



SAILBURUA

LA CONSEJERA**ORDEN DE 18 DE OCTUBRE DE 2018 DE LA CONSEJERA DE TRABAJO Y JUSTICIA POR LA QUE SE GARANTIZA EL MANTENIMIENTO DE LOS SERVICIOS ESENCIALES A LA COMUNIDAD QUE PRESTA EL PERSONAL DEL SERVICIO DE AYUDA A DOMICILIO DE DONOSTIA.**

Las organizaciones sindicales CCOO, ELA, LAB, y ESADE, han convocado huelga de carácter indefinido para el personal de la empresa Garbaldi, S.A. que gestiona el Servicio de Ayuda a Domicilio de Donostia San Sebastián.

La huelga, según los convocantes, tiene como causa el estancamiento en la negociación de determinadas condiciones de trabajo, especialmente en materia salarial y de cómputo del tiempo de desplazamiento entre servicios.

Según los datos aportados, en el Servicio de Ayuda a Domicilio de Donostia prestan sus servicios personas distribuidas en distintas categorías profesionales, auxiliares domiciliarias, coordinadoras, trabajadoras sociales, responsable de equipo, administrativa, directora de área, directora administrativa y Jefa de servicio. El servicio se presta diariamente de 7 de la mañana a 22 horas de lunes a domingo y aunque las jornadas habituales son de lunes a viernes o de lunes a sábado, también hay jornadas de sábado, domingo y festivos. Además se realizan en tres turnos: sólo mañana, sólo tarde y el más habitual de mañana y tarde.

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

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

Ahora bien, deducida la premisa anterior, es evidente que la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales ha de venir determinada por una estricta observancia del principio de proporcionalidad, cuyo juicio se superará si la medida cumple o supera tres requisitos o condiciones: si su aplicación es susceptible de conseguir el objetivo propuesto, o "juicio de idoneidad"; si observado el supuesto se ha deducido que no existe otra medida más moderada para la consecución de tal propósito



con igual eficacia, o “juicio de necesidad” y, por último, si la medida o solución dada es ponderada o equilibrada por derivarse de su aplicación más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto, y entonces estaremos ante el “juicio de proporcionalidad en sentido estricto”. Cuestión sobre la que el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en distintas ocasiones, entre otras: 122/1990, 123/1990, 8/1992, y 126/2003.

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

Se trata de una huelga de carácter indefinido a partir del 22 de octubre, en un servicio de atención primaria, de naturaleza asistencial, destinado a ayudar a las personas con limitaciones en su autonomía para las actividades de la vida diaria, a permanecer en su domicilio, ofreciéndole una ayuda de atención personal y, en su caso doméstica que posibilite su desenvolvimiento en el propio domicilio y su integración en el entorno comunitario.

El servicio de ayuda a domicilio, es un servicio social recogido en la Ley 12/2008, de 5 de diciembre de Servicios Sociales en su artículo 22 1.2, entre los servicios y prestaciones económicas incluidos en el Catálogo del Sistema Vasco de Servicios Sociales. Comprende atenciones de apoyo personal, de orientación o realización directa de actividades básicas de la vida diaria como: levantarse/acostarse, vestirse, limpieza doméstica, lavado y planchado de ropa, limpieza de la vajilla, higiene personal diaria, alimentación, control de medicación, movilidad y desplazamiento, apoyo en la organización familiar, compra de alimentos, preparación de la comida así como otras actuaciones complementarias necesarias en el logro de los objetivos de este servicio así como el acompañamiento fuera del domicilio a centros de día o sanitarios. De estos servicios son beneficiarias, en distintos grados, personas mayores solas o dependientes.

En desarrollo de la referida Ley de Servicios Sociales se ha publicado el Decreto 185/2015, de 6 de octubre, de cartera de prestaciones y servicios del Sistema Vasco de Servicios Sociales en el que se determinan las características y requisitos de cada uno de los servicios; y así, en la ficha que corresponde al Servicio de Ayuda al Domicilio se determina que la población destinataria del servicios son las personas en situación de dependencia o riesgo de dependencia y entre los requisitos que se exigen para ello se concreta que dichas personas han de disponer de los apoyos suficientes para permanecer en el domicilio en condiciones adecuadas y que su estado de salud no requiera asistencia continuada en instituciones sanitarias o socio laborales.



Los derechos constitucionales a la vida, a la integridad física y moral, y a la protección de la salud, contemplados en los artículos 15 y 43.1 de la Constitución, cuya garantía compete a los poderes públicos a través de medidas preventivas y de aseguramiento de la prestación de los servicios necesarios, no pueden quedar sin la debida protección frente al legítimo ejercicio del derecho a la huelga. Protección esta, por otra parte, que en modo alguno puede llegar a vaciar de contenido el derecho de huelga, dado el carácter restrictivo que debe presidir su establecimiento a tenor de la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional, y cuyo alcance puede verse ampliado cuando por el transcurso del tiempo se acrecienta injustificadamente el daño ocasionado en los derechos fundamentales de las y los ciudadanos. Y estos son los derechos en contradicción en la actual convocatoria de huelga.

Sin embargo la intensidad de estos servicios no tiene igual incidencia en la totalidad de las personas usuarias, ya que ello depende del grado de autonomía para la realización de las actividades instrumentales de la vida diaria. Además, se han de tener en cuenta la debida protección a los menores que, por diversas razones, se ha decretado la necesidad de acceso a los servicios prestados por el Servicio de Ayuda a Domicilio de Donostia – San Sebastián.

El artículo 26 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, establece tres grados de dependencia, determinando la atención a las personas dependientes según el grado. Así, las personas con grados de «gran dependencia» (Grado III) precisan de ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria varias veces al día y, por su pérdida total de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, necesitan el apoyo indispensable y continuo de otra u otras personas para su autonomía personal. Las personas con «dependencia severa» (Grado II) necesitan ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria dos o tres veces al día, pero no requieren el apoyo permanente de una o un cuidador para su autonomía personal, aunque sí necesitan un apoyo extenso. Finalmente, y aun con menor intensidad, las personas con «dependencia moderada» (Grado I) necesitan ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria, al menos una vez al día o tienen necesidades de apoyo intermitente o limitado para su autonomía personal.

Según los datos aportados por el Ayuntamiento de Donostia-San Sebastián hay actualmente 1.223 servicios de las cuales 584 tienen algún grado de dependencia reconocido y, 103 son menores con necesidades de cuidado.

También se ha de tener en cuenta que no todas las tareas que se realizan desde el Servicio de Ayuda a Domicilio han de ser considerados como esenciales y sólo algunos de ellos pueden considerarse fundamentales para garantizar los derechos a la vida, a la seguridad y a la dignidad de las personas usuarias.

Así, la no prestación a estas personas de servicios como los de comida, aparte del menoscabo de los derechos reconocidos en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en situaciones de Dependencia, supone colocarlas en una situación de riesgo para su salud. Más aún si se





tiene en cuenta que, junto con la alimentación, se les suele administrar, dependiendo de los casos, medicación, lo cual pudiera atentar contra el derecho a la protección de la salud de estas personas, cuya garantía, establecida en el artículo 43 de la Constitución, compete a los poderes públicos a través de medidas preventivas y de aseguramiento de la prestación.

Lo mismo se puede decir de aquellos servicios relacionados con la higiene personal, uso del WC, en su caso, eliminación vesical e intestinal y la realización de actividades de movilidad dentro del hogar para aquellas personas que por su situación de discapacidad física o psíquica no pueden valerse por sí mismas.

En cuanto a la concreción que en otras ocasiones se nos ha solicitado, a modo de motivación que sustente la decisión sobre el establecimiento de los servicios esenciales en esta Orden, del porcentaje o número de personas trabajadoras afectadas por el mantenimiento de los servicios considerados imprescindibles, a fin de evitar aplicaciones unilaterales de los servicios mínimos por parte de la empresa, hay que señalar que, reiterando los argumentos esgrimidos en Ordenes precedente sobre una convocatoria de huelga de la misma materia, de la documentación recabada en el procedimiento de huelga, se desprende la imposibilidad de cuantificar dicho porcentaje por parte de esta autoridad gubernativa, al carecer de información suficiente. Por ello, la presente Orden opta, y lo hace motivadamente, por precisar quiénes son las personas destinatarias y el tipo y alcance de las prestaciones concretas que deben recibir esas personas durante el desarrollo de la huelga. Es decir, se ha optado, en aras a una mayor certidumbre y seguridad jurídica, por determinar con detalle las prestaciones concretas que se consideran esenciales y las personas usuarias a las que deben ir destinadas dichas prestaciones o servicios.

Teniendo en cuenta que los servicios que presta la empresa se dirigen principalmente a personas con un alto grado de vulnerabilidad y que se trata de una huelga de carácter indefinido que de prolongarse en el tiempo puede provocar efectos irreversibles en el bienestar de las personas se considera necesario prestar los servicios que más adelante se concretan en la presente Orden a aquellas personas con grados I, II y III de dependencia, así como a los menores.

Asimismo, al ser una convocatoria indefinida en el tiempo, se ha considerado necesario para la organización del servicio, mantener un número suficiente de personas encargadas de la coordinación y organización del mismo.

De conformidad con lo expuesto, una huelga de estas características sin fijación de unos servicios mínimos podría causar unos perjuicios notablemente superiores al objetivo que se pretende alcanzar con la misma, ya que se pudiera poner en peligro la salud de las personas usuarias de este servicio, dada la naturaleza esencial y elemental del servicio que se presta en este sector. Así mismo en la fijación de los servicios mínimos se tienen en cuenta la duración prevista para la huelga así como los horarios en los que en cada uno de los días se va a realizar la huelga.

Todas estas circunstancias son las que llevan a la autoridad gubernativa a establecer los servicios mínimos que quedan concretados en la presente Orden,



intentando de esta manera compatibilizar el contenido esencial de los derechos en conflicto.

El artículo 10.2 del Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 noviembre, sobre Relaciones de Trabajo, dispone que «cuando la huelga se declare en empresas encargadas de la prestación de cualquier género de servicios públicos o de reconocida e inaplazable necesidad y concurren circunstancias de especial gravedad, la autoridad gubernativa podrá acordar las medidas necesarias para asegurar el funcionamiento de los servicios» y que «el Gobierno, asimismo, podrá adoptar a tales fines las medidas de intervención adecuadas».

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

Por este motivo se ha instruido el procedimiento a que alude el artículo 10.2 del Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre Relaciones de Trabajo, habiéndose dado audiencia a las partes afectadas, esto es, organizaciones sindicales convocantes, a la empresa Garbinaldi, S.A., y al Ayuntamiento de Donostia- San Sebastián. Además, a tal efecto se convocó a una reunión que tuvo lugar el 17 de octubre en las dependencias de la Delegación de Trabajo de Gipuzkoa, en la que, aunque hubo algún acercamiento de las posturas defendidas por las partes, como en considerar los servicios que se describen en el resuelve 1 como esenciales o en la necesidad de establecer como esencial las tareas de coordinación, no se pudo alcanzar el acuerdo que se pretendía por lo que se dicta la presente orden.

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



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

RESUELVE:

PRIMERO.- El ejercicio del derecho de huelga al que han sido convocados las y los trabajadores del Servicio de Ayuda a Domicilio de Donostia – San Sebastián gestionado por la empresa Garbialdi S.A., a partir del día 22 de octubre y con carácter indefinido, se entenderá condicionado al mantenimiento de las prestaciones esenciales y subsiguientes servicios mínimos que a continuación se detallan:

1. Se realizarán los siguientes servicios:

- 1.1. Se prestará el servicio de comida. Se deberá acudir en la medida de lo posible a alimentos precocinados o de previa preparación.
- 1.2. Se realizarán los servicios de higiene personal diaria, uso del WC, en su caso, eliminación vesical e intestinal, de ayuda para levantarse y acostarse, para vestirse y de supervisión de toma de medicamentos y de alimentos.
- 1.3. Para las personas que estén encamadas, los cambios posturales necesarios.
- 1.4. Se realizarán labores de acompañamiento de aquellas personas usuarias para acudir a centros sanitarios cuya cita haya sido concertada previamente y no pueda ser postergada.
- 1.5. Si se produjera una alerta en el domicilio, contacto con los servicios de emergencias, de salud u otros.

2. Los servicios mencionados en el apartado anterior, se prestarán a aquellas personas con grados de dependencia I, II y III y a los menores, siempre que estas hayan sido previamente asignadas y se realizarán por el personal estrictamente necesario para su realización.

3. Se realizarán las labores de coordinación con el 50% de la plantilla que realiza dichas labores, salvo en los periodos horarios en los que dicha labor se realice por una única persona que se hará con el 100% de la plantilla.

Para el cómputo del personal sujeto a servicios esenciales se redondeará al alza siempre que la fracción sea igual o superior a 0,5, y a la baja cuando sea inferior.

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

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



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

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

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

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

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

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

En Vitoria-Gasteiz, 18 de octubre de 2018.



MARIA JESÚS CARMEN SAN JOSÉ LOPEZ
CONSEJERA DE TRABAJO Y JUSTICIA



LAN ETIA JUSIZ
DEPARTAMENTO DE TRABAJO
Y JUSTICIA