



Roj: STSJ CAT 4575/2024 - ECLI:ES:TSJCAT:2024:4575

Id Cendoj: **08019330042024100331**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Barcelona**

Sección: **4**

Fecha: **17/05/2024**

Nº de Recurso: **190/2024**

Nº de Resolución: **1667/2024**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **JUAN ANTONIO TOSCANO ORTEGA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA.**

**SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO.**

**SECCIÓN CUARTA.**

**Recurso de apelación contra sentencia dictada en procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona. Recurso de Sala número 190/2023 (recurso de Sección número 46/2024).**

**Parte apelante demandada: Institut Català de la Salut, representado por el Procurador Jordi Daura Ramon y defendido por el Letrado Roger Mir Sarrablo.**

**Parte apelada actora: Tristán , representado por la Procuradora Carmen Muñoz Vences y defendido por la Letrada Mireia Montesinos i Sanchís.**

**Ha intervenido el Ministerio Fiscal (Fiscal Juan F. Boné Pina).**

En aplicación de la normativa española y europea de Protección de Datos de Carácter Personal, y demás legislación aplicable, hágase saber que los datos de carácter personal contenidos en el procedimiento tienen la condición de confidenciales, y está prohibida la transmisión o comunicación a terceros por cualquier medio, debiendo ser tratados única y exclusivamente a los efectos propios del proceso en que constan, bajo apercibimiento de responsabilidad civil y penal.

**Sentencia número 1667 de 2024.**

**Ilustrísima/os Señora/es Magistrada/os:**

**Presidente Pedro Luis García Muñoz.**

**Andrés Maestre Salcedo.**

**Juan Antonio Toscano Ortega.**

**Laura Mestres Estruch.**

En la ciudad de Barcelona, a diecisiete de mayo de dos mil veinticuatro.



La Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta, del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, constituida para la resolución de este recurso de apelación contra sentencia dictada en procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona, ha pronunciado la presente sentencia en el recurso de Sala número 190/2024, registrado en la Sección con el número 46/2024, en que es parte apelante el demandado **Institut Català de la Salut**, representado por el Procurador Jordi Daura Ramon y defendido por el Letrado Roger Mir Sarrablo, siendo parte apelada el actor Tristán, representado por la Procuradora Carmen Muñoz Vences y defendido por la Letrada Mireia Montesinos i Sanchís. Ha intervenido el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente Juan Antonio Toscano Ortega, Magistrado de esta Sala, que expresa el parecer de la misma.

## ANTECEDENTES DE HECHO.

**PRIMERO.**-La sentencia apelada contiene el fallo del tenor literal siguiente: "ESTIMO el presente recurso contencioso-administrativo de protección de los derechos fundamentales instados por la letrada Dª. Mireia Montesinos Sanchis en defensa de D. Tristán contra el **Institut Català de la Salut** siendo representado y defendido por sus servicios jurídicos y en consecuencia procede declarar la nulidad de la actuación realizada por la administración consistente en la imposición de las visitas relacionadas en el expediente administrativo al no haber quedado acreditado que se encontraran dentro de los servicios mínimos acordados en la Orden, y que se cumplía con el porcentaje, y en consecuencia procede que la parte demandada indemnice a la parte recurrente en el importe de 7.501 euros en concepto de reparación del daño moral ocasionado". "Procede la condena en costas a la parte demandada hasta el límite de 300 euros.".

**SEGUNDO.**-Contra dicha sentencia se interpone recurso de apelación por la parte demandada, siendo admitido por el Juzgado a quocon remisión de lo actuado a este Tribunal *ad quemprevio emplazamiento de las partes procesales*, personándose las partes apelante y apelada y el Fiscal en este órgano judicial en tiempo y forma.

**TERCERO.**-Desarrollada la apelación, se señala día para deliberación y votación del fallo, lo que tiene lugar en la fecha fijada.

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

## FUNDAMENTOS DE DERECHO.

### **PRIMERO.- Objeto del recurso de apelación, pretensiones y motivos.**

#### **1.- Sobre el objeto del recurso de apelación.**

Se impugna en la presente alzada por la parte demandada, **Institut Català de la Salut**, la sentencia número 206/2023, de 4 de octubre, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 1 de Lleida y su provincia en su recurso contencioso-administrativo número 100/2023 seguido por los trámites del procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona entre Tristán y aquella demandada, habiendo intervenido el Ministerio Fiscal, resolución judicial en cuyo fallo se expresa:

"ESTIMO el presente recurso contencioso-administrativo de protección de los derechos fundamentales instados por la letrada Dª. Mireia Montesinos Sanchis en defensa de D. Tristán contra el **Institut Català de la Salut** siendo representado y defendido por sus servicios jurídicos y en consecuencia procede declarar la nulidad de la actuación realizada por la administración consistente en la imposición de las visitas relacionadas en el expediente administrativo al no haber quedado acreditado que se encontraran dentro de los servicios mínimos acordados en la Orden, y que se cumplía con el porcentaje, y en consecuencia procede que la parte demandada indemnice a la parte recurrente en el importe de 7.501 euros en concepto de reparación del daño moral ocasionado.



Procede la condena en costas a la parte demandada hasta el límite de 300 euros.".

En el fundamento de derecho primero de la sentencia impugnada se identifica el objeto del recurso y se exponen las pretensiones y los motivos de las partes y el Fiscal como sigue.

"PRIMERO.- Pretensiones de las partes. En este juzgado se interpuso recurso contencioso contra la actuación de vía de hecho de obligar al actor a realizar la agenda programada a pesar de estar como servicios mínimos en el decurso de la **huelga** del día 25 de enero de 2023. Tras dar traslado a la parte demandada y al Ministerio Fiscal se contestó a la demanda, se dictó Auto admitiendo la prueba, presentándose posteriormente las conclusiones, y posteriormente se declaró el pleito concluso para el dictado de la sentencia.

Por la parte recurrente se solicitó que se estimase el recurso presentado y que se declarase la vulneración del derecho a la **huelga** regulado en el artículo 28 CE, que se acuerde restablecerlo declarando nula o subsidiariamente anulable la decisión acordada por la vía de hecho de obligar a hacer, estando adscrito a servicios mínimos, la agenda normal y ordinaria que tenía asignada, y que se condene a la demandada a abonar al actor la cantidad de 7.501 euros en concepto de reparación de los daños y perjuicios morales provocados por dicha actuación.

Por la administración demandada se opuso a lo solicitado de contrario, y en consecuencia solicitó la desestimación del recurso contencioso administrativo presentado.

Por el Ministerio Fiscal se interesó en el escrito de contestación que "prima facie" aparecía lesión de derecho fundamental, y en las conclusiones sostuvo la existencia de lesión del derecho fundamental".

En el fundamento de derecho segundo de la sentencia se entra a resolver la controversia, lo que pasa por la exposición de antecedentes y la aplicación al caso de los criterios contenidos en resoluciones judiciales sobre el derecho de **huelga** y las indemnizaciones procedentes, fundamento que se reproduce en su integridad.

"SEGUNDO.- Caso concreto. En este juzgado se interpuso recurso contencioso contra la actuación de vía de hecho de obligar al actor a realizar la agenda programada a pesar de estar como servicios mínimos en el decurso de la **huelga** del día 25 de enero de 2023.

En primer lugar, consta aportado el expediente administrativo y un documento de fecha 24 de marzo de 2023 de la Unidad de Recursos Humanos, en el que se recoge que "En el expediente se adjuntan las convocatorias de **huelga**, el orden de establecimiento de servicios mínimos, el justificante de la designación del interesado como servicio mínimo la mañana del día 25 de enero de 2023 al ABS Borges Blanques, el comunicado del ABS Borges Blanques de quien había hecho **huelga** del día 25 de enero de 2023 y el detalle de la agenda de visitas del interesado de aquel día (donde se observan las visitas programadas, espontáneas y telefónicas). Respecto del documento 3 que se anexa a la demanda, se informa que entre la documentación de la demandada que ha recibido esta unidad, no está y por tanto, no lo podemos validar. Asimismo, queremos comentar que el mismo día 25 de enero, por la mañana, el interesado manifestó a la dirección del ABS Borges Blanques que no quería atender su agenda. La dirección llamó a la Unidad de Recursos Humanos y en una llamada con manos libres, que participó el señor Lucio por parte de esta Unidad, se informó al interesado que la designación de servicios mínimos no implicaba desprogramar su agenda, ya que esto atentaba contra el derecho de **huelga** y el sentido de la **huelga**. Se le informó que tenía que atender su agenda y las espontáneas como un día normal, y solo en caso que la dirección de la ABS, como órgano competente en la organización de la prestación del servicio, observara un alto volumen de espontáneas urgentes, podría autorizar la desprogramación de la agenda. Por tanto, se dio respuesta al requerimiento del interesado. El mismo interesado en su demanda manifiesta que "la alteración de las dinámicas de producción en los procesos de fabricación que sean o las de alteración del funcionamiento habitual en la prestación del servicio que se trate, son atentados al derecho fundamental de la **huelga**". Como se puede observar el detalle de las visitas realizadas aquel dia, el volumen de visitas es muy bajo."

En segundo lugar, se recoge en el expediente administrativo la Orden EMT/2023 por la que se garantiza el servicio esencial en todos los centros y empresas sanitarias, sociosanitarias, residenciales y asistenciales tanto públicas como privadas de Cataluña, y en concreto se recoge el artículo 1 que la situación de **huelga** se entiende condicionada al mantenimiento de los servicios mínimos siguientes, entre los que se recogen las funciones de atención telefónica de todo tipo de urgencias y emergencias sanitarias, y en relación a la asistencia a los centros y establecimientos del ámbito del SISCAT se recoge el normal funcionamiento del



servicio de urgencias, de las unidades especiales, de determinados tratamientos, de la actividad quirúrgica inajornable, la asistencia a las personas ingresadas, y en el punto 6 se recoge "En los centros de asistencia extrahospitalaria, se garantizara la asistencia urgente durante el horario habitual de cada centro. Este servicio se prestará con un 25% de la plantilla durante el primer día, todo y cuando se garantice con un dispositivo asistencial unipersonal se tendrá que considerar esta situación como mínimo y se prestara con la asistencia normal propia de los servicios especiales y ordinarios y otros dispositivos de atención continuada. A partir del segundo dia de **huelga** se aumentará un tercio de la plantilla".

En tercer lugar, se aporta en la página 60 y 61 del expediente administrativo la agenda de visitas y el detalle de la agenda, constando un total de 19 usuarios en la hoja de trabajo ordinario del servicio de pediatría, y constando en el otro documento que de las 19 visitas, 10 fueron espontaneas, 4 programadas y 5 econsultas, y constando también 2 visitas más que no comparecieron.

En cuarto lugar, se recoge en la sentencia STSJ, Castilla y León, Contencioso, sección 1, del 26 de junio de 2023 ( ROJ: STSJ CL 2780/2023 - ECLI:ES:TSJCL:2023:2780) Sentencia: 757/2023 Recurso: 959/2022 "TERCERO.- Jurisprudencia sobre la motivación y proporcionalidad de los servicios mínimos en el ejercicio del derecho de **huelga** ( art. 28.2 CE ).

### III.1.- Doctrina del Tribunal Constitucional.

Para examinar la controversia planteada en este proceso de derechos fundamentales, debemos partir de lo establecido en el art. 28.2 de la CE, precepto que reconoce " el derecho a la **huelga** de los trabajadores para la defensa de sus intereses. La ley que regule el ejercicio de este derecho establecerá las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad".

Según la jurisprudencia constitucional, " 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", como expresa la STC 45/2016, de 14 de marzo (FJ 3), lo cual plantea, como en el caso objeto de análisis, entre otras, una controversia sobre las exigencias de motivación y proporcionalidad vinculadas al carácter restrictivo que tiene la determinación de los servicios mínimos para el ejercicio del derecho de **huelga**.

La jurisprudencia constitucional sobre esta cuestión se resume en la STC 2/2022, de 24 de enero, en su FJ 3, en los siguientes términos:

" a) La posibilidad establecida en el art. 28.2 CE de que se regulen las garantías precisas para asegurar en caso de **huelga** el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad determina que el derecho **huelga** puede ser limitado cuando su ejercicio sea susceptible de impedir u obstaculizar el funcionamiento de servicios que atienden la garantía o el ejercicio de los derechos fundamentales, las libertades públicas y los bienes constitucionalmente protegidos. La consideración de un servicio como esencial no significa, sin embargo, la supresión del derecho de **huelga** de los trabajadores ocupados en tal servicio, sino la previsión de las garantías precisas para su mantenimiento, lo que implica la prestación de los trabajos necesarios para la cobertura mínima de los derechos, libertades o bienes que el propio servicio satisface, pero sin alcanzar el nivel de rendimiento habitual.

b) La determinación de las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad no puede ponerse en manos de ninguna de las partes implicadas en el conflicto colectivo que supone la **huelga**, sino que debe ser sometida a un tercero imparcial. Su atribución a la autoridad gubernativa es la manera más lógica de cumplir el mandato constitucional, si bien queda limitada por consideraciones materiales -las garantías establecidas no pueden vaciar de contenido el derecho de **huelga** o rebasar la idea de su contenido esencial- y formales -el control jurisdiccional de dichas decisiones sobre el mantenimiento de los servicios esenciales-, de todo lo cual se infiere que su establecimiento debe obedecer a un criterio restrictivo.

c) La decisión de la autoridad gubernativa en la determinación de las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad, en la medida en que implica una limitación en el libre ejercicio de un derecho fundamental, debe ser objeto de motivación tras una ponderación y valoración de los bienes o derechos afectados, del ámbito personal, funcional o territorial de la **huelga**, de la duración y demás características de esta medida de presión y, en fin, de las restantes circunstancias que concurren en su ejercicio y que puedan ser de relevancia para alcanzar el equilibrio más ponderado entre el derecho de **huelga** y los restantes bienes afectados (comunidad afectada, existencia o no de servicios alternativos, etc.).



d) La finalidad de esta exigencia de motivación es la de que los destinatarios conozcan las razones por las cuales su derecho se sacrificó y los intereses a los que se sacrificó y para que, en su momento, los órganos judiciales puedan fiscalizar adecuadamente la corrección constitucional del acto del poder público valorando su razonable ajuste a las circunstancias y la observancia de la regla de la proporcionalidad de los sacrificios.

e) La motivación del acto gubernativo en que se determinan las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad puede responder a criterios de concisión y claridad propios de la actuación administrativa al poner de manifiesto el motivo o fundamento acerca de la esencialidad del servicio, las características de la **huelga** convocada, los bienes que pueden quedar afectados o los trabajos que no pueden sufrir interrupción o cuya prestación debe mantenerse en alguna medida. Sin embargo, el deber de motivación no puede entenderse cumplido con el simple uso de fórmulas genéricas de las cuales no puedan derivarse criterios para enjuiciar la ordenación y proporcionalidad de la restricción que se impone al ejercicio del derecho de **huelga** y el defecto de motivación no puede entenderse subsanado si en un proceso posterior la autoridad gubernativa aporta todos los datos técnicos o jurídicos posibles para apoyar su decisión".

III.2.- Jurisprudencia del Tribunal Supremo. La Sentencia de la Sala 3<sup>a</sup> (Sección 4<sup>a</sup>) del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 2016 (RC 3068/2014; ECLI:ES:TS:2016:2422) 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 la Sala 3<sup>a</sup> (Sección 4<sup>a</sup>) del Tribunal Supremo

de 28 de mayo de 2015 (RC 1148/2014; ECLI:ES:TS:2015:2375) expone la doctrina general sobre la exigencia de motivación de los servicios mínimos, en un caso referido a una **huelga** en el sector sanitario, razonando 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.

La primera de esas exigencias impone señalar los intereses de los afectados por la **huelga** que, por encarnar un derecho fundamental o un interés de urgente atención constitucionalmente tutelado, o por estar así dispuesto en una norma, merecen ser considerados servicios esenciales.



La segunda exigencia, relativa a la ponderación de los intereses en conflicto, se traduce en la debida observancia en dicho juicio del principio de proporcionalidad. Y esta Sala y Sección ha declarado (sentencia de 8 de octubre de 2004 - Recurso de casación 5908/2000 -, entre otras) que, con arreglo al criterio inherente a dicho principio, 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.

Las sentencias de 15 de enero de 2007 (casación 7145/02) y 26 de marzo de 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 (...)".

Doctrina esta última a la que alude también la Sentencia de la Sala 3<sup>a</sup> (Sección 4<sup>a</sup>) del Tribunal Supremo de 17 de enero de 2018 (RC 16/2017; ECLI:ES:TS:2018:79), a propósito de la **huelga** de los controladores aéreos.

Por lo demás, como recordaba la Sentencia de este Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, en su sede de Valladolid, Sección 1<sup>a</sup>, de fecha 4 de noviembre de 2019 (nº de recurso 269/2019; ECLI:ES:TSJCL:2019:4300), "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 aquélла repercuta [STS, Sala 3<sup>a</sup>, Sección 7<sup>a</sup>, 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-]".

Puede citarse también la Sentencia de la Sala 3<sup>a</sup> (Sección 4<sup>a</sup>) del Tribunal Supremo de 18 de enero de 2021 (RC 3083/2019; ECLI:ES:TS:2021:533), que sintetiza la consolidada jurisprudencia sobre la cuestión controvertida, extrayendo, del cuerpo doctrinal examinado, las siguientes conclusiones:

"1º Que ante el ejercicio del derecho de **huelga** los servicios mínimos se predicen de los esenciales identificados con prestaciones vitales o necesarias para la vida en comunidad; esencialidad que se deriva tanto de la actividad en que consisten como por el resultado que con la misma se pretende. Tal juicio sobre la esencialidad del servicio afectado no puede vaciar el contenido esencial del derecho a la **huelga**, haciéndolo impracticable, de ahí que deba seguirse un criterio restrictivo.

2º Que junto a ese juicio sobre la esencialidad del servicio, la llamada "causalización" de la fijación de los servicios mínimos exige razonar -motivar- el alcance de otros dos juicios concurrentes: el de proporcionalidad respecto de los acordados y el de ponderación respecto de los intereses en liza.

3º Que en cuanto al equilibrio ponderado de los intereses en liza -el de los trabajadores y el de los destinatarios de su actividad- deberá valorarse el ámbito personal, territorial y temporal de la **huelga** más la actividad material afectada, identificando el número de trabajadores convocados y los adscritos a los servicios mínimos y cómo se ha llegado a tal ponderación.

4º En cuanto al juicio de proporcionalidad, con los servicios mínimos que se fijen no se trata de garantizar por sistema un nivel de rendimiento habitual de la actividad afectada, de ahí que unos servicios mínimos equivalentes al 100% de la actividad afectada implique vaciar de contenido el ejercicio del derecho de **huelga**; ahora bien, la **huelga** debe perturbar el interés de la comunidad sólo hasta extremos razonables, a lo que se añade que el acto de fijación debe ser neutral e imparcial, luego no puede ser la empresa quien, en la práctica, los fije". (...)

"QUINTO.- Sobre la indemnización solicitada. Estimado el reproche en cuanto a la falta de motivación de los concretos servicios mínimos fijados y su carácter abusivo (o desproporcionado), resta por examinar la cuestión



relativa a la indemnización solicitada por la parte recurrente (6.000 euros), en resarcimiento de los daños morales sufridos como consecuencia de la vulneración del derecho fundamental de **huelga**.

Sobre idéntica cuestión se pronunció la Sentencia de este Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, en su sede de Valladolid, Sección 1<sup>a</sup>, de fecha 21 de diciembre de 2022 (n.<sup>o</sup> de recurso 958/2022; ECLI:ES:TSJCL:2022:5224). Transcribimos a continuación su Fundamento de Derecho Cuarto, en que se analiza la cuestión relativa a la indemnización interesada:

"Sostiene la recurrente que la actuación de la Administración ha dañado seriamente la imagen del Comité de Empresa produciendo un daño moral resarcible al poner en entredicho la propia actuación del comité ante sus representados y ante la administración, trabajadores y sociedad en general, los cuales se ha publicitado una actuación sindical concreta sin que la misma haya tenido su refrendo, se ha privado de la eficacia al ejercicio del derecho de **huelga**, y que concurre además reiteración en la actuación de la Administración que ya ha visto en ocasiones anteriores declarada la nulidad de resoluciones similares.

La demandada se opone a la indemnización reclamada por no ofrecer el recurrente los parámetros que le sirven para reclamar la cantidad de 6.000 euros.

En este sentido debemos reproducir lo declarado por la Sentencia del TS de 7 de julio de 2014 en la que se transcribe la de 12 de mayo del mismo año y en la que se sostiene lo siguiente "La doctrina de esta Sala tiene declarado, a título de ejemplo, en Sentencia de 12 de marzo de 2007 (casación 358/03 ), que:

"El resarcimiento de los perjuicios morales sufridos como consecuencia de la vulneración de un derecho fundamental es una posibilidad contemplada por el ordenamiento jurídico. Entre otros preceptos, en particular, por el citado artículo 15 de la Ley Orgánica 11/1985 que se refiere a la reparación de las consecuencias ilícitas de la lesión del derecho a la libertad sindical en la interpretación que ha recibido por parte de la jurisprudencia. De ello son muestra la Sentencia invocada de la Sala Cuarta y, también, recientemente, entre otras, la Sentencia del Tribunal Constitucional 247/2006, de 24 de julio.

Es verdad que, en este caso, nos hallamos ante un derecho fundamental diferente y que no hay una norma legal que prevea compensaciones a propósito del derecho a la **huelga** en los términos en que lo hace el artículo 15 de la Ley Orgánica 11/1985. No obstante, estos no son obstáculos que impidan seguir el mismo criterio siempre que estemos ante consecuencias ilícitas de la vulneración de un derecho fundamental que, no hay que olvidarlo, no ha sido objeto de desarrollo legislativo y que guarda una estrecha relación con la libertad sindical.

Por tanto, en principio, una pretensión de resarcimiento por perjuicios morales por infracción del derecho a la **huelga** es algo que cabe considerar ajustado al ordenamiento jurídico. Y puede merecer la calificación de consecuencia ilícita de la misma el menoscabo de la capacidad de presión de la **huelga** sobre el empresario que deriva de unos servicios mínimos declarados nulos".

Recuerda la sentencia recurrida la del Tribunal Supremo (Sala Social) de 12 de diciembre de 2007 que señala lo siguiente: " El recurrente solicita una indemnización, que fija en 3000 euros, por los daños morales que le ha originado la vulneración de los derechos de **huelga** y libertad sindical, cometida por la demandada. La lesión de un derecho fundamental determina normalmente la producción de un daño en la medida en que esa lesión se proyecta lógicamente sobre un bien ajeno. De ahí que el artículo 180 de la Ley de Procedimiento Laboral, al regular el contenido en la sentencia estimatoria de la demanda de tutela de un derecho fundamental, establezca que, previa declaración de nulidad radical de la conducta lesiva, se ordenará el cese inmediato de comportamiento antisindical, la reposición de la situación al momento anterior a producirse la lesión "la reparación de las consecuencias derivadas del acto, incluida la indemnización que procediera". En el caso concreto de la lesión del derecho a la libertad sindical, como consecuencia de una lesión más directa al derecho de **huelga** en la vertiente que afecta al sindicato convocante, los daños pueden ser tanto económicos, como morales. Puede haber un daño económico en la medida que la lesión ha podido actuar determinando el fracaso de la **huelga** o provocando una dificultad añadida a ésta con las consecuencias que de ello podrían derivarse para la esfera patrimonial del sindicato. Pero la parte no pide la reparación de daños patrimoniales, sino que, como se ha dicho, se limita a solicitar una indemnización de los morales. Daño moral es aquel que está representado por el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual que en la persona pueden desencadenar ciertas conductas, actividades o, incluso, resultados, tanto si implican una agresión directa a bienes materiales, como al acervo extrapatrimonial de la personalidad ( STS, Sala I, 25-6-1984); daño moral es así el infringido a la dignidad, a la estima moral y cabe en las personas jurídicas ( STS, Sala I, 20-2-2002), habiéndose referido ya a las lesiones al prestigio mercantil de una persona jurídica la sentencia de dicha Sala de 31 de marzo de 1930)".



La sentencia recurrida, con cita de las sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Madrid de 2 de marzo de 2011 , de 18 de julio de 2007 y de la sentencia de la Sala de lo Contencioso- administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Valencia de 21 de febrero de 2011 ,que admiten la indemnización del daño moral causado al sindicato recurrente como consecuencia de la fijación de servicios mínimos abusivos, admite sin embargo que "Es cierto que tanto en la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 2012 (Sala 3ª), como en la de 12 de diciembre de 2007 (Sala Social ), antes citadas, se establece, en pasajes posteriores a los que se han transrito, que los daños no son reconocibles automáticamente, reprochándose en la primera de ellas que la demanda " no contiene indicación alguna al respecto, no describe ni enumera siquiera los conceptos o partidas cuya reparación se pretende a través de la genérica indemnización que solicita, lo que impide el debate contradictorio sobre la existencia y entidad de perjuicios y sobre la cuantificación de la indemnización adecuada para su reparación...no es posible en este caso dar lugar a la pretensión indemnizatoria que se postula por la recurrente, por no haber quedado debidamente especificados los concretos perjuicios sufridos, ni los criterios seguidos para la valoración de la cantidad que se reclama ". Ahora bien, ello será cuestión de examen caso por caso y en ningún supuesto de denegación automática, como deriva de la sentencia del Tribunal Constitucional 247/2006 , que exige el debido análisis y motivación de la denegación, en su caso, de este concepto. De la misma manera, la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 2008 señala que " Ateniéndonos al motivo de casación formulado por el recurrente, que es el objeto de nuestro pronunciamiento, debemos decir que no contiene una verdadera argumentación dirigida a rebatir la fundamentación de la Sentencia en este punto. Es decir, no ofrece razones concretas válidas por las que deba rechazarse. Así, al margen ya de la cuestión de la antijuridicidad, nada dice para rechazar la existencia de daño, ni sobre lo alegado por ASES, ni sobre la trascendencia moral de la lesión del derecho a la **huelga**, ni sobre el vaciamiento de la tutela judicial efectiva en caso de no resarcir que apunta la Sentencia ".

Sin embargo, la sentencia recurrida, sostiene que es procedente que la Sala "avance un paso más, determinando si la frustración del derecho constitucional de **huelga** supone para el sindicato un derecho a la indemnización", teniendo en cuenta que "no se trata sólo de falta de motivación de los servicios mínimos, sino que los establecidos, para los centros de mayores, son claramente excesivos y vaciadores del derecho de **huelga**; por otro lado, estamos ante un caso en el que la reparación del derecho "in natura" resulta imposible, de modo que según las reglas ordinarias procede su sustitución dineraria ( art. 105.2 Ley de la Jurisdicción Contenciosa-administrativa : " Si concurriesen causas de imposibilidad material ...de ejecutar una sentencia...el Juez o Tribunal aprecie la concurrencia o no de dichas causas y adopte las medidas necesarias que aseguren la mayor efectividad de la ejecutoria, fijando en su caso la indemnización que proceda por la parte en que no pueda ser objeto de cumplimiento pleno "; art. 710.2 LEC : " Si...tampoco fuera posible deshacer lo mal hecho, la ejecución procederá para resarcir al ejecutante por los daños y perjuicios que se le hayan causado ").

Reconocido el derecho al restablecimiento de los daños morales, es evidente que acerca de los mismos ha de existir un margen de apreciación del Juzgador en primera instancia que los ha de motivar razonablemente, pero dado su carácter, no puede exigirse una prueba plena de su alcance y entidad, pues no estamos ante un daño emergente o lucro cesante, fácilmente mensurable, sino ante un daño moral.

Como sostiene la sentencia de esta Sala de fecha dos de octubre de 2012(rec. Cas. 3925/2011 )" Lo que a su vez especificamos en la Sentencia de 23-3-2.011 (recurso 2.302/2009 ) al afirmar que: "Sobre esta cuestión es jurisprudencia harto conocida de esta Sala la relativa a la dificultad inherente a la indemnización del daño moral, por todas la sentencia de 6 de julio de 2.010, recurso de casación número 592/2.006 y que expresa que "a cuyo efecto ha de tenerse en cuenta que el resarcimiento del daño moral por su carácter afectivo y de *preium doloris*, carece de módulos objetivos, lo que conduce a valorarlo en una cifra razonable, que como señala la jurisprudencia, siempre tendrá un cierto componente subjetivo (S.S. del T.S. de 20 de julio de 1.996, 26 de abril y 5 de julio de 1.997 y 20 de enero de 1.998, citadas por la de 18 de octubre de 2.000), debiendo ponderarse todas las circunstancias concurrentes en el caso". O, en la de 12 de noviembre de 2.010 ( recurso 5.803/2.008) que mantuvo que: "esa patente infracción produce a quien lo padece un daño moral reparable económicamente ante la privación de su capacidad para decidir, que sin razón alguna le fue sustraída, así Sentencias de 20 y 25 de abril , 9 de mayo y 20 de septiembre de 2.005 y 30 de junio de 2.006 . Es igualmente cierto que esa reparación dada la subjetividad que acompaña siempre a ese daño moral es de difícil valoración por el Tribunal, que debe ponderar la cuantía a fijar de un modo estimativo".

Y es claro que en este caso así sucedió. No en vano la Sala de instancia acordó indemnizar la inexistencia del consentimiento por escrito porque de ese modo se privó al paciente del conocimiento suficiente de la intervención que iba a soportar y de los beneficios que de ella derivarían, pero también de las consecuencias que la misma podría producir en forma de complicaciones posibles, aun realizándose las intervenciones



conforme a la lex artis. Y efectivamente las mismas se produjeron ignorando el paciente el alcance que podrían suponer para su posterior estado de salud".

Por ello, la falta del derecho a la información del paciente constituye en todo caso una mala praxis ad hoc, pero que no da lugar a responsabilidad patrimonial y a la consiguiente indemnización si del acto médico no se deriva daño alguno para el recurrente. Pero en el bien entendido que el deber de indemnizar el daño moral que comporta la falta de consentimiento informado en ningún caso puede ser confundido ni asimilado con la indemnización de los perjuicios derivados del acto quirúrgico, como pretende el recurso en los motivos que por ello desestimamos".

Por ello, habiendo razonado la sentencia la falta de diligencia de la Administración al fijar los servicios mínimos, y la existencia de un desprecio consecuente para el Sindicato recurrente, que se ve obligado a soportar la existencia de estos servicios que la Sala de Instancia considera abusivos, dicho daño moral ha de ser resarcido, y la Sala reduce prudencialmente la indemnización solicitada por este concepto a 1000 euros, teniendo en cuenta la entidad de la violación del derecho fundamental denunciado, por lo que actúa conforme a derecho y el motivo segundo ha de ser desestimado.

Y aplicando la anterior doctrina al supuesto presente en el que los servicios mínimos han sido anulados no solo por falta de motivación sino

también por su desproporcionalidad, con su consiguiente incidencia en la repercusión de la **huelga**, y valorando que ya en ocasiones anteriores han sido anulados por esta Sala la fijación de servicios mínimos por los mismos motivos y en el mismo servicio ( Sentencia de 4 de noviembre de 2019, dictada en el procedimiento de Protección de Derechos Fundamentales nº 269/2019 y sentencia de 21 de enero de 2019 del Procedimiento nº 343/2018 ) estimamos que procede reconocer una indemnización que prudencialmente fijamos en 2.000 euros a favor de la recurrente y en concepto de daño moral.".

En aplicación de la doctrina expuesta al caso concreto, y por evidentes razones de seguridad jurídica e igualdad en la aplicación de la ley, y al no encontrar motivos que justifiquen una decisión distinta, procede dar la misma respuesta en cuanto al reconocimiento de la indemnización solicitada, que prudencialmente fijamos aquí también en 2.000 euros a favor de la recurrente y en concepto de daño moral. También coadyuva a aminorar la cuantía solicitada el que como argumento para que accedamos a ella se haya hecho referencia a la función preventiva que tendría una eventual condena, de manera que ha sido la propia actora quien ha incluido (o al menos así se desprende de su razonamiento) dentro la suma total peticionada de 6.000 euros una suerte de daños punitivos o sancionatorios (" punitive damages", característicos del sistema anglosajón), que tienen difícil encaje en el ordenamiento jurídico español. Por todo lo expuesto, el recurso debe ser sustancialmente estimado."

También se recoge en la sentencia STSJ, Madrid, Contencioso, sección 8, del 06 de marzo de 2023 ( ROJ: STSJ M 3385/2023 - ECLI:ES:TSJM:2023:3385), Sentencia: 276/2023, Recurso: 859/2022 "Así, por ejemplo, en nuestra Sentencia de 15 de marzo de 2018 (DFU 541/2017), dictada en procedimiento especial de igual naturaleza que éste, y luego reiterada en la más reciente de 22 de mayo de 2020, dijimos lo siguiente:

(...) Establecido lo anterior, al estar en presencia de un servicio esencial, resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 10.2 del Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre Relaciones de Trabajo , a cuyo tenor "Cuando la **huelga** se declare en empresas encargadas de la prestación de cualquier género de servicios públicos o de reconocida e inaplazable necesidad y concurren circunstancias de especial gravedad, la autoridad gubernativa podrá acordar las medidas necesarias para asegurar el funcionamiento de los servicios. El Gobierno, asimismo, podrá adoptar a tales fines las medidas de intervención adecuadas".

La constitucionalidad del precepto que se acaba de citar fue examinada por el Tribunal Constitucional en su STC nº 11/1981, de 11 de abril , que decidía así en relación con ello: "... no es inconstitucional el párrafo 2º del art. 10 que atribuye a la autoridad gubernativa la potestad de dictar las medidas necesarias para determinar el mantenimiento de los servicios esenciales a la Comunidad, en cuanto que el ejercicio de esa potestad está sometido a la jurisdicción de los Tribunales de Justicia y al recurso de amparo ante este Tribunal".

Ya en ocasiones anteriores, y en contemplación de la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional, esta Sala ha tenido ocasión de pronunciarse respecto a los perfiles de la potestad administrativa relativa a la fijación de los servicios mínimos en el caso de **huelga** que afecta a los servicios esenciales. Y al igual que en aquellas otras sentencias, podemos ahora recordar dicha doctrina constitucional sintetizada, sobre la base de lo resuelto por



el Tribunal Constitucional, entre otras, en sus SSTC núm. 11/1981 , 26/1981 , 51/1986 y 27/1989 , en la STC núm. 43/1990, de 15 de marzo , que se pronuncia en los siguientes términos:

- "a) Los límites del derecho de **huelga** no son sólo los derivados directamente de su acomodación con el ejercicio de otros derechos reconocidos y declarados igualmente por la Constitución, sino que también pueden consistir en otros bienes constitucionalmente protegidos. Los límites del derecho de **huelga** derivan, pues, no sólo de su posible conexión con otros derechos constitucionales, sino también con otros bienes constitucionalmente tutelados ( STC 11/1981 , FFJJ 7.º y 9.º)
- b) El art. 28.2 CE, al hacer referencia a las garantías precisas para asegurar en caso de **huelga** el mantenimiento de los servicios esenciales para la comunidad, tiene el significado de expresar que el derecho de los trabajadores de defender y promover sus intereses mediante dicho instrumento de presión cede cuando con ello se ocasiona o se pueda ocasionar un mal más grave que el que los huelguistas sufren. En la medida en que la destinataria y acreedora de aquellos servicios esenciales es la comunidad entera y los servicios son al mismo tiempo esenciales para ella. La **huelga** no puede imponer el sacrificio de los intereses de los destinatarios de los mismos; "el derecho de la comunidad a estas prestaciones vitales es prioritario respecto del derecho de **huelga**" ( STC 11/1981 , F.J. 18).
- c) Antes que a determinadas actividades industriales y mercantiles de las que derivarían prestaciones vitales y necesarias para la vida de la comunidad, la noción de servicios esenciales hace referencia a la naturaleza de los intereses a cuya satisfacción la prestación se endereza, conectándose con los derechos fundamentales, las libertades públicas y los bienes constitucionalmente protegidos. Esta última óptica, que pone el acento en los bienes e intereses de la persona, y no la primera, que se mantiene en la superficie de la necesidad de las organizaciones dedicadas a llevar a cabo las actividades, es la que mejor concuerda con los principios que inspira nuestra Constitución ( STC 26/1981, F.J. 10). Con la consecuencia de que, a priori, no existe ningún tipo de actividad productiva que, en sí misma, pueda ser considerada como esencial ( STC 51/1986, F.J. 2º). Sólo lo será en aquellos casos en que la satisfacción de los mencionados bienes e intereses exija el mantenimiento del servicio, y en la medida y con la intensidad en que lo exija, puesto que los servicios esenciales no quedan lesionados o puestos en peligro por cualquier situación de **huelga**, siendo necesario examinar en cada caso las circunstancias concurrentes en la misma ( SSTC 26/1981, F.J. 10 ; 51/1986 , F.J. 2º).
- d) 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-, duración prevista y 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 ( SSTC 26/1981,FFJJ 10 y 15; 53/1986, F.J. 3.º).
- e) En las **huelgas** que se produzcan en servicios esenciales de la comunidad debe existir "una razonable proporción" entre los sacrificios que se impongan a los huelguistas y los que padeczan los usuarios de aquéllos ( STC 26/1981, F.J. 15). Si es cierto que las medidas han de encaminarse a "garantizar mínimos indispensables" para el mantenimiento de los servicios ( STC 33/1981, F.J. 4.º), en tanto que dicho mantenimiento no puede significar en principio el funcionamiento normal del servicio ( SSTC 51/1986, F.J. 5.º; 53/1986 , F.J. 3.º), el interés de la comunidad debe ser perturbado por la **huelga** sólo hasta extremos razonables ( STC 51/1986 , F.J. 5.º). Y si la **huelga** ha de mantener una capacidad de presión suficiente como para lograr sus objetivos frente a la Empresa, en principio destinataria del conflicto, no debe serle añadida a la misma "la presión adicional del daño innecesario que sufre la propia comunidad" ( STC 51/1986 , F.J. 5."), aumentando así a la que se ejerce sobre el empresario la que se realiza sobre los usuarios de las prestaciones de servicios públicos ( STC 11/1981 , F.J. 18).
- f) Finalmente, por lo que hace a la motivación y fundamentación de la decisión de imponer el mantenimiento de los servicios esenciales para la comunidad, este Tribunal ha establecido reiteradamente que el acto por el cual se determina dicho mantenimiento ha de estar adecuadamente motivado y que, cuando se produce una restricción de derechos fundamentales constitucionalmente garantizados, "la autoridad que realiza el acto debe estar en todo momento en condiciones de ofrecer la justificación" ( STC 26/1981 , F.J. 16). En orden a la limitación de un derecho fundamental, el acto limitativo requiere una especial justificación con objeto de que "los destinatarios conozcan las razones por las cuales su derecho se sacrificó y los intereses a los que se sacrificó" ( STC 26/1981 , F.J. 14) y de que, en su caso, puedan defenderse ante los órganos judiciales ( STC 27/1989 , F.J. 4.º). Recae, pues, sobre la autoridad gubernativa la obligación de motivar las razones que justifican, en una concreta situación de **huelga** la adopción de la decisión de mantener el funcionamiento de un servicio esencial para la comunidad. Correspondiéndole también probar a ella que los actos de restricción



del derecho tienen plena justificación, no siendo de aplicación aquí las reglas generales sobre distribución de la carga de la prueba (*ibidem*). Quiere ello decir que la motivación de la decisión de la autoridad gubernativa requiere que en la misma figuren "los factores o criterios cuya ponderación ha conducido a determinar cuáles son los servicios mínimos", 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 los servicios mínimos acordados, y a la valoración de su carácter esencial"; en definitiva han de explicitarse, siquiera sea sucintamente, "los criterios seguidos para fijar el nivel de tales servicios, de forma que por los Tribunales, en su caso, y en su momento, se pueda fiscalizar la adecuación de las medidas adoptadas" ( STC 53/1986 , FFJJ 6.<sup>º</sup> y 7.<sup>º</sup>; también STC 26/1981 , FFJJ 14 y 15; STC 51/1986 , F.J. 4.<sup>º</sup>; STC 27/1989 , FFJJ 4.<sup>º</sup> y 5.<sup>º</sup>). Si ha de diferenciarse entre la motivación expresa del acto, "que puede responder a criterios de concisión y claridad propios de la actuación administrativa", y las razones que en un eventual y posterior proceso se pueden alegar para justificar la decisión tomada, ello no implica que la justificación *ex post* libere de la obligación de motivar el acto desde que éste se realiza ( STC 53/1986 , F.J. 6.<sup>º</sup>), pues la falta de motivación impide, precisamente, la justa valoración y el control material o de fondo de la medida ( STC 27/1989 , F.J. 5.<sup>º</sup>). En definitiva, la decisión de la autoridad gubernativa ha de ofrecer o poner de manifiesto motivo o fundamento acerca de la esencialidad del servicio, las características de la **huelga** convocada, los bienes que pueden quedar afectados o los trabajos que no pueden sufrir interrupción o cuya prestación debe mantenerse en alguna medida ( STC 27/1989 , F.J. 4.<sup>º</sup>), sin que sean suficientes indicaciones genéricas, que puedan predicarse de cualquier conflicto, en cualquier actividad, y de las cuales no puedan derivarse criterios para enjuiciar la ordenación y proporcionalidad de la restricción que al ejercicio del derecho de **huelga** se impone ( SSTC 51/1986 , F.J. 4.<sup>º</sup>; 53/1986 , F.J. 6.<sup>º</sup>).

Pues bien, más arriba ya dejamos expuesto el contenido de la Orden recurrida por lo que ahora nos limitaremos a recordar que la misma diferenciaba dos tipos de servicios mínimos dependiendo de si la **huelga** afecta a la jornada ordinaria de trabajo (fijándose aquéllos en un 50% del personal facultativo que, conforme a la planificación establecida, tenga la obligación de prestar servicios cada uno de los días de **huelga**) pero haciendo una especial previsión en su prestación (100%) para dicho personal cuando preste servicios en las Unidades que se consideran críticas y urgentes, calificándose así, entre ellas y por las razones que se exponen en cada caso, a las de "Diálisis, Urgencias, Reanimación, Cuidados Críticos; hospitalización, quirófanos, hospital de día de oncología y SIDA, Farmacia, extracción y trasplante de órganos, laboratorio, radioterapia, hemodinámica, etc.

Junto a las causas por las que se seleccionan, para fijar un 100% de los servicios mínimos en estas Unidades y en el resto de las mencionadas en la Orden recurrida, además de las razones expuestas para cada uno de ellos, podemos observar cómo en el apartado IV de la propia disposición se recoge lo siguiente, que complementa, la motivación particularizada ya reseñada: "... teniendo en cuenta que en la fijación de servicios mínimos debe existir una proporcionalidad y equilibrio entre, por una parte, la protección del interés de la comunidad y la de los usuarios del servicio que con dichos mínimos se pretende salvaguardar y, por otra, la del derecho de los trabajadores a ejercitar el derecho constitucional de **huelga**, en la fijación de los presentes servicios mínimos se ha tenido en cuenta la extensión territorial, la extensión personal y la duración prevista, así como la necesidad de garantizar la atención sanitaria de la población, toda vez que la ausencia, interrupción o discontinuidad en la prestación de este servicio esencial para la Comunidad, podría repercutir gravemente en el estado de salud de los ciudadanos y afectar gravemente a la prestación del servicio de asistencia sanitaria que se realiza en los mismos.

En la fijación de los servicios mínimos en la **huelga** convocada por la organización sindical AMYTS, se ha tenido en cuenta el carácter indefinido de la misma, y la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

En los Centros Hospitalarios se establecen unos servicios mínimos del 50 % del personal facultativo que tenga que prestar servicios en los días de **huelga**; no obstante, a fin de garantizar la plena asistencia sanitaria a pacientes afectados por COVID-19 y otras patologías graves o muy graves, se establecen en ciertas unidades críticas o urgentes el 100% de los servicios mínimos, a fin de garantizar la asistencia sanitaria a pacientes afectados por determinadas patologías críticas o especialmente graves, e incluso de riesgo vital, que de no realizarse podría afectar negativamente a la vida de las personas".

En consideración de todo lo hasta aquí expuesto, la Sala valora la motivación dada por la Administración demandada en la Orden recurrida, diferenciando dos porcentajes de servicios mínimos a cumplir por la organización convocante, según se trate de jornadas ordinarias o complementarias de trabajo, dependiendo de la naturaleza, urgente e inaplazable, de los servicios prestados por las Unidades incluidas entre los mínimos



a prestar, existiendo una justificación que, desde la perspectiva del canon constitucional exigible, resulta suficientemente expresiva y armonizadora, al tiempo, de los intereses perseguidos con el ejercicio del derecho de **huelga** y con las exigencias legales y jurisprudenciales sentadas para que dicho ejercicio sea recto y cabal.

Finalmente, el examen de la Orden impugnada desde la perspectiva de la proporcionalidad, conduce al rechazo de motivo en que la actora mantuvo el desajuste con dicho principio de los servicios mínimos fijados.

Vinculada la proporcionalidad a la motivación ya examinada, la Sala entiende que la fijación de los porcentajes concretos de los que aquí se trata resultan ajustada a aquel principio ya que se garantiza con ellos la prestación de los servicios esenciales que no admiten dilación sin compromiso grave para la vida y/o la salud de los usuarios si se hubieran fijado en un porcentaje inferior, llegando con ello a difuminar, si no eliminar, su carácter esencial.

En consecuencia, por lo hasta aquí expuesto y razonado, procede desestimar el presente recurso."

Por último se recoge en la sentencia STSJ, Valencia, Social, sección 1, del 17 de enero de 2018 ( ROJ: STSJ CV 315/2018 - ECLI:ES:TSJCV:2018:315), Sentencia: 123/2018 Recurso: 3537/2017, Pero, como decimos, esta no es la cuestión que está en la base de este procedimiento, en el que hay una **huelga** convocada por los trabajadores -por tanto no se trata de causas que les sean ajenas- y una resolución de la autoridad laboral fijando unos servicios mínimos. En efecto, ante la convocatoria de **huelga** y dado que esta afectaba a la empresa adjudicataria del servicio de transporte urbano de la ciudad de Alicante, la Consellería de Economía Sostenible de la Generalitat Valenciana fijó unos servicios mínimos del 30% -porcentaje que estaba previsto que se incrementara en determinadas fechas-. En cumplimiento de esta resolución, la empresa estableció el horario en el que se debía prestar el servicio nocturno de transporte entre las 23:30 horas y las 2:15 horas y procedió a descontar el 70% de las retribuciones a los trabajadores que secundando la **huelga** realizaron esa jornada de trabajo. 2. Siendo estos los hechos hemos de concluir, con la sentencia recurrida, que la actuación empresarial no merece ningún reproche jurídico. Por un lado, no cabe duda que la empresa tiene una amplia libertad para organizar como tenga por conveniente su actividad empresarial, siempre dentro de la legalidad y del respeto de los derechos de los trabajadores y, en particular, del derecho fundamental a la **huelga** (ex art. 28 CE). Por tanto, entre las diversas fórmulas posibles que tenía para aplicar la resolución de servicios mínimos, eligió la que a su entender producía un perjuicio menor a los usuarios fijando el horario del transporte entre las 23:30 horas y las 2:15 horas. Y, por otro lado, es evidente que esos servicios mínimos solo estaban fijados para los trabajadores que quisieran secundar la **huelga**, de modo que quienes no lo hicieran podían seguir prestando el trabajo en el horario normal entre las 23:00 horas y las 7:15 horas. Lo que carece de cobertura legal es la pretensión del comité de empresa de imponer a la empresa una forma de organizar su actividad por el mero hecho de que sea más beneficiosa para sus intereses, cuando aquella ha actuado dentro de sus facultades organizativas y respetando el derecho de **huelga**. 3. A partir de estas consideraciones, parece razonable que si en virtud del decreto de servicios mínimos la jornada de trabajo se redujo al 30%, la retribución de los trabajadores que realizaron esa jornada debía sufrir la misma reducción proporcional. Por lo que procede desestimar el recurso y confirmar el pronunciamiento de la resolución recurrida".

En conclusión, atendiendo a todo lo expuesto, no siendo objeto del presente recurso la Orden EMT/2023 por la que se garantiza el servicio esencial en todos los centros y empresas sanitarias, socio sanitarias, residenciales y asistenciales tanto públicas como privadas de Cataluña, sino que siendo objeto del presente procedimiento dilucidar si existió una vía de hecho por parte de la administración en la actuación consistente en imponer al recurrente la realización de la agenda ordinaria estando de servicios mínimos, y habiendo manifestado que ejercía su derecho a la **huelga**, se deduce de la jurisprudencia anterior y de la documental aportada, que la realización por parte del recurrente el día 25 de enero de 2023 de las 19 visitas de la hoja de trabajo diario vulneró su derecho a la **huelga**, al observarse que el recurrente tuvo que realizar el mismo trabajo que cualquier otro día, al realizar tanto las visitas espontáneas o econsultas, como las visitas programadas, no habiendo quedado acreditado por parte de la administración, que es a quien le correspondía la carga de la prueba, que dichas visitas se encontraban dentro de los servicios mínimos acordados en la Orden y que se cumplía con el correspondiente porcentaje, al no haber practicado prueba en dicho sentido, por lo que, se deduce de lo expuesto, que no concurre la proporcionalidad entre el ejercicio del derecho de **huelga** y el cumplimiento de unos servicios mínimos que conllevaron en este supuesto a la realización por parte del recurrente de la totalidad de la agenda ordinaria.



Por último, y habiéndose constatado la vulneración de un derecho fundamental, procede pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización

solicitada, y en concreto sobre el importe solicitado de 7.501 euros.

Se recoge en la STS, Social, sección 1, del 19 de diciembre de 2017 ( ROJ: STS 4806/2017 - ECLI:ES:TS:2017:4806), Sentencia: 1025/2017, Recurso: 624/2016 "TERCERO.- 1.- El examen de la cuestión de fondo nos lleva a confirmar la decisión recurrida, habida cuenta de la evolución que nuestra doctrina ha tenido en la materia de que tratamos -indemnización por daño moral en la infracción de derechos fundamentales- y que ha comportado el abandono del criterio que representa la decisión de contraste, para situarnos en la doctrina aplicada por la sentencia recurrida, tal como ha quedado expuesto en multitud de resoluciones (así, sirvan de ejemplo las SSTS 02/02/15 -rco 279/13 -; 05/02/15 -rco 77/14 -; 13/07/15 -rco 221/14 -; 18/05/16 -rco 37/15 -; 02/11/16 -rco 262/15 -; 26/04/16 -rco 113/15 -; 18/05/16 -rco 150/15 -; 24/01/17 -rcud 1902/15 -; y 05/10/17 -rcud 2497/15 -), y cuyo criterio seguiremos a continuación, reproduciendo párrafos de la STS 02/02/15 [rco 279/13 ].

2.- Ha de reconocerse que la doctrina de la Sala en orden a la cuestión de que tratamos -indemnización por vulneración de derechos fundamentales- no ha tenido la uniformidad que sería deseable, pasando de una inicial fase de concesión automática en la que se entendió procedente la condena al pago de la indemnización por los daños morales causados, sin necesidad de que se acredite un específico perjuicio, dado que éste se presume (así, SSTS 09/06/93 -rcud 3856/92 -; y 08/05/95 -rco 1319/94 -), a una posterior exigencia de bases y elementos clave de la indemnización reclamada que justifiquen suficientemente la misma y que estén acreditados indicios o puntos de apoyo suficientes en los que se pueda asentar la condena [ SSTS 22/07/96 -rco 7880/95 -; ... 11/06/12 -rcud 3336/11 -; y 15/04/13 -rcud 1114/12 -].

ero en los últimos tiempos esta doctrina de la Sala también ha sido modificada, en primer lugar atendiendo al criterio aperturista que actualmente informa el resarcimiento del daño moral [incluso se recomienda su aplicación en el ámbito de los incumplimientos contractuales por los PETL y por UNIDROIT: STS I 15/06/10 -rec. 804/06 -], y por la consideración acerca de la «inexistencia de parámetros que permitan con precisión traducir en términos económicos el sufrimiento en que tal daño [moral] esencialmente consiste ... [lo que] lleva, por una parte, a un mayor margen de discrecionalidad en la valoración ... y, por otra parte, "diluye en cierta medida la relevancia para el cálculo del quantum indemnizatorio" de la aplicación de parámetros objetivos, pues "los sufrimientos, padecimientos o menoscabos experimentados "no tienen directa o secuencialmente una traducción económica" [ SSTS/I<sup>a</sup> 27/07/06 Ar. 6548 ; y 28/02/08 -rec. 110/01 -]» [ SSTS 21/09/09 -rcud 2738/08 -; y 11/06/12 -rcud 3336/11 -]. Y sobre todo, en atención a la nueva regulación que se ha producido en la materia tras el art. 179.3 LRJS , precepto para el que la exigible identificación de «circunstancias relevantes para la determinación de la indemnización solicitada» ha de excepcionarse -éste es el caso de autos- «en el caso de los daños morales unidos a la vulneración del derecho fundamental cuando resulte difícil su estimación detallada»

Criterios a los que ciertamente se adelantaba la Sala al afirmar que «dada la índole del daño moral, existen algunos daños de este carácter cuya existencia se pone de manifiesto a través de la mera acreditación de la lesión... lo que suele suceder, por ejemplo, con las lesiones del derecho al honor o con determinadas conductas antisindicales ...» ( SSTS 12/12/07 -rco 25/07 -; y 18/07/12 -rco 126/11 -).

3.- Añadamos a tales afirmaciones las llevadas a cabo -entre otras- en la STS 13/07/15 [rco 221/14], respecto de que «... al referirse a las indemnizaciones a fijar como consecuencia de la vulneración de un derecho fundamental, su art. 183.3 señala que «[e]l tribunal se pronunciará sobre la cuantía del daño, determinándolo prudencialmente cuando la prueba de su importe exacto resulte demasiado difícil o costosa, para resarcir suficientemente a la víctima ..., así como para contribuir a la finalidad de prevenir el daño». Con ello es claro que el precepto viene a atribuir a la indemnización -por atentar contra derechos fundamentales- no sólo una función resarcitoria [la utópica restitutio in integrum ], sino también la de prevención general». Y que «... la utilización del criterio orientador de las sanciones pecuniarias previstas por la LISOS para las infracciones producidas en el caso ha sido admitido por la jurisprudencia constitucional [ STC 247/2006, de 24/ Julio ], a la par que considerado idóneo y razonable en precedentes decisiones de esta Sala (SSTS 15/02/12 -rco. 67011-; 08/07/14 -rco 282/13 -; y 02/02/15 -rco 279/13 -). De esta forma, la más reciente doctrina de la Sala se ha alejado más -en la línea pretendida por la ya referida LRJS- del objetivo propiamente resarcitorio, para situarse en un plano que no descuida el aspecto preventivo que ha de corresponder a la indemnización en casos como el presente».



Se recoge en la sentencia del STSJ, Social sección 1 del 27 de julio de 2023 ( ROJ: STSJ ICAN 2290/2023 - ECLI:ES:TSJICAN:2023:2290), Sentencia: 1143/2023, Recurso: 355/2023 " Sentencias sobradamente conocidas como la del Tribunal Supremo de 5 de octubre de 2.017 (rcud. 2497/2015 ) recuerdan que « Las SSTS 17 diciembre 2013 (rco 109/2012 ), 8 julio 2014 (rco 282/2013 ), 2 febrero 2015 (rco 279/2013 ), 26 abril 2016 -rco 113/2015 - o 649/2016 de 12 julio ( rec. 361/2014 ), entre otras, exponen lo siguiente acerca de la indemnización por daño moral cuando existe vulneración de derecho fundamental ( arts. 179.3 , 182.1.d , 183.1 y 2 LRJS ): [...] de donde es dable deducir que los daños morales resultan indisolublemente unidos a la vulneración del derecho fundamental y que tratándose de daños morales cuando resulte difícil su estimación detallada deberán flexibilizarse, en lo necesario, las exigencias normales para la determinación de la indemnización; [...] Cuando la sentencia declare la existencia de vulneración, el juez deberá pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización que, en su caso, le corresponda a la parte demandante por haber sufrido discriminación u otra lesión de sus derechos fundamentales y libertades públicas, en función tanto del daño moral unido a la vulneración del derecho fundamental, como de los daños y perjuicios adicionales derivados " ( art. 183.1 LRJS ), se reiteran los principios del deber judicial de pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización, así como de la esencial vinculación del daño moral con la vulneración del derecho fundamental; [...] respecto al daño, sobre cuyo importe debe pronunciarse necesariamente el Tribunal, se atribuye a éste, tratándose especialmente de daños morales ("cuando la prueba de su importe exacto resulte demasiado difícil o costosa" y arg. ex art. 179.3 LRJS ), la facultad de determinándolo prudencialmente, así como, con respecto a cualquier tipo de daños derivados de vulneraciones de derechos fundamentales o libertades públicas, se preceptúa que el importe indemnizatorio que se fije judicialmente debe ser suficiente no solo para la reparación íntegra, sino, además "para contribuir a la finalidad de prevenir el daño", es decir, fijando expresamente los principios de suficiencia y de prevención ».

Descartada, como decimos, la naturaleza facultativa de la reparación una vez constatada la discriminación, no menos importante es la cuantificación de la reparación del daño moral que el citado artículo 27 además presume. En la jurisprudencia y con vocación de aplicación a todos los supuestos de vulneración de derechos fundamentales, la citada Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de octubre de 2.017 (rcud. 2497/2015 ) ofrecía como pautas de aplicación al caso de " fijar la cuantía de la indemnización en función tanto del daño moral unido a la vulneración del derecho fundamental, como de los daños y perjuicios adicionales derivados (arg. ex art. 183.1 LRJS ) " y señala que « Concretada en este caso la pretensión indemnizatoria de la parte demandante a la reparación del daño moral, al no haberse acreditado perjuicios materiales concretos, para cumplir con el deber de cuantificar el daño, puede determinarse prudencialmente cuando, como acontece como regla tratándose de daños morales, la prueba de su importe exacto resulte demasiado difícil o costosa, flexibilizando, en lo necesario, las exigencias normales para la determinación de la indemnización, y debiendo ser la indemnización fijada suficiente para resarcir a la víctima y para restablecer a ésta, en la medida de lo posible, en la integridad de su situación anterior a la lesión, así como para contribuir a la finalidad de prevenir el daño (arg. ex arts. 179.3 y 183.2 LRJS ). [...] el acudimiento a la LISOS actúa como parámetro orientador, pero ello no significa que haya que examinar el asunto desde la misma óptica que cuando se está imponiendo una sanción administrativa (legalidad, tipicidad, non bis in idem, etc.). Aquí se parte de que ha existido vulneración de derechos fundamentales y de que se debe fijar la indemnización asociada a ello. Tanto los propios hechos probados, expuestos más arriba, cuando la explicación que da la sentencia de instancia ponen de relieve que estamos ante una conducta empresarial grave [...] En esas condiciones, que se acuda a las sanciones previstas para infracciones empresariales muy graves parece lógica. Además, el artículo 8.2 LISOS considera infracción muy grave [...] ».

La jurisprudencia unificada ha proseguido ahondando en la cuestión de la cuantificación, como expone la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de abril de 2.022 (rcud. 2391/2019 ): « 1.- Por otro lado, como recientemente han recordado nuestras SSTS de 22 de febrero de 2022, Rcd. 4322/2019 y de 9 de marzo de 2022, Rcd. 2269/2019 , la STS de 5 de octubre de 2017, Rcd. 2497/2015 contiene un resumen de la doctrina actual de la Sala en la materia, con cita de sentencias anteriores de la Sala en las que hemos dicho que los daños morales resultan indisolublemente unidos a la vulneración del derecho fundamental, y al ser especialmente difícil su estimación detallada, deben flexibilizarse las exigencias normales para la determinación de la indemnización. Reiterando esa doctrina, la indemnización de daños morales abre la vía a la posibilidad de que sea el órgano judicial el que establezca prudencialmente su cuantía, sin que pueda exigirse al reclamante la aportación de bases más exactas y precisas para su determinación, en tanto que en esta materia se produce la "inexistencia de parámetros que permitan con precisión traducir en términos económicos el sufrimiento en que tal daño [moral] esencialmente consiste ... [lo que] lleva, por una parte, a un mayor margen de discrecionalidad en la valoración ... y, por otra parte, "diluye en cierta medida la relevancia para el cálculo del quantum indemnizatorio" de la aplicación de parámetros objetivos, pues "los sufrimientos, padecimientos o menoscabos experimentados "no tienen directa o secuencialmente una traducción económica" [ SSTS/I<sup>a</sup>



27/07/06 Ar. 6548; y SSTS/4ª 28/02/08 -rec. 110/01 -]" ( SSTS 21/09/09 -rcud 2738/08 -; y 11/06/12 -rcud 3336/11 ), de tal forma que "en atención a la nueva regulación que se ha producido en la materia tras la LRJS se considera que la exigible identificación de "circunstancias relevantes para la determinación de la indemnización solicitada" ha de excepcionarse en el caso de los daños morales unidos a la vulneración del derecho fundamental cuando resulte difícil su estimación detallada".

2.- Igualmente, hemos afirmado que la utilización del criterio orientador de las sanciones pecuniarias previstas por la Ley de infracciones y sanciones del orden para las infracciones producidas en el caso, ha sido ha sido admitido por la jurisprudencia constitucional ( STC 247/2006, de 24 de julio), a la par que considerado idóneo y razonable en precedentes decisiones de esta Sala (SSTS de 15 de febrero de 2012, Rcud. 6701 ; de 8 de julio de 2014, Rec. 282/13 ; de 2 de febrero de 2015, Rec. 279/13 ; de 19 de diciembre de 2017, Rcud. 624/2016 y de 13 de diciembre de 2018 ; entre muchas otras). Con la utilización de los elementos que ofrece la cuantificación de las sanciones de la LISOS, no estamos haciendo una aplicación sistemática y directa de la misma, sino que nos ceñimos a la razonabilidad que algunas de esas cifras ofrecen para la solución del caso, atendida a la gravedad de la vulneración del derecho fundamental. De esta forma, la más reciente doctrina de la Sala se ha alejado más -en la línea pretendida por la ya referida LRJS- del objetivo propiamente resarcitorio, para situarse en un plano que no descuida el aspecto preventivo que ha de corresponder a la indemnización en casos como el presente.

3.- Sin embargo, en multitud de ocasiones el recurso a la utilización de los elementos que ofrece la cuantificación de las sanciones de la LISOS no resulta, por sí mismo, suficiente para cumplir con relativa precisión la doble función de resarcir el daño y de servir de elemento disuasorio para impedir futuras vulneraciones del derecho fundamental. Ello es debido a que la horquilla de la cuantificación de las sanciones en la Lisos para un mismo tipo de falta (leve, grave, muy grave) resulta ser excesivamente amplia. Piénsese que, en estos momentos, la sanción por la comisión de una falta muy grave en materia laboral puede fijarse entre 7.501 euros y 225.018 euros, según el artículo 40 LISOS ; y, al tiempo de producirse los hechos la horquilla de dichas sanciones estaba entre 6.251 euros y 187.515 euros. Por ello, el recurso a las sanciones de la LISOS debe ir acompañado de una valoración de las circunstancias concurrentes en el caso concreto. Aspectos tales como la antigüedad del trabajador en la empresa, la persistencia temporal de la vulneración del derecho fundamental, la intensidad del quebrantamiento del derecho, las consecuencias que se provoquen en la situación personal o social del trabajador o del sujeto titular del derecho infringido, la posible reincidencia en conductas vulneradoras, el carácter plurifensivo de la lesión, el contexto en el que se haya podido producir la conducta o una actitud tendente a impedir la defensa y protección del derecho transgredido, entre otros que puedan valorarse atendidas las circunstancias de cada caso, deben constituir elementos a tener en cuenta en orden a la cuantificación de la indemnización ».

Aunque el recurso a la LISOS no se rechace, pues en función de las circunstancias concurrentes las cantidades fijadas para la sanción de la infracción pueda considerarse proporcionadas y adecuadas para reparar el daño causado, se impone en todo caso la valoración de aquéllas. Las circunstancias que nos ofrece el recurrente son relevantes. La antigüedad del trabajador no alcanzaba el año; la empresa contrató a un trabajador que ya había sido declarado en situación de incapacidad permanente para otra profesión, actitud que se ha de refutar como positiva y proactiva al empleo de un colectivo con dificultades de acceso al mercado laboral; el proceso de incapacidad temporal iniciado se estimó por el facultativo como de corta duración; y hasta el momento de la entrada en vigor de la Ley 15/2022 la enfermedad como tal, sin el plus de asimilación a discapacidad, no era considerada como factor de discriminación.

Entendemos que tales circunstancia deben valorarse a efectos de modular el importe indemnizatorio, considerando como adecuado, suficiente y proporcionado atender al periodo temporal que restaba para el vencimiento de la contratación temporal conforme al módulo del salario diario declarado probado, resultando una suma de 2.853,20 euros, cantidad que ha de ser la reconocida, con estimación parcial del recurso."

Se recoge en la sentencia STS, Social sección 1 del 06 de junio de 2023 ( ROJ: STS 2457/2023 - ECLI:ES:TS:2023:2457) Sentencia: 397/2023, Recurso: 4538/2019 "Así, admitido como válido el baremo de la LISOS para fijar la indemnización debida por daño moral a la actora, -como razona la sentencia de instancia-, que es el importe de la multa del grado mínimo señalada para las infracciones muy graves ( art. 40.1.c) de la LISOS), y entendiéndose comprendida la presente en la muy grave prevista en el art. 8.12 de la misma Ley, cuyo importe va de 6.251 a 25.000 euros, que se fija en el importe mínimo de 6.251 euros, esta cuantía ha de aceptarse como válida, sin que sea aceptable rebajar el importe por debajo del referido baremo, indiscutiblemente aceptado por las partes."



Por lo que, atendiendo a la jurisprudencia anterior en la que se recoge que toda vulneración de un derecho fundamental lleva consigo la indemnización del daño moral, atendiendo a que debe fijarse en la presente resolución la cuantía a la que asciende el mismo, habiendo sido admitido como válido el baremo de la LISOS para fijar dicha indemnización debida por daño moral, atendiendo a que ha de valorarse en el caso concreto las circunstancias concurrentes, constatándose que la vulneración de un derecho fundamental esta tipificado como infracción grave en el artículo 8.10 y se le impone como sanción mínima el importe de 7.501 euros en el artículo 40.1.c), no habiendo aportado la parte recurrente los aspectos como la antigüedad del trabajador, las consecuencias que provocaron en el trabajador la infracción denunciada a los efectos de su valoración para determinar el importe concreto de la horquilla, de todo lo expuesto, se concluye que procede la fijación del importe de 7.501 euros como indemnización del daño moral, al ser el mínimo legal previsto en supuestos de infracción grave en la vulneración del derecho fundamental.

Por todo lo expuesto, procede estimar el recurso contencioso administrativo y declarar la nulidad de la actuación realizada por la administración consistente en la imposición de las visitas relacionadas en el expediente administrativo al no haber acreditado la administración, que es a quien le correspondía la carga de la prueba, que dichas visitas se encontraban dentro de los servicios mínimos acordados en la Orden y que se cumplía con el correspondiente porcentaje, al no haber practicado prueba en dicho sentido, y en consecuencia procede que la parte demandada indemnice a la parte recurrente en el importe de 7.501 euros en concepto de reparación del daño moral ocasionado".

En cuanto a las costas procesales, se expresa en el último fundamento de derecho de la sentencia:

"TERCERO. Costas. Atendido el art. 139 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa procede imposición de costas, condenando a la parte demandada al pago hasta el límite de 300 euros".

## **2.- Sobre las pretensiones y los motivos de las partes en esta alzada, también las alegaciones del Ministerio Fiscal.**

### **2.1.- La parte apelante demandada.**

La parte apelante demandada, **Institut Català de la Salut**, interesa de la Sala que en relación con el recurso de apelación "interposat contra la Sentència de 4 d'octubre de 2023", "dicti sentència que revoqui la sentència de primera instància, accordant la no vulneració del dret fonamental de vaga". Lo que viene fundamentado en los motivos del recurso de apelación que ordena y desarrolla como sigue. 1. La sentencia reduce la cuestión litigiosa al número de actuaciones llevadas a cabo el día 25 de enero de 2023 y desconoce que la controversia reside en los límites de un derecho fundamental, que exige una valoración de la proporcionalidad del contenido de los servicios mínimos con otros derechos fundamentales protegidos, como son en este caso el derecho a la vida y a la integridad física, también el derecho a la protección de la salud. No ha valorado la sentencia que en el mantenimiento de las 19 actuaciones de la parte actora en un servicio unipersonal de pediatría, pueden verse afectados derechos fundamentales e intereses jurídicamente protegidos. Tampoco se tiene en cuenta que las visitas ordinarias fueron 4 de las 19, siendo la mayoría de las actuaciones por "consultas espontáneas" fuera de cualquier programación, que fueron atendidas ante la inmediatez de la solicitud. Esto es, atendida la naturaleza de las consultas practicadas no puede deducirse ni se desprende que hubiera mantenido una actividad normal y ordinaria el día 25 de enero de 2023, cuestión que tampoco se ha analizado por la sentencia a la hora de determinar si ha existido o no la vulneración del derecho de **huelga**. En cualquier caso, la sentencia recurrida no entra a valorar la proporcionalidad de la medida, juicio que resulta necesario. 2. La sentencia tampoco procede al análisis del artículo 6 de la Orden EMT/2023, a tenor del cual cuando se trate de un dispositivo asistencial unipersonal, como es el caso del servicio de pediatría del CAP de les Borges Blanques, habrá de considerarse como servicio mínimo habiéndose de prestar en todos los casos una asistencia normal propia del servicio especial y ordinario, cuestión que no ha sido analizada en la decisión judicial. 3. En conclusión, atendido el contenido del artículo 6 de la Orden EMT/2003, en relación con la agenda de la parte actora del día en cuestión, entendiendo que de las 19 visitas, 10 se consideran de asistencia urgente y sólo 4 se consideran programadas y 5 de econulta, por lo que se han respetado en todo momento los servicios mínimos, sin que se haya producido ninguna vulneración del derecho fundamental de **huelga**, en relación con los derechos fundamentales directamente afectados y protegidos como son el derecho a la integridad física y a la asistencia médica. 4. Por lo que respecta a la indemnización, son muchas las sentencias del Tribunal Supremo que excluyen pretensiones indemnizatorias análogas a las ejercitadas por los sindicatos recurrentes. Así, sentencias de 28 de abril de 2014 (recurso de casación 1487/2013), de 19 de noviembre de



2014 ( recurso de casación 2216/2013) y de 28 de enero de 2015 ( recurso de casación 148/2014). Además, no se acreditan circunstancias que puedan justificar una compensación metálica para su más adecuada reparación, sin pasar por alto que no se ofrecen criterios de cuantificación de la indemnización. Por lo que no puede estimarse la pretensión indemnizatoria por daño moral ejercitada por la parte actora. 5. En relación con las costas impuestas a la parte demandada, no procede la imposición de las mismas habida cuenta de la cuestión litigiosa sobre límites de un derecho fundamental, cuestión en ningún caso pacífica y que genera dudas de hecho y de derecho. En parecido sentido, el fundamento de derecho tercero de la sentencia número 76/2022, de 28 de julio, de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

## 2.2.- La parte apelada actora.

La parte apelada actora, Tristán , interesa de la Sala que dicte sentencia "que desestimi el recurs interposat de contrari i confírmi la sentència d'instància per ser perfectament ajustada a dret". Tras la exposición de la alegación consistente en "Antecedents", plantea "Motius d'oposició i impugnació del Recurs". 1) "Primer.- S'al·lega infracció de l' article 43 de la Constitució Espanyola per mala valoració del mateix per part de la Sentència d'Instància". Dicho planteamiento se aparta del objeto de la demanda, dado que no se cuestiona el decreto de mínimos aprobado en su día por el departamento correspondiente, momento en que sí ha de analizarse bajo un prisma de la proporcionalidad. El objeto del presente procedimiento es determinar si en el caso concreto obligar al actor, que tiene asignados servicios mínimos, a trabajar cumpliendo la agenda ordinaria en un día de **huelga** es contrario o no al derecho fundamental denunciado. La sentencia de instancia no ha de llevar a cabo un juicio de proporcionalidad entre los derechos fundamentales en juego, el derecho de **huelga** y el derecho a la salud, eso correspondería al enjuiciamiento del decreto de servicios mínimos. En el supuesto de autos, el actor no cuestiona en ningún momento el contenido del decreto de mínimos ni la proporcionalidad del mismo, lo que denuncia es la vulneración de su derecho a la **huelga**. La asignación para realizar servicios mínimos no equivale a la realización de la agenda normal y ordinaria de una jornada en la que no se realiza **huelga** cuando quien la hace es un pediatra de un centro de asistencia primaria que ha de garantizar el 100% de las tareas relativas a urgencias, pero ningún caso el 100% de las tareas normales y ordinarias. 2. "Segon.- Al·lega la recorrent infracció per mala aplicació de l'article 6 de l'Ordre EMT/2003 (pàgina 53 de l'expedient)". Sostiene la apelante que la sentencia recurrida no procede a examinar la Orden dictada de establecimiento de los servicios mínimos. Pero la sentencia realizó una comparativa entre el contenido de la Orden y la decisión de la demandada de obligar a realizar la agenda normal y ordinaria. Precisamente, la sentencia estima la demanda porque se atenta al derecho fundamental de **huelga** cuando se obliga a hacer más de lo que se determina como mínimo en el decreto correspondiente. La sentencia significa la no acreditación por la administración demandada de que las visitas llevadas a cabo por el actor se encuentran dentro de los servicios mínimos acordados por la orden EMT/2003. 3. "Tercer.- Al·lega la recorrent infracció per mala aplicació de l'article 6 de l'Ordre EMT/2003 (pàgina 53 de l'expedient)". Insiste la apelante de nuevo en ese argumento. Por mucho que insista la demandada en afirmar que el trabajador realizó 10 visitas urgentes, lo que se acreditó es que eran visitas espontáneas, esto es, sin hora previa, lo que no quiere decir que sean urgentes. Ni tampoco quiere decir que las 5 visitas de econsulta no fueran programadas, al contrario, lo son también aunque no se lleven a cabo en formato presencial. Y como se ha dicho no ha acreditado la administración demandada que las 19 visitas se correspondían con los servicios mínimos decretados. 4. "Quart.- Respecte a la indemnització de danys i perjudicis". La vulneración del derecho fundamental descrito implica la obligación de reparar el daño generado, teniendo en cuenta que se ha vaciado de contenido el correcto ejercicio del derecho a la **huelga** imponiendo la realización de la agenda ordinaria al actor designado en servicios mínimos. La indemnización solicitada se fija en 7.501 euros en aplicación de los criterios establecidos por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña cuando está en juego la tutela de los derechos a la libertad sindical, entre los cuales se cuenta el derecho de **huelga**, partiendo del parámetro establecido en el apartado c) del punto primero del artículo 40 de la LISOS. La sentencia de instancia confirma dicha petición a través de una profunda argumentación y justificación sin que resulten de aplicación las sentencias citadas por la parte apelante, dado que vienen referidas a la situación de sindicatos y no una persona individual a la que se le ha vulnerado directamente el derecho de **huelga**, es un derecho individual, aunque ejercicio colectivo, motivo por el cual no se estima que ser indemnizable cuando la actora de un procedimiento de tutela es un sindicato, pero sí cuando es una persona trabajadora. 5. "Cinquè.- Costes". En cuanto las costas, la parte lo deja a criterio de la Sala sin perjuicio de apuntar que en aquellos procedimientos en que se dirimen cuestiones relativas a la función pública deberían estar excluidas de la condena en costas.

## 2.3.- El Ministerio Fiscal.



El Fiscal sostiene que "existió lesión del derecho fundamental interesando la desestimación del recurso". Interesa la confirmación de la sentencia significando que en el presente procedimiento no se cuestiona como tantas veces se ha dicho el decreto de servicios mínimos sino que se trata de determinar si la administración habría respetado el principio de proporcionalidad en el caso concreto del demandante cuando con la excusa de los servicios mínimos se le hizo atender toda su agenda ordinaria en un día de **huelga** vulnerando de esa manera el derecho fundamental. Así lo motiva extensa y adecuadamente la sentencia. En definitiva, una asignación de servicios mínimos no puede equivaler a la realización de la agenda normal como cuando no se realiza **huelga** y lo contrario debería haberse acreditado por la administración, lo que aquí no ha sucedido.

**SEGUNDO.- Decisión de la controversia en esta alzada. Sobre la naturaleza del recurso de apelación. En el caso, las críticas a la sentencia de instancia formuladas por la demandada consistentes en 1) la no valoración en el juicio de proporcionalidad de la afectación de otros derechos fundamentales (vida e integridad física) y la protección de la salud, 2) la no apreciación del respeto de los servicios mínimos a tenor de lo dispuesto en el artículo 6 de la Orden EMT/2023, y la improcedencia tanto 3) de la pretensión indemnizatoria por daños morales como 4) de la imposición de las costas procesales.**

De entrada, sobre la naturaleza y la finalidad del recurso de apelación no sobra recordar que: 1) La finalidad del recurso de apelación es la depuración de un resultado procesal obtenido en la instancia, de modo que el escrito de alegaciones del apelante ha de contener una crítica razonada y articulada de la sentencia apelada, que es lo que ha de servir de base a la pretensión de sustitución del pronunciamiento recaído en primera instancia. Es decir, no es posible la reiteración simple y llana de los argumentos vertidos en la instancia con la finalidad de convertir la revisión en una nueva instancia para conseguir una sentencia a su favor. 2) En el recurso de apelación el Tribunal "ad quem" goza de competencia para revisar y decidir todas las cuestiones planteadas, pero no puede revisar de oficio los razonamientos de la sentencia apelada al margen de los motivos esgrimidos por la parte apelante, como fundamento de su pretensión revocatoria; por lo que la parte apelante debe individualizar los motivos opuestos, a fin de que puedan examinarse dentro de los límites y en congruencia con los términos en que vengan ejercitados sin que baste con que se reproduzcan los fundamentos utilizados en la primera instancia, al no estar concebida la apelación como una repetición del proceso de instancia, sino como una revisión de la sentencia impugnada. La falta de motivación o razonamiento específico dirigido a combatir la sentencia apelada, equivale a omitir las alegaciones correspondientes a las pretensiones en la segunda instancia. 3) Por otro lado, el recurso de apelación permite discutir la valoración que de la prueba practicada hizo el juzgador de instancia. Sin embargo, la facultad revisora por el Tribunal "ad quem" de la prueba realizada por el Juzgado de instancia debe ejercitarse con ponderación, en tanto que fue aquel órgano quien las realizó con inmediación y por tanto dispone de una percepción directa de aquéllas, percepción inmediata de la que carece la Sala de Apelación, salvo siquiera de la prueba documental. En este caso el Tribunal "ad quem" podrá entrar a valorar la práctica de las diligencias de prueba practicadas defectuosamente, entendiendo por infracción aquella que afecta a la regulación específica de las mismas, fácilmente constatable, así como de aquellas diligencias de prueba cuya valoración sea notoriamente errónea; esto es, cuya valoración se revele como equivocada sin esfuerzo.

Centrado el objeto de esta alzada en los términos antes expuestos, y partiendo de la naturaleza y la finalidad del recurso de apelación que acaban de referirse, sobre todo que el mismo no puede considerarse como una mera reiteración de la primera instancia cuyo objeto sea la actuación administrativa impugnada en el correspondiente proceso sino como un proceso especial de impugnación de una resolución judicial cuyo objeto es la sentencia dictada en primera instancia, procede significar que la parte apelante demandada, efectivamente, realiza unas críticas a la sentencia apelada por entender que dicha resolución judicial 1) no tiene en cuenta en el juicio de proporcionalidad la afectación de otros derechos fundamentales (vida e integridad física) y la protección de la salud, 2) no aprecia el respeto de los servicios mínimos estipulados en el artículo 6 de la Orden EMT/2023, 3) reconoce sin amparo jurisprudencial contencioso-administrativo la pretensión indemnizatoria por daños morales y 4) impone indebidamente las costas procesales.

Aunque en parte de los pasajes del recurso de apelación la parte actora utilice la argumentación desplegada en la instancia (contestación a la demanda), considera la Sala que, a tenor de aquellas críticas a la sentencia, en modo alguno cabe apreciar la posible carencia de fundamento del recurso de apelación. Cosa distinta es que la parte apelante demandada tenga razón en sus críticas a la sentencia, lo que se trata seguidamente, desde la perspectiva estricta del ámbito de cognición del recurso de amparo ordinario, eso es, del proceso especial



para la protección de los derechos fundamentales, ex artículos 114 siguientes de la Ley 29/1998, reguladora de esta jurisdicción.

Se ha reproducido más arriba el fundamento de derecho primero de la sentencia de instancia, donde se identifica el objeto del recurso y se explicitan las pretensiones y los motivos sostenidos en la instancia por las partes actora y demandada y el parecer del Fiscal, así como su fundamento de derecho segundo, que alberga el razonamiento conducente a la estimación del recurso de amparo ordinario al entender conculado por la administración demandada el derecho fundamental del artículo 28.1 de la Constitución invocado por la parte actora, y ello con base en la jurisprudencia constitucional y ordinaria sobre el derecho fundamental concernido y la pretensión indemnizatoria por daños morales. También se han reproducido más arriba tanto las alegaciones formuladas por la parte apelante demandada (consistentes en que la resolución judicial: no tiene en cuenta en el juicio de proporcionalidad la afectación de otros derechos fundamentales -vida e integridad física- y la protección de la salud; no aprecia el respeto de los servicios mínimos estipulados en el artículo 6 de la Orden EMT/2023; reconoce sin amparo jurisprudencial contencioso-administrativo la pretensión indemnizatoria por daños morales; e impone indebidamente las costas procesales) como la oposición a los motivos del recurso de apelación planteadas por la parte apelada actora, que en definitiva significa el correcto enjuiciamiento de fondo efectuado en la sentencia, de cuyo acierto también informa el Ministerio Fiscal.

Es conocida la jurisprudencia constitucional y ordinaria sobre la motivación y la proporcionalidad de los servicios mínimos en el ejercicio del derecho de **huelga**. Enseña el Tribunal Constitucional en su sentencia número 2/2022, de 24 enero, dictada por su Sala Segunda en el recurso de amparo número 3967/2019, fundamento jurídico 3:

*"3 Jurisprudencia constitucional sobre la motivación y proporcionalidad de los servicios mínimos en el ejercicio del derecho de huelga.*

Según la jurisprudencia constitucional "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" ( STC 45/2016, de 14 de marzo, FJ 3).

Esta materia plantea, entre otras, una controversia sobre las exigencias de motivación y proporcionalidad vinculadas al carácter restrictivo que tiene la determinación de los servicios mínimos para el ejercicio del derecho de **huelga**. Los principales pronunciamientos en la materia, que toman como referencia la STC 11/1981, de 8 de abril, en cuyo FJ 18, con ocasión del recurso de inconstitucionalidad promovido contra diversos preceptos del Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo, el Tribunal se pronunció sobre el alcance de la citada limitación del art. 28.2 CE, las SSTC 26/1981, de 17 de julio; 51/1986, de 24 de abril; 53/1986, de 5 de mayo; 27/1989, de 3 de febrero, FJ 4; 43/1990, de 15 de marzo; 122/1990, de 2 de julio, FJ 3; y 8/1992, de 16 de enero.

La jurisprudencia constitucional sobre esta cuestión que puede resumirse así:

a) La posibilidad establecida en el art. 28.2 CE de que se regulen las garantías precisas para asegurar en caso de **huelga** el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad determina que el derecho de **huelga** puede ser limitado cuando su ejercicio sea susceptible de impedir u obstaculizar el funcionamiento de servicios que atienden la garantía o el ejercicio de los derechos fundamentales, las libertades públicas y los bienes constitucionalmente protegidos. La consideración de un servicio como esencial no significa, sin embargo, la supresión del derecho de **huelga** de los trabajadores ocupados en tal servicio, sino la previsión de las garantías precisas para su mantenimiento, lo que implica la prestación de los trabajos necesarios para la cobertura mínima de los derechos, libertades o bienes que el propio servicio satisface, pero sin alcanzar el nivel de rendimiento habitual.

b) La determinación de las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad no puede ponerse en manos de ninguna de las partes implicadas en el conflicto colectivo que supone la **huelga**, sino que debe ser sometida a un tercero imparcial. Su atribución a la autoridad gubernativa es la manera más lógica de cumplir el mandato constitucional, si bien queda limitada por consideraciones materiales -las garantías establecidas no pueden vaciar de contenido el derecho de **huelga** o rebasar la idea de su contenido esencial- y formales -el control jurisdiccional de dichas decisiones sobre el mantenimiento de los servicios esenciales-, de todo lo cual se infiere que su establecimiento debe obedecer a un criterio restrictivo.



c) La decisión de la autoridad gubernativa en la determinación de las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad, en la medida en que implica una limitación en el libre ejercicio de un derecho fundamental, debe ser objeto de motivación tras una ponderación y valoración de los bienes o derechos afectados, del ámbito personal, funcional o territorial de la **huelga**, de la duración y demás características de esta medida de presión y, en fin, de las restantes circunstancias que concurren en su ejercicio y que puedan ser de relevancia para alcanzar el equilibrio más ponderado entre el derecho de **huelga** y los restantes bienes afectados (comunidad afectada, existencia o no de servicios alternativos, etc.).

d) La finalidad de esta exigencia de motivación es la de que los destinatarios conozcan las razones por las cuales su derecho se sacrificó y los intereses a los que se sacrificó y para que, en su momento, los órganos judiciales puedan fiscalizar adecuadamente la corrección constitucional del acto del poder público valorando su razonable ajuste a las circunstancias y la observancia de la regla de la proporcionalidad de los sacrificios.

e) La motivación del acto gubernativo en que se determinan las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad puede responder a criterios de concisión y claridad propios de la actuación administrativa al poner de manifiesto el motivo o fundamento acerca de la esencialidad del servicio, las características de la **huelga** convocada, los bienes que pueden quedar afectados o los trabajos que no pueden sufrir interrupción o cuya prestación debe mantenerse en alguna medida. Sin embargo, el deber de motivación no puede entenderse cumplido con el simple uso de fórmulas genéricas de las cuales no puedan derivarse criterios para enjuiciar la ordenación y proporcionalidad de la restricción que se impone al ejercicio del derecho de **huelga** y el defecto de motivación no puede entenderse subsanado si en un proceso posterior la autoridad gubernativa aporta todos los datos técnicos o jurídicos posibles para apoyar su decisión".

También enseña el Tribunal Supremo, por ejemplo, en sentencia número 21/2021, de 18 de enero, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta, dictada en el recurso de casación número 3083/2019, fundamento de derecho cuarto, apartado 1:

#### "CUARTO.- JUICIO DE LA SALA

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

1º Que ante el ejercicio del derecho de **huelga** los servicios mínimos se predican de los esenciales identificados con prestaciones vitales o necesarias para la vida en comunidad; esencialidad que se deriva tanto de la actividad en que consisten como por el resultado que con la misma se pretende. Tal juicio sobre la esencialidad del servicio afectado no puede vaciar el contenido esencial del derecho a la **huelga**, haciéndolo impracticable, de ahí que deba seguirse un criterio restrictivo.

2º Que junto a ese juicio sobre la esencialidad del servicio, la llamada "causalización" de la fijación de los servicios mínimos exige razonar -motivar- el alcance de otros dos juicios concurrentes: el de proporcionalidad respecto de los acordados y el de ponderación respecto de los intereses en liza.

3º Que en cuanto al equilibrio ponderado de los intereses en liza -el de los trabajadores y el de los destinatarios de su actividad- deberá valorarse el ámbito personal, territorial y temporal de la **huelga** más la actividad material afectada, identificando el número de trabajadores convocados y los adscritos a los servicios mínimos y cómo se ha llegado a tal ponderación.

4º En cuanto al juicio de proporcionalidad, con los servicios mínimos que se fijen no se trata de garantizar por sistema un nivel de rendimiento habitual de la actividad afectada, de ahí que unos servicios mínimos equivalentes al 100% de la actividad afectada implique vaciar de contenido el ejercicio del derecho de **huelga**; ahora bien, la **huelga** debe perturbar el interés de la comunidad sólo hasta extremos razonables, a lo que se añade que el acto de fijación debe ser neutral e imparcial, luego no puede ser la empresa quien, en la práctica, los fije".

Y de esta Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, por ejemplo, en procedimientos de amparo judicial en relación con el derecho fundamental del



artículo 28.1 de la Constitución, la sentencia número 3021/2022, de 28 de julio, dictada en el recurso número 766/2022; la sentencia número 3169/2022, de 22 de septiembre, dictada en el recurso número 673/2022; y la sentencia número 3365/2023, de 17 de octubre, dictada en el recurso número 296/2023, habiendo conocida esta última precisamente la Orden EMT/7/2023 de 20 de enero (publicada en el Diario Oficial de la Generalitat de Cataluña número 8839 de 24 de enero de 2023), que garantiza los servicios esenciales en todos los centros y empresas sanitarias y socio-sanitarias, residenciales y asistenciales, tanto públicas como privadas, de Cataluña, Orden que tiene lugar a raíz de la convocatoria de **huelga** que tuvo lugar los días 25 a 27 de enero de 2023.

Ciertamente, en el supuesto particular de autos no es objeto de examen en la instancia la proporcionalidad de los servicios mínimos decretados por aquella Orden EMT/7/2023, por tanto tampoco en esta alzada. Lo que viene a discutirse es si se vulnera el derecho fundamental de **huelga** del médico pediatra actor que tiene asignados servicios mínimos y que según sostiene éste se le obliga a realizar una agenda normal. Esta controversia pasa por dilucidar si efectivamente en ese día de **huelga** el médico pediatra realiza por imposición la agencia ordinaria estando de servicios mínimos. En este sentido, a la luz de la jurisprudencia aplicable y la documental obrante en las actuaciones, y en atención a las reglas de la carga de la prueba (aunque no lo dice, debe entenderse la facilidad probatoria de la Administración), el Juzgado sostiene que "la realización por parte del recurrente el día 25 de enero de 2023, de 19 vistas de la hora de trabajo diario vulneró su derecho a la **huelga**, al observarse que el recurrente tuvo que realizar el mismo trabajo que cualquier otro día, al realizar tanto las visitas espontáneas o econsultas, como las visitas programadas", a lo que añade que "no habiendo quedado acreditado por parte de la administración, que es a quien le correspondía la carga de la prueba, que dichas visitas se encontraban dentro de los servicios mínimos acordados en la Orden y que se cumplía con el correspondiente porcentaje, al no haber practicado prueba en dicho sentido", para después concluir que "no concurre la proporcionalidad entre el ejercicio del derecho de **huelga** y el cumplimiento de unos servicios mínimos que conllevaron en este supuesto a la realización por parte del recurrente de la totalidad de la agenda ordinaria". En lo más esencial, comparte la Sala dicha razón de decidir del Juzgado de instancia concluyente en dicho particular extremo de la falta de proporcionalidad en la imposición al médico pediatra de atender la agenda ordinaria con la excusa o el pretexto de tener asignados servicios mínimos. En nada enturbia dicha conclusión el argumento sin más desplegado en esta alzada por la parte apelante demandada de la ausencia de valoración judicial en el juicio de proporcionalidad de los derechos fundamentales del artículo 15 de la Constitución y del principio rector del artículo 43.1 de la Constitución, tampoco el alegato sobre el cumplimiento estricto de lo dispuesto en el artículo 6 de la Orden EMT/7/2023, toda vez que como sostiene el Juzgado no acredita la Administración demandada que la realización de aquella agenda ordinaria o normal encuentra amparo y cobijo en los servicios mínimos acordados.

Desigual suerte, sin embargo, ha de correr la pretensión indemnizatoria por daños morales, que no debió acogerse por el Juzgado. Entiende la Sala que en el caso, por sus peculiaridades y la ausencia de argumentación actora en torno a la concurrencia de circunstancias personales u otras afectantes a la persona individualmente considerada que en definitiva autoricen un tratamiento distinto de lo que viene diciendo esta Sala en asuntos en los que impugna por ejemplo un sindicato, la declaración de la vulneración del derecho fundamental del artículo 28.1 de la Constitución cumple en sí misma una función reparadora del daño moral que pudiera haberse infligido al actor. Considera además la Sala no vinculante en este orden contencioso-administrativo la utilización del parámetro de cuantificación del daño utilizado por el Juzgado de instancia extraído de la aplicación analógica del artículo 40.1. c), en relación con el artículo 8.10, el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

Corolario de esa estimación parcial del recurso contencioso-administrativo es la no imposición de costas procesales en la primera instancia, conforme a lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley 29/1998, reguladora de esta jurisdicción.

### **TERCERO.- Sobre las costas procesales en esta alzada.**

Al prosperar en parte el recurso de apelación, no procede la imposición de costas procesales en esta alzada, conforme al artículo 139.2 de la Ley 29/1998, reguladora de esta jurisdicción.



Vistos los preceptos antes citados y demás de general y pertinente aplicación, en nombre de Su Majestad El Rey y en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que emana del pueblo y que nos confieren la Constitución y las leyes, se dicta el fallo siguiente.

**FALLO.**

En atención a todo lo expuesto, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sección Cuarta, ha decidido:

**Estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la demandada, Institut Català de la Salut, contra la sentencia número 206/2023, de 4 de octubre, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 1 de Lleida y su provincia en su recurso contencioso-administrativo número 100/2023, seguido por los trámites del procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona entre la parte actora, Tristán, y aquella demandada, habiendo intervenido el Ministerio Fiscal; Revocar dicha sentencia si bien exclusivamente en la parte de la misma que condena a la demandada a indemnizar al recurrente por importe de 7.501 euros en concepto de reparación por daño moral y al pago de las costas procesales hasta un límite máximo de 300 euros. Sin imposición de costas en esta alzada.**

Notifíquese a las partes y el Fiscal 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 3<sup>a</sup>, Capítulo III, Título IV de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa. El recurso deberá prepararse en el plazo previsto en el artículo 89.1 de dicha Ley 29/1998.

Y adviértase que en el Boletín Oficial del Estado número 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.

El ingreso de las cantidades se efectuará en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones Judiciales en esta Sección concertada con el BANCO SANTANDER (Entidad 0049) en la Cuenta de Expediente núm.0939-0000-85-046-21, o bien mediante transferencia bancaria a la cuenta de consignaciones del Banco de Santander en cuyo caso será en la Cuenta núm. ES5500493569920005001274, indicando en el beneficiario el T.S.J. Sala de lo Contencioso-Administrativo Sección 4<sup>a</sup> NIF: S-2813600J, y en el apartado de observaciones se indiquen los siguientes dígitos 0939-0000-85-046-24, en ambos casos con expresa indicación del número de procedimiento y año del mismo.

Luego que gane firmeza, líbrese y remítase certificación de la misma, junto a los autos originales, al Juzgado provincial de procedencia, acusando el oportuno recibo.

Así por esta sentencia, de la que se llevará testimonio literal al rollo principal de la apelación, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN.-**La sentencia anterior ha sido leída y publicada en audiencia pública, por el Magistrado ponente.