarse que la exigencia contenida en el Decreto impugnado de que durante el día 14 de diciembre de 1988 esten presentes en cada centro docente su Director y un subalterno no conculca el derecho de huelga.....por lo que añadir a éste únicamente la del director no puede considerarse como excesivo y desproporcionado”.

No hi ha dubte que els serveis mínims que sempre s'han considerat suficients pels centres d'ensenyament, en una vaga de 24 hores de duració, han estat, des d'aquest antecedent de l'any 1988, els que el Departament d'Educació va indicar en el seu Informe Tècnic de 6 de febrer de 2008, i va proposar a la reunió de 7 de febrer de 2008, que són els que varen quedar validats per aquesta sentència de la Sala 3a del Contenciós

Administratiu de l' Audiència Territorial de Barcelona, de l' any 1989, i sense que per la vaga del dia 14 de febrer de 2008 hagin canviat les circumstàncies, com queda clar en la pròpia Ordre del Departament de Treball que, en cap cas, motiva i justifica la necessitat de fixar uns serveis mínims substancialment superiors.

Però, més enllà de fer aquestes constatacions és necessari analitzar en concret els judicis d' adequació, d' indispensabilitat i de proporcionalitat.

Sobre el judici d' adequació

El judici d' adequació només es supera si allò que es qüestiona resulta apropiat o suficient a un propòsit.

La part dels serveis mínims que es considera vulneradora del dret de vaga, per desproporcionada i abusiva, no supera el judici d' adequació perquè en cap moment s' ha motivat per part de l' Autoritat Laboral la necessitat i la intensitat dels serveis mínims que ha fixat. És a dir, l' Ordre del Departament de Treball ni tan sols estableix la motivació del propòsit i la justificació de la necessitat i de la intensitat.

De fet, com ja s' ha dit abans, si tots els nens i les nenes van a les seves escoles, i es tracta de garantir , en abstracte, la “seguretat” ningú podria exercir el dret de vaga i , en el mateix sentit, els serveis mínims fixats tampoc serien els adequats.

Però si allò de que es tracta és de fer compatible el dret de vaga dels professors i professores, i tenint en compte l' essencialitat del dret que s' ha de garantir, els serveis mínims establerts pel Departament de Treball no són els adequats perquè impedeixen , innecessàriament, el dret de vaga de molts professors i professores.

Sobre el judici d' indispensabilitat

El judici d' indispensabilitat només es supera si allò que es qüestiona resulta ser necessari.

No són indispensables ja que es pot garantir l' atenció i la cura dels nens i nenes que van a l' escola en situació de vaga dels professors i professores amb els serveis mínims que fins ara sempre s' havien fixat.

Sobre el judici de proporcionalitat

El judici de proporcionalitat només es supera si allò que es qüestiona resulta tenir les degudes proporcions per al propòsit preestablert.

No són proporcionals ja que per atendre les tasques de vigilància i atenció dels estudiants que acudeixen efectivament als centres, i en la mesura que s'ha d'utilitzar un criteri restrictiu a l'hora de fixar els serveis mínims, amb molts menys seria suficient, com així ho demostra l'experiència de les situacions de vaga precedents i les pròpies propostes del Departament d'Educació i de les associacions patronals i, en conseqüència, es limita el dret de vaga a moltíssims professores i professors.

Per tot això,

A LA SALA SOL·LICITA : Que tenint per presentat aquests escrit, tingui per fetes les al·legacions de fetes i jurídiques que compte, i en els seus mèrits, i previs els tràmits pertinents, dicti sentència mitjançant la qual es declari la nul·litat de l' ORDRE TRE/41/2008, de 12 de febrer, per la qual es garanteixen els serveis essencials que es presten en els centres d'ensenyament, tant públics com privats, dins de l'àmbit territorial de la Comunitat Autònoma de Catalunya, per vulneració dels drets fonamentals de vaga, tutela judicial efectiva i igualtat, i és condemni al Departament de Treball de la Generalitat de Catalunya a estar i passar per aquesta declaració.

ALTRAMENT PRIMER DIC : S'adjunten a aquest escrit d'al·legacions els següents documents:

- Sentència núm. 415, de l'Audiència Territorial de Barcelona, Sala 3a del Contenciós Administratiu, dictada en el recurs: 01714/88, el dia 5 de maig de 1989.
- Notificacions sobre els serveis mínims fetes, en data 13 de febrer de 2008, als centres docents públics sobre la situació de vaga del dia 14 de febrer de 2008.
- Ordre del Departament de Treball de 24 d'abril de 2001 dictada per garantir els serveis essencials amb motiu de la vaga del dia 27 d'abril de 2001 (DOGC, 26 d'abril de 2001).

- Ordre del Departament de Treball de 25 d' octubre de 2002 dictada per garantir els serveis essencials amb motiu de la vaga del dia 29 d'octubre de 2002 (DOGC, 29 d'octubre de 2002).

Barcelona, 16 d' abril de 2008

Signat
Jaume Guillem
Procurador

Signat
Sixte Garganté
Advocat