

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUNYA**  
**SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO**  
**SECCIÓN SEGUNDA**

Recurso SALA TSJ 2931/2020 - Recurso protección jurisdiccional nº 365/2020

Partes: SINDICAT METGES DE CATALUNYA

C/ DEPARTAMENT DE TREBALL, AFERS SOCIALS I FAMÍLIES, CONSORCI ASSOCIACIÓ PATRONAL SANITÀRIA I SOCIAL, UNIÓ CATALANA D'HOSPITALS Y INSTITUT CATALÀ DE LA SALUT

**S E N T E N C I A N ° 1264/2021 - (Secció: 235/2021)**

**Ilmos. Sres. Magistrados:**

**Don Jordi Palomer Bou**

**Don Javier Bonet Frigola**

**Doña Virginia de Francisco Ramos**

**Doña Rocio Colorado Soriano**

En la ciudad de Barcelona, a 19/03/2021

**VISTO POR LA SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUNYA (SECCION SEGUNDA)**, constituida para la resolución de este recurso, ha pronunciado en el nombre del Rey, la siguientes sentencia en el recurso contencioso-administrativo nº 365/2020, interpuesto por SINDICAT METGES DE CATALUNYA, representado por la Procuradora de los Tribunales [REDACTED] y asistido de Letrado, contra el DEPARTAMENT DE TREBALL, AFERS SOCIALS I FAMÍLIES, representado y defendido por la ADVOCADA

DE LA GENERALITAT, y contra UNIÓN CATALANA D'HOSPITALS, representado por el Procurador [REDACTED] contra INSTITUT CATALÀ DE LA SALUT, representado por el Procurador [REDACTED] y contra CONSORCI ASSOCIACIÓ PATRONAL SANITÀRIA I SOCIAL, representado por la Procuradora [REDACTED]

Ha sido Ponente la Ilma. Sra. Magistrada D<sup>a</sup>. ROCIO COLORADO SORIANO, quien expresa el parecer de la SALA.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Por la representación de la parte actora, se interpuso recurso contencioso-administrativo para la protección de los derechos fundamentales de la persona contra la ORDRE TSF/2020, sin numeración ni fecha, notificada a la parte recurrente en fecha 25-9-2020, dictada por el Conseller de Treball, Afers Socials i Famílies, por la que se acuerda aprobar los servicios mínimos para garantizar el servicio esencial de asistencia sanitaria que presta a la población el personal médico interno residente en los centros sanitarios del Institut Català de la salut y los Centros sanitarios concertados con el Servei Català de la Salut durante la huelga convocada des de las 0.00 horas hasta las 24.00 horas de los días 28, 29 y 30 de septiembre y loss días 1 y 2 de octubre de 2020.

**SEGUNDO.-** Acordada la incoación de los presentes autos, se les dio el cauce procesal previsto por la Ley de esta Jurisdicción, habiendo despachado las partes, llegado su momento y por su orden, los trámites conferidos de demanda y contestación; en cuyos escritos respectivos en virtud de los hechos y fundamentos de derechos que constan en ellos, suplicaron respectivamente la anulación de los actos objeto del recurso y la desestimación de éste, en los términos que aparecen en los mismos.

**TERCERO.-** Se abrió la prueba mediante Auto y, verificada la misma según obra en autos, finamente se señaló día y hora para votación y fallo que tuvo lugar el 24-2-2021.

**CUARTO.-** En la sustanciación del presente procedimiento se han observado y cumplido las prescripciones legales.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Metges de Catalunya interpuso recurso contencioso administrativo para la protección de los derechos fundamentales de la persona contra la Orden TSF/165/2020, de 25 de septiembre, por la que se aprobaba los servicios mínimos para que se garantice el servicio esencial de asistencia sanitaria que presta en la población el personal médico interno residente en los centros sanitarios en el Instituto Catalán de la Salud y en los centros sanitarios concertados con el servicio Catalán de Salud durante la huelga convocada desde las 0.00 horas hasta las 24 horas de los días 28, 29 y 30 de septiembre de 2020 y los días 1 y 2 de octubre de 2020, aduciendo vulneración del artículo 28.2CE.

**SEGUNDO.-** La parte actora, en la demanda presentada afirma que la decisión de la Administración demandada vulnera el derecho de huelga previsto en el artículo 28.2 de la CE, ya que la misma no contiene una motivación suficiente como para afectar a personal que no debería estar sometido a servicios mínimos; no describe cual es el normal funcionamiento que debe mantenerse ni cuantos facultativos son los necesarios para llevar a cabo, ni que personal garantizará el correcto funcionamiento de lo que se considera inaplazable, y dentro de este, cuales deben de ser adjuntos y cuantos MIR.

En primer lugar, la actora considera que la orden es nula, ya que es una copia exacta de la que se ha dictado en anteriores convocatorias, en las que afectaba, no sólo al personal MIR, es decir, a facultativos en formación, sino también al personal facultativo especialista de la asistencia primaria y/o hospitalaria. La diferencia es importante, ya que no se ha tenido en cuenta, a la hora de la fijación del personal MIR como servicio mínimo, la particularidad y la peculiaridad del personal en formación frente al que ya es adjunto, y, sin ningún tipo de motivación suficiente ni diferente, se acuerde los mismos servicios mínimos, vulnerando el derecho de huelga de éstos.

Según la recurrente, se vulnera el principio de proporcionalidad y de motivación. Entiende el recurrente que, la orden incurre en falta de concreción, proporcionalidad y justificación, ya que la Orden no describe en ningún momento cual es el normal funcionamiento ni cuantos facultativos son necesarios para llevarlo a cabo, ni que personal garantizará el correcto funcionamiento, ni cuántos deben ser adjuntos ni cuantos deben ser MIR. De tal modo que, para que los servicios que fija la orden, como mínimos, comporta la

asignación del 100% del personal MIR llamado a la huelga.

El MINISTERIO FISCAL al contestar la demanda, tras recordar los rasgos fundamentales del contenido esencial del derecho de huelga, considera que se argumentan suficientemente los requisitos exigidos en los parámetros jurisprudenciales del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, pues la Administración cubre las exigencias de motivación, proporcionalidad y ponderación adecuada de los derechos en conflicto.

La Unió Catalana d'Hospitals alega, en primer lugar, que los MIR han pasado de personal en formación meramente docente y formativo a un concepto laboral, regulándose un contrato laboral donde confluyen derechos y obligaciones de las partes, por lo que desde el punto de vista del derecho de huelga y la correlativa fijación de servicios mínimos, debe atenderse al aspecto laboral del contrato de formación. Respecto de la motivación, considera que la orden impugnada está suficientemente motivada y proporcionada en el establecimiento de los servicios mínimos, ya que establece una enumeración de los servicios hospitalarios que deberán quedar cubiertos por no ser aplazables (urgencias, unidades especiales, tratamientos en situaciones y urgentes y de necesidad vital, actividad quirúrgica inaplazable). En conclusión, considera que la Orden no impide a ningún MIR al acceso al derecho de huelga, ya que no todos los MIR están concentrados en los concretos servicios señalados en la Orden.

Por último, el ADVOCAT DE LA GENERALITAT DE CATALUNYA, en primer, repasa la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo en la materia, y señala que los MIR pueden ser designados como servicios mínimos, ya que tanto la ley 44/2003 como el RD 1146/2006 establecen claramente que el personal MIR tiene un contrato de trabajo con el centro de salud donde presta sus servicios. En segundo lugar, considera que la orden impugnada cumple la exigencia de motivación de los servicios mínimos fijados en los tres niveles conceptuales exigidos (motivación de servicios esenciales, servicios mínimos y de la determinación del porcentaje de los servicios mínimos). Por último, considera que la fijación de los servicios mínimos por la Orden impugnada es proporcional, debiendo tenerse en cuenta el contexto actual con el que nos encontramos de la pandemia de la COVID-19.

ICS se opone a la demanda de derechos fundamentales alegando que la orden que se impugna regula los servicios esenciales de manera concreta, proporcional y justificada. Según el ICS, la Orden impugnada no comportó una asignación de servicios mínimos del 100% del personal MIR llamado a la huelga, ya que el criterio que justifica la fijación de los servicios mínimos, es que sea inaplazable o urgencias del servicio de asistencia sanitaria que se debe

prestar, por lo que están excluidas de esta consideración todas aquellas actuaciones o intervenciones que no son urgentes.

El ICS considera que la orden motiva adecuadamente la fijación de cuáles son los servicios mínimos que afectan al servicio de guardia, o las unidades especiales que se indican en la orden impugnada es un servicio que se debe prestar de manera inaplazable, quedando excluidos todos los servicios que no son urgentes y que son aplazables. Respecto del resto de las alegaciones relativas a la motivación, proporcionalidad y adecuación de la fijación de los servicios mínimos para el personal MIR, el ICS se adhiere al resto de las alegaciones realizadas por el Abogado de la Generalitat de Cataluña.

**TERCERO.-** Con carácter general, cabe hacer una breve referencia a la doctrina constitucional sobre el derecho fundamental a la huelga y la fijación de los servicios mínimos contenida en la STC 45/2016, de 14 de marzo de 2016 (ROJ: STC 45/2016 - ECLI:ES:TC:2016:45) a propósito de una huelga de Médicos en Asturias, en la que el TC señala que: *"además de reconocer el derecho a la huelga, el art. 28.2 CE también dispone 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". En pronunciamientos previos, este Tribunal ya ha destacado que el establecimiento de tales garantías del mantenimiento de los servicios esenciales constituye una limitación expresa al derecho a la huelga, habiendo afirmado que "el derecho de la comunidad a estas prestaciones vitales es prioritario respecto del derecho a la huelga" (SSTC 11/1981, de 8 de abril, FJ 18; 53/1986, de 5 de mayo, FJ 3, y 43/1990, de 15 de marzo, FJ 5).*

*En ausencia hasta el momento de ley posconstitucional reguladora del ejercicio del derecho de huelga, la principal técnica que viene utilizándose para garantizar el mantenimiento de los referidos servicios esenciales es la de la fijación de los servicios mínimos a cumplir por los trabajadores, (...), conforme a nuestra jurisprudencia constitucional, los servicios mínimos han de ser fijados por la autoridad gubernativa, debiendo tener presente al determinar su alcance que, en la adopción de las medidas que garanticen el mantenimiento de los servicios esenciales, "es imprescindible ... ponderar las concretas circunstancias concurrentes en la huelga, así como las necesidades del servicio y la naturaleza de los derechos o bienes constitucionalmente protegidos sobre los que aquélla repercute, de modo que exista una razonable proporción entre los sacrificios impuestos a los huelguistas y los que padezcan los usuarios de los servicios esenciales" (STC 148/1993, de 29 de abril, FJ 5). Asimismo, en atención a la doctrina constitucional que requiere la exigencia de motivación en las medidas restrictivas de un derecho constitucional (STC 26/1981, de 17 de julio, FJ 14), hemos venido entendiendo que ese acto de la autoridad gubernativa por el*

*que determina las prestaciones mínimas ha de estar adecuadamente motivado, debiendo hacer explícitos, siquiera sea sucintamente, los factores o criterios seguidos para fijar el nivel de tales servicios, "siendo insuficientes a este propósito las indicaciones genéricas que pueden predicarse de cualquier conflicto o de cualquier actividad, y de las cuales no quepa inferir criterio para enjuiciar la ordenación y la proporcionalidad de la restricción que al ejercicio del derecho de huelga se impone" (por todas, STC 193/2006, de 19 de junio, FJ 2).*

Realizadas las anteriores afirmaciones, procede entrar a resolver sobre la primera de las cuestiones planteadas, si es posible incluir al personal MIR en la designación de servicios mínimos. Tal y como señalan las partes codemandadas, esta cuestión ha sido resuelta acertadamente por la STSJ Navarra de fecha 27-11-2019 (Rc 344/2019) en el siguiente sentido: *"En este caso, la cuestión nuclear debatida en el procedimiento es, como se recoge acertadamente en la sentencia de instancia, determinar si en una huelga de Médicos debe incluirse a los M.I.R. en la fijación por parte de la Administración de los servicios mínimos.*

*Para dar adecuada respuesta a este motivo de recurso, es necesario analizar la normativa aplicable en este momento a la obtención de la especialidad por los M.I.R.*

*Así, la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de Ordenación de las Profesiones Sanitarias, dentro del epígrafe "De la estructura y la formación en las especialidades en Ciencias de la Salud" el art. 20 regula el sistema de formación de especialistas y establece que:*

*"1. La formación de Especialistas en Ciencias de la Salud implicará tanto una formación teórica y práctica como una participación personal y progresiva del especialista en formación en la actividad y en las responsabilidades propias de la especialidad de que se trate.*

*2. La formación tendrá lugar por el sistema de residencia en centros acreditados.*

*En todo caso, los centros o unidades en los que se desarrolle la formación deberán estar acreditados conforme a lo previsto en el artículo 26.*

*3. La formación mediante residencia se atenderá a los siguientes criterios:*

*a) Los residentes realizarán el programa formativo de la especialidad con dedicación a tiempo completo. La formación mediante residencia será incompatible con cualquier otra*

*actividad profesional. También será incompatible con cualquier actividad formativa, siempre que ésta se desarrolle dentro de la jornada laboral de la relación laboral especial del residente.*

*b) La duración de la residencia será la fijada en el programa formativo de la especialidad y se señalará conforme a lo que dispongan, en su caso, las normas comunitarias.*

*c) La actividad profesional de los residentes será planificada por los órganos de dirección conjuntamente con las comisiones de docencia de los centros de forma tal que se incardine totalmente en el funcionamiento ordinario, continuado y de urgencias del centro sanitario.*

*d) Los residentes deberán desarrollar, de forma programada y tutelada, las actividades previstas en el programa, asumiendo de forma progresiva, según avancen en su formación, las actividades y responsabilidad propia del ejercicio autónomo de la especialidad.*

*e) Las actividades de los residentes, que deberá figurar en el Libro de Residente, serán objeto de las evaluaciones que reglamentariamente se determinen. En todo caso existirán evaluaciones anuales y una evaluación final al término del período de formación.*

*f) Durante la residencia se establecerá una relación laboral especial entre el servicio de salud o el centro y el especialista en formación. El Gobierno, atendiendo a las características específicas de la actividad formativa y de la actividad asistencial que se desarrolla en los centros sanitarios, y de acuerdo con los criterios que figuran en este capítulo y en la disposición adicional primera de esta ley, regulará la relación laboral especial de residencia".*

*Por su parte, el Real Decreto 1146/2006, de 6 de octubre, por el que se regula la Relación Laboral Especial de Residencia para la Formación de Especialistas en Ciencias de la Salud, ya expresa en su preámbulo que: "A pesar de la especial importancia que para el avance y consolidación de nuestro sistema público sanitario ha tenido la formación de especialistas mediante el sistema de residencia, la relación de trabajo de los residentes ha carecido en España de regulación específica desde que las órdenes ministeriales de 3 de septiembre de 1969 y 28 de julio de 1971 crearan las figuras de médicos internos y residentes, estableciendo una vinculación contractual de carácter laboral con las instituciones sanitarias de la Seguridad Social.*

*La Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias, constata que la regulación de la relación entre el residente y las entidades titulares docentes en su vertiente laboral se asienta básicamente sobre el contrato individual de trabajo y, tanto en su artículo 20.3.f ) como en su disposición adicional primera, ordena al Gobierno la aprobación de un real decreto que regule la relación laboral de carácter especial de este personal, estableciendo por primera vez un marco general y homogéneo para todo el personal con independencia del centro que se responsabiliza de su formación. Ello asegurará que la realización y cumplimiento de los programas formativos en similares términos en todo el Estado se corresponde con un lógico régimen de derechos y deberes comunes a todos los residentes. Igualmente se ha tenido en cuenta el marco normativo comunitario, especialmente la Directiva 93/16/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, destinada a facilitar la libre circulación de los médicos y el reconocimiento mutuo de sus diplomas, certificados y otros títulos, y la Directiva 2003/88/CE, del Parlamento europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo.*

*A tal efecto, conforme a las previsiones contenidas en el artículo 11.4 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los Servicios de Salud, por el Ministerio de Sanidad y Consumo se constituyó el correspondiente ámbito de negociación con participación de las organizaciones sindicales presentes en el Foro Marco para el Diálogo Social, con la finalidad de abordar los aspectos relacionados con la relación laboral especial de residencia que constituye el objeto de este real decreto, habiéndose producido una amplia participación que ha permitido la incorporación a la regulación de una buena parte de las propuestas efectuadas por dichas organizaciones sindicales específicas del ámbito sanitario.*

*Paralelamente, en la elaboración de este real decreto han participado ampliamente las administraciones sanitarias de las comunidades autónomas, destacando a este respecto el acuerdo que de forma unánime se adoptó en el Pleno de la Comisión de Recursos Humanos celebrado el 21 de noviembre de 2005, por el que se aprobó un marco retributivo común para todos los residentes, permitiendo no obstante que en los servicios de salud y demás entidades titulares, dentro de sus competencias, y de acuerdo con las fuentes reguladoras de la relación laboral de carácter especial, puedan establecerse diferencias específicas más adecuadas a sus propias políticas sanitarias. Asimismo han participado también las organizaciones colegiales de aquellos ámbitos cuyos profesionales se forman mediante el procedimiento de residencia.*

*(...)El capítulo II, relativo al contrato, fija, entre otras materias, la duración de éste, los derechos y deberes de las partes, entre los que cabe destacar las disposiciones relativas a la*



*jornada laboral, al sistema retributivo, así como a la suspensión y extinción del contrato.*

*(...)Igualmente, al considerar que el objetivo de esta relación laboral es la obtención del título de especialista mediante la superación de un programa de formación, también se prevé una especial organización del tiempo de trabajo que, en algunos casos, permitirá al personal residente la conciliación de la vida familiar y laboral sin hacer uso de la reducción de jornada o de la suspensión del contrato, ya que estas situaciones imposibilitan realizar un curso formativo completo en periodo anual.*

*(...)Este real decreto se dicta de conformidad con la disposición adicional primera.2 de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre , en relación con el artículo 2.1.i) de la Ley del Estatuto de los Trabajadores , Texto Refundido aprobado por Real Decreto legislativo 1/1995 de 24 de marzo.*

*De su articulado, en lo que aquí interesa, deben destacarse los siguientes artículos:*

*Artículo 1. Objeto, ámbito de aplicación y fuentes.*

*"1. Este real decreto tiene por objeto regular la relación laboral de carácter especial de residencia para la formación de especialistas en Ciencias de la Salud, de conformidad con lo previsto en el artículo 20.3.f) y en la disposición adicional primera de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de Ordenación de las Profesiones Sanitarias .*

*2. Será de aplicación a los titulados universitarios que, previa participación en la convocatoria anual de carácter nacional de pruebas selectivas, hayan accedido a una plaza en un centro o unidad docente acreditada, para el desarrollo de un programa de formación especializada en Ciencias de la Salud, mediante el sistema de residencia, previsto en el artículo 20 de la Ley 44/2003, de 21 noviembre , a efectos de la obtención del título de especialista, y por cuyos servicios como trabajadores percibirán las retribuciones legalmente establecidas.*

*También será de aplicación a los especialistas en Ciencias de la Salud que, conforme a lo establecido en el artículo 23 de la citada ley, cursen una nueva especialidad, y a los que según el artículo 25 accedan a la formación para la obtención del Diploma de Área de Capacitación Específica, por el sistema de residencia.*

*3. Se aplicará en todo el territorio del Estado, cualquiera que sea la titularidad, pública o privada, de los establecimientos sanitarios donde se encuentren ubicadas los centros o*

*unidades docentes acreditados para la formación de especialistas en Ciencias de la Salud.*

*4. Los derechos y obligaciones concernientes a la relación laboral de carácter especial de residencia se regularán por este real decreto y, con carácter supletorio, por el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por la demás legislación laboral que le sea de aplicación, por los convenios colectivos y por la voluntad de las partes manifestada en los contratos de trabajo, sin que en ningún caso se puedan establecer en ellos condiciones menos favorables al trabajador o contrarias a las previstas en las disposiciones legales y convenios colectivos antes referidos".*

*Artículo 2. Forma, contenido y eficacia del contrato.*

*"1. El contrato de trabajo se celebrará por escrito entre el residente, en su condición de trabajador, y la entidad titular de la unidad docente acreditada para impartir la formación, en su condición de empleador o empresario.*

*2. En el contrato, que se formalizará por cuadruplicado, se incluirán, al menos, los siguientes extremos:*

*a) La identidad de las partes que lo suscriben.*

*b) El domicilio social de la empresa.*

*c) La unidad docente donde se desarrollará el programa de formación y centro al que pertenece o, en su caso, los dispositivos que la integran. Si en la acreditación de la misma se prevé la rotación por más de un centro se hará constar esta circunstancia.*

*d) La convocatoria en la que el residente ha obtenido la plaza.*

*e) La fecha del comienzo de la relación laboral y su duración.*

*f) El título universitario del residente y el programa de formación que va a cursar.*

*g) Las cuantías de sus retribuciones.*

*h) La jornada laboral.*

*i) La duración de las vacaciones y la modalidad para su atribución y determinación.*

*j) El convenio colectivo que, en su caso, resulte aplicable.*

#### *Artículo 5. Jornada laboral y descansos.*

*"1. El tiempo de trabajo y régimen de descansos del personal residente serán los establecidos en el ámbito de los respectivos servicios de salud, con las siguientes peculiaridades:*

*a) La jornada ordinaria de trabajo se determinará mediante convenio colectivo. En su defecto, será la establecida, mediante normas, pactos o acuerdos, para el personal estatutario de la especialidad que el residente esté cursando en cada servicio de salud.*

*En todo caso, la duración máxima de la jornada ordinaria no podrá exceder las 37,5 horas semanales de promedio en cómputo semestral, salvo que mediante acuerdo pacto o convenio se establezca otro cómputo.*

*b) Entre el final de una jornada y el comienzo de la siguiente deberá mediar, como mínimo, un periodo de descanso continuo de 12 horas.*

*En todo caso, después de 24 horas de trabajo ininterrumpido, bien sea de jornada ordinaria que se hubiera establecido excepcionalmente, bien sea de jornada complementaria, bien sea de tiempos conjuntos de ambas, el residente tendrá un descanso continuo de 12 horas, salvo en casos de emergencia asistencial. En este último supuesto, se aplicará el régimen de descansos alternativos previstos en la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud.*

*c) El residente estará obligado exclusivamente a realizar las horas de jornada complementaria que el programa formativo establezca para el curso correspondiente. En todo caso, no podrá realizar más de siete guardias al mes.*

#### *2. La jornada laboral asegurará el cumplimiento de los programas formativos.*

*Dentro de las posibilidades organizativas y funcionales de cada centro, se procurará disponer la jornada de los residentes de forma que la ordenación del tiempo de trabajo no perjudique su formación.*

3. *No podrán celebrarse contratos de trabajo del personal residente con jornada a tiempo parcial*".

*Así pues, se establece una relación laboral de carácter especial de residencia para la formación de especialistas en Ciencias de la Salud, y en el Real Decreto referido se regula tanto el tipo de contrato laboral, como los derechos y deberes de las partes, los supuestos de suspensión del mismo, faltas y sanciones etc. Por tanto, la formación en la especialidad correspondiente es la finalidad del contrato de trabajo, pero esta formación se lleva a cabo mediante la suscripción de un contrato de trabajo entre el Centro Sanitario y el Médico Residente por lo que, desde el punto de vista del ejercicio del derecho de huelga y la correlativa fijación de servicios mínimos, debe atenderse a este aspecto laboral del contrato de formación.*

*También debe hacerse hincapié en el hecho de que la sentencia de esta Sala y la jurisprudencia del Tribunal Supremo aplicada por el Juez de instancia en la que se pone el acento en que la función asistencial que prestan lo es en cuanto se trata de actividad requerida para su formación y especialización y concluye que la huelga de los M.I.R. no requiere el establecimiento de servicios mínimos, al no tener otras consecuencias que las docentes y formativas, son anteriores al Real Decreto 1146/2006, de 6 de octubre, por el que se regula la Relación Laboral Especial de Residencia para la Formación de Especialistas en Ciencias de la Salud, incluso lo es la STS de 27 de enero de 2005 (ROJ: STS 379/2005 - ECLI:ES:TS:2005:379) Recurso: 2746/2000, que reitera la doctrina contenida en las SSTS de 16 de diciembre de 1993 y 16 de noviembre de 1993 .*

*Por otra parte, ya antes del Real Decreto 1146/2006, de 6 de octubre, la STSJ Cataluña de 14 de febrero de 2000 (ROJ: STSJ CAT 1860/2000 - ECLI:ES:TSJCAT:2000:1860) Sentencia: 136/2000 Recurso: 378/1999 señalaba que "Debe reconocerse la potestad de la autoridad administrativa laboral para acordar el establecimiento de servicios mínimos en la huelga planteada por los Médicos Internos Residentes, una vez que debe declararse que dicho colectivo de profesionales de la sanidad pública son titulares del derecho de huelga garantizado en el artículo 28.2 de la Constitución , en su condición de empleados públicos, aun dotados de un estatuto especial de naturaleza esencialmente formativa derivado del carácter bifronte de su relación con la Administración sanitaria, al tener por objeto la recepción del contenido formativo adecuado para la obtención del título de especialista y la prestación de servicios asistenciales bajo tutela y supervisión, que se descubre de su regulación estatutaria establecida en el Decreto 127/84, de 11 de enero"; confirmada por la STS, de 19 de mayo de 2003 (ROJ: STS*

3377/2003 - ECLI:ES:TS:2003:3377 ) Recurso: 2770/2000, o la STSJ, Contencioso sección 8 del 10 de diciembre de 1999 ( ROJ: STSJ M 14539/1999 - ECLI:ES:TSJM:1999:14539 ) Sentencia: 837/1999 Recurso: 755/1999 .

*Sin embargo, en este momento es clara la naturaleza laboral del contrato celebrado entre el Centro Sanitario y el Médico Residente y, desde el punto de vista del ejercicio del derecho de huelga consagrado constitucionalmente, la Sala entiende que la finalidad de la contratación de los Médicos Internos Residentes, que es la formación necesaria para la obtención de la especialidad, no obsta para obviar su condición de trabajadores vinculados con los Centros Sanitarios en virtud de un contrato laboral. Por ello, debemos concluir que los Médicos Internos Residentes en su condición de trabajadores tienen reconocido el derecho de huelga en el art. 28.2 C.E. para la defensa de sus intereses profesionales y consecuentemente deben ser incluidos por la Administración pública en la fijación de los servicios mínimos, a fin de garantizar la prestación sanitaria como servicio de interés esencial para la comunidad. "*

Por lo que, el primero de los motivos debe de ser desestimados, ya que en aplicación de la normativa y jurisprudencia anterior señalada, queda suficientemente acreditado que es conforme a derecho la inclusión del personal MIR en la designación de los servicios mínimos.

**CUARTO.-** En segundo lugar, la recurrente alega que la Orden impugnada no está debidamente motivada.

La sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de julio de 1981 sostuvo que la imposición de servicios mínimos como acto restrictivo del derecho de huelga requiere un riguroso deber de motivación que atienda a las circunstancias concretas de la convocatoria, esto es, la ponderación de su incidencia en el servicio esencial afectado y la necesidad de establecer un determinado nivel de prestación en ese ámbito para evitar la lesión de derechos y bienes constitucionalmente protegidos.

Esa motivación ex ante ha de consistir en la exposición de los criterios o razones que sustentan las medidas acordadas y en la explicación de su necesidad para garantizar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad (STS de 16 de Enero de 1985).

La doctrina del Tribunal Constitucional plasmada en la sentencia precitada ha ido aún más lejos al trasladar a la Administración la carga de probar que las medidas previstas son las

adecuadas al caso porque "cuando se ha producido una limitación o un parcial sacrificio de derechos básicos que la Constitución reconoce a los ciudadanos, dado que el supuesto que se produce es modificativo o extintivo de tales derechos la autoridad que realiza el acto debe estar en todo momento en condiciones de ofrecer tal justificación."

Y en el mismo sentido nuestra Jurisprudencia del TC. Así en la sentencia del Tribunal Constitucional 45/2016, de 14 de marzo, se dice: "Una primera idea a señalar es que, conforme a nuestra jurisprudencia constitucional, los servicios mínimos han de ser fijados por la autoridad gubernativa, debiendo tener presente al determinar su alcance que, en la adopción de las medidas que garanticen el mantenimiento de los servicios esenciales, "[e]s imprescindible ... ponderar las concretas circunstancias concurrentes en la huelga, así como las necesidades del servicio y la naturaleza de los derechos o bienes constitucionalmente protegidos sobre los que aquélla repercute, de modo que exista una razonable proporción entre los sacrificios impuestos a los huelguistas y los que padezcan los usuarios de los servicios esenciales" (STC 148/1993, de 29 de abril , FJ 5). Asimismo, en atención a la doctrina constitucional que requiere la exigencia de motivación en las medidas restrictivas de un derecho constitucional ( STC 26/1981, de 17 de julio, FJ 14), hemos venido entendiendo que ese acto de la autoridad gubernativa por el que determina las prestaciones mínimas ha de estar adecuadamente motivado, debiendo hacer explícitos, siquiera sea sucintamente, los factores o criterios seguidos para fijar el nivel de tales servicios, "siendo insuficientes a este propósito las indicaciones genéricas que pueden predicarse de cualquier conflicto o de cualquier actividad, y de las cuales no quepa inferir criterio para enjuiciar la ordenación y la proporcionalidad de la restricción que al ejercicio del derecho de huelga se impone" (por todas, STC 193/2006, de 19 de junio , FJ 2)."

Y la Jurisprudencia del Tribunal Supremo también ha delimitado este ámbito. La Sentencia de 27-5-2016 (RC 3068/2014) resume la doctrina de dicho Tribunal en la materia de servicios mínimos del modo siguiente: " ...la doctrina constitucional y la jurisprudencia de este Tribunal es reiterada en punto a cuáles son las exigencias derivadas del derecho fundamental a la huelga, exigencias que se contraen - esencialmente y en lo que hace al caso- a dos: la proporcionalidad y la motivación, bien entendido que, como hemos señalado en ocasiones anteriores, "la validez de los servicios mínimos depende en último término de lo siguiente: que el contraste entre, de un lado, el sacrificio que para el derecho de huelga significan tales servicios mínimos y, de otro, los bienes o derechos que estos últimos intentan proteger, arroje como resultado que aquel sacrificio sea algo inexcusable o necesario para la protección de esos otros bienes o derechos, o de menor gravedad que el quebranto que se produciría de no llevarse a cabo los servicios mínimos " (sentencias de esta Sala de 8 de

marzo de 2013, dictada en el recurso de casación núm. 3517/2011 y de 14 de diciembre de 2015, dictada en el recurso de casación núm. 989/2014). Es evidente que esa ponderación exige del órgano administrativo competente la correspondiente individualización y la inclusión en su decisión de un razonamiento suficiente sobre la necesidad del concreto porcentaje de servicios mínimos que ha de establecerse para garantizar la protección del correspondiente servicio esencial para la comunidad."

Por su parte, la Sentencia de 28-5-2015 (RC 1148/2014) expone la doctrina general sobre la exigencia de motivación de los servicios mínimos, precisamente en un caso referido a una huelga en el sector sanitario, argumentando lo siguiente: la doctrina de esta Sala sobre el significado general de la "causalización" o motivación de los servicios mínimos (expresada, entre otras, en las sentencias de 11 de mayo de 2006, Recurso de Casación 2430/2003, 19 de diciembre de 2007, Recurso de casación 7759/2004 , 8 de julio de 2009, Recurso de casación 5682/2006 , 21 de julio de 2010, Recurso de Casación 43172009, y 19 de noviembre de 2013, Recurso de Casación 2216/2013) ... viene declarando que "....se cubrirá satisfactoriamente el canon constitucionalmente exigible para la validez de dichos servicios mínimos cuando se cumpla con esta doble exigencia. En primer lugar, que sean identificados los intereses afectados por la huelga (el inherente al derecho de los huelguistas y el -o los- que puedan ostentar los afectados por el paro laboral). Y en segundo lugar, que se precisen también los factores de hecho y los criterios que han sido utilizados para llegar al concreto resultado plasmado en los servicios mínimos que hayan sido fijados; esto es, cuáles son los hechos y los estudios concretos que se han tenido en cuenta para determinar las actividades empresariales que deben continuar durante la situación de huelga y el preciso número de trabajadores que dichas actividades requieren para que queden garantizados esos otros intereses o derechos, tan relevantes como el derecho de huelga, cuya atención pretende garantizarse a través de los servicios mínimos."

Las sentencias de 15-1-2007 (casación 7145/02) y 26-3- 2007 (casación 1619/2007) han perfilado el alcance de estas exigencias de la motivación señalando lo siguiente: "...no basta para satisfacer las exigencias constitucionales con manifestar ante quienes convocan una huelga qué servicios considera la Administración que han de ser garantizados y el personal llamado a prestarlos. La concreción que exige la jurisprudencia significa que han de exponerse los criterios en virtud de los cuales se ha llegado a identificar tales servicios como esenciales y a determinar quiénes han de asegurarlos a la luz de las circunstancias singulares de la convocatoria de que se trate. Son, precisamente, esos los datos relevantes para examinar si se ha observado la necesaria proporción entre el sacrificio que comportan para el derecho de los trabajadores y los bienes o intereses que han de salvaguardar..."

Por lo demás, la jurisprudencia también ha concretado los criterios que han de presidir la adopción de los servicios mínimos al decir que en la adopción de las medidas que garanticen el mantenimiento de los servicios esenciales la autoridad gubernativa ha de ponderar la extensión territorial y personal, la duración prevista y las demás circunstancias concurrentes en la huelga, así como las concretas necesidades del servicio y la naturaleza de los derechos o bienes constitucionalmente protegidos sobre los que aquélla repercute [STS, Sala 3ª, Sección 7ª, 8 de marzo de 2013 (recurso de casación núm. 3517/2011 ), 8 de abril de 2013 (RC 3620/2011 ) - FD 4º; 27 de diciembre de 2012 (RC 2912/2011 ) -FD 7º-].

Pues bien, en el caso que nos ocupa, la Orden impugnada, en su preámbulo nos dice lo siguiente:

“Visto que el servicio de asistencia sanitaria que prestan los centros sanitarios del Institut Català de la Salut y los centros sanitarios concertados con el Servei Català de la Salut, que están afectados por la convocatoria de huelga, no se puede ver gravemente afectado por el ejercicio legítimo del derecho de huelga de los trabajadores, ya que eso comportaría un riesgo para la salud y la vida de los enfermos, derecho que es el primero entre los fundamentales de la persona y, por tanto, prioritario respecto al derecho de huelga, ya que se debe de respetar el derecho a la salud y a la vida que reconocen los artículos 15 y 43 de la CE”.

“Vista la necesidad de tomar medidas impescincibles para asegurar el funcionamiento del servicio público mencionado, medidas capaces de compatibilizar los intereses generales con los derechos de los trabajadores en huelga, teniendo en cuenta la duración de la huelga y el personal afectado, y las órdenes de los servicios mínimos que se han dictado para huelgas similares del sector sanitario, como son la Orden TSF/157/2020, de 18 de septiembre, la Orden TSF/59/2019, de 29 de marzo, la orden TSF/44/2019, de 6 de marzo, la Orden TSF/196/2018, de 23 de noviembre, y la orden TRI/221/2006, de 5 de mayo.”

“Visto que determinadas prestaciones sanitarias son inaplazables para garantizar el derecho a la salud y a la vida, como son las actividades sanitarias que se prestan en los servicios de urgencias, en las unidades especiales, determinados tratamientos oncológicos, así como las intervenciones necesarias, en un entorno de debida atención asistencial.”

“Visto el contexto excepcional de crisis sanitaria originada por el Covid-19, que pese a estar contenida, todavía no está superada, y persiste la existencia de la posibilidad real de algún rebrote”.



Y en base a la anterior motivación, fija como servicios mínimos: el normal funcionamiento del servicio de urgencias, tanto la atención de enfermos externos como la atención de enfermos ingresados en las unidades de observación de urgencias (a criterio del médico encargado del enfermo); el normal funcionamiento de las unidades especiales: unidades de curas intensivas, unidades de vigilancia intensiva, unidades coronarias, unidades de hemodiálisis, neonatos, partos y tratamientos de radioterapia y quimioterapia, así como todas aquellas que se puedan considerar unidades de especial urgencia; se deben de garantizarlos tratamientos de radioterapia y quimioterapia en situaciones urgentes y de necesidad vital y, en otras situaciones, a criterio del facultativo que atienda al enfermo; se deben de atender las actividades quirúrgicas inaplazables derivadas de la atención urgente y grave a criterio de la dirección médica; mientras esté ingresado, todo enfermo deberá ser respetado en su derecho a ser atendido; los centros de asistencia extrahospitalaria y asistencia primaria, deben de garantizar el normal funcionamiento de la asistencia urgente para los centros de atención continuada y urgente.

Y en el artículo 2 de la Orden señala que la dirección de los centros sanitarios afectados, deberán determinar el personal estrictamente necesario para el funcionamiento de los servicios mínimos que establece el artículo anterior.

Pues bien, de la lectura del preámbulo de la orden y de su articulado, recogido anteriormente, así como del resto del expediente administrativo se concluye la falta de motivación de los servicios mínimos que son objeto de este proceso.

La Orden afecta a todos los MIR que prestan servicios tanto en Centros Hospitalarios como en Atención Primaria, sin determinar ponderadamente y de forma individualizada el número de MIR requeridos para garantizar el normal funcionamiento de tales Centros, sin que se haya atendido al carácter limitado en cuanto a su duración temporal, ya que se convocó para 5 jornadas a desarrollar entre los meses de septiembre y octubre del 2020, vulnera el requisito de la motivación. En efecto, se ha reconocido jurisprudencialmente que la motivación puede ser sucinta, y a la vez suficiente, y que lo relevante es que la resolución administrativa contenga los elementos necesarios para que su destinatario pueda conocer los motivos ficticios y los razonamientos jurídicos que fundamentan el acto administrativo. Ahora bien, de la resolución impugnada no pueden extraerse aquellos factores o criterios que permitan valorar la necesidad y, en su caso, la proporcionalidad de esta medida limitativa del derecho a la huelga de los MIR. No se indica el número de MIR en cada uno de los servicios

afectados, ni la plantilla titular de los mismos, los trabajos que no puedan sufrir interrupción o cuya prestación deba mantenerse en algún grado, etc.. imprescindible a la hora de valorar tales servicios y ponderar los diferentes intereses en conflicto. Esta ausencia de la más elemental motivación justificativa constituye un vicio esencial que incide negativamente en el contenido constitucional de derecho de huelga, reconocido en el art. 28.2 de la Constitución.

**QUINTO.-** El artículo 139.1 LJCA, establece que en primera o única instancia, el órgano jurisdiccional, al dictar sentencia o al resolver por auto los recursos o incidentes que ante el mismo se promovieren, impondrá las costas a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que aprecie y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho, circunstancia que no concurre en el presente caso. Por lo que procede la condena en costas a la administración demandada, si bien, limitados a 3.000 euros, por todos los conceptos.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

## **F A L L A M O S**

**1º.- ESTIMAR** el recurso contencioso administrativo para la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona formulado por Metges de Catalunya contra la Orden TSF/165/2020, de 25 de septiembre.

**2º.- IMPONER** a la parte demandada las costas del presente procedimiento, si bien limitados en 3000 euros, por todos los conceptos.

Notifíquese a las partes la presente Sentencia, que no es firme. Contra la misma cabe deducir, en su caso, recurso de casación ante esta Sala, de conformidad con lo dispuesto en la Sección 3ª, Capítulo III, Título IV de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (LJCA). El recurso deberá prepararse en el plazo previsto en el art. 89.1 LJCA.

Y adviértase que en el BOE nº 162, de 6 de julio de 2016, aparece publicado el Acuerdo de 20 de abril de 2016, de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, sobre la extensión máxima y otras condiciones extrínsecas de los escritos procesales referidos al recurso de casación.

Conforme a lo dispuesto en el Reglamento (EU) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, a la que remite el art. 236 bis de la ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, y en el real Decreto 1720/2007 por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la LOPD, hago saber a las partes que sus datos personales han sido incorporados al fichero de asuntos de esta Oficina judicial, donde se conservarán con carácter confidencial y únicamente para el cumplimiento de la labor que tiene encomendada y bajo la salvaguarda y la responsabilidad de la misma y en donde serán tratados con la máxima diligencia.

Así por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá certificación al presente procedimiento, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por Doña Rocio Colorado Soriano, Magistrada Ponente, estando la Sala celebrando audiencia pública, de lo que, como Letrado de la Administración de Justicia, certifico.