

LOS LIMITES DEL DERECHO DE HUELGA EN LA ADMINISTRACION PUBLICA

ANTONIO MARTIN VALVERDE

SUMARIO: I. ACTITUDES Y POSICIONES DOCTRINALES ANTE LA HUELGA DE FUNCIONARIOS PÚBLICOS.—II. LAS POSICIONES DE «TERCERA VÍA» ANTE LA HUELGA DE FUNCIONARIOS PÚBLICOS.—III. LA REGULACIÓN LEGAL Y JURISPRUDENCIAL DE LA HUELGA DE FUNCIONARIOS PÚBLICOS.—IV. EL MARCO CONSTITUCIONAL DE LA HUELGA DE FUNCIONARIOS PÚBLICOS.—V. LA INCARDINACIÓN DE LA HUELGA DE FUNCIONARIOS PÚBLICOS EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA LIBERTAD SINDICAL.—VI. LAS LIMITACIONES CONSTITUCIONALES DEL RECURSO A LA HUELGA EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.—VII. LA HUELGA ABUSIVA EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.—VIII. FINAL: EL DERECHO DE FUNCIONARIOS COMO LEGISLACIÓN ESPECIAL DE TRABAJO.

I. ACTITUDES Y POSICIONES DOCTRINALES ANTE LA HUELGA DE FUNCIONARIOS PUBLICOS

El propósito del presente estudio es, como indica su título, la consideración de los límites que enmarcan el derecho de huelga de los funcionarios públicos; o el recurso a la huelga por parte de los mismos, si no se quiere adelantar una calificación desde el principio. Esta labor va a ser realizada, como es lógico, con la vista puesta en la situación legislativa actual de nuestro país. Pero no abordaremos aquí los múltiples problemas concretos que surgen por doquier en este objeto de estudio. Son las cuestiones jurídicas generales de la huelga en la Administración pública, y no sus aspectos particulares, lo que va a concentrar nuestra atención. En la elección de tal enfoque ha habido motivos contingentes, que no vale la pena relatar, pero hay también otros de fondo cuya explicación puede resultar útil en esta fase introductoria del trabajo.

La oportunidad de un intento de demarcación general de las huelgas lícitas e ilícitas en la función pública puede resultar de mucha utilidad en la hora presente, caracterizada por una evidente falta de acuerdo en la valoración de los aspectos fundamentales de la materia por parte de la doctrina. En efecto, aunque la reflexión de estos últimos años ha dado lugar a una sensible aproximación de las actitudes de partida y ha ofrecido además varias soluciones intermedias, las posiciones doctrinales siguen polarizadas todavía, en buena medida, en torno a dos tesis contrapuestas, que a nuestro modo de ver sería conveniente superar. Una de ellas es el reconocimiento del derecho de huelga a los funcionarios en iguales términos y con idénticos límites que a los trabajadores *sensu stricto*, al considerarlos incluidos en el término «trabajadores» del artículo 28.2 de la Constitución. La otra, apoyada justamente en la opción interpretativa contraria, es la negativa más o menos explícita de la licitud de la huelga de funcionarios como consecuencia de la exclusión de los mismos de la titularidad del derecho constitucional a utilizar tal medio de presión (1).

La falta de acuerdo en materia de huelga en la Administración pública ha tenido su manifestación más visible, como se acaba de señalar, en la discusión sobre el alcance personal del artículo 28.2 de la Constitución. Pero responde, en la raíz, a una discrepancia más profunda sobre el tipo de relaciones que ha de existir entre los poderes públicos y sus servidores. Como suele ocurrir en tantos otros debates sobre cuestiones jurídicas de cierta trascendencia, el «marco de referencia» del intérprete —es decir, la estructura conceptual que racionaliza su percepción de ser y del deber ser de las relaciones sociales objeto de regulación (2)— condiciona de manera decisiva sus elaboraciones doctrinales. En un punto tan sensible como el de la autoridad del Estado frente a la presión colectiva del personal a su servicio, y con una redacción constitucional claramente abierta a distintas vías interpretativas, no puede extrañar, en verdad, que así haya sucedido.

Pues bien, los marcos de referencia que sustentan las dos posiciones de

(1) Para una indicación de la bibliografía en la materia remito a T. SALA FRANCO y J. M. GÖERLICH, «La huelga de los funcionarios públicos. A propósito de la STC 90/1984, sobre retención de haberes por huelga», en *Relaciones Laborales*, núm. 4 (1985), p. 494, notas 1 y 2.

(2) Para la utilización de este concepto de «marco de referencia» en las relaciones laborales, cfr. A. FOX, *Industrial sociology and industrial Relations*, HMSO, Londres, 1966, pp. 2 y ss., y M. JACKSON, *Industrial Relations*, Croom Helm, Londres, 1977, p. 28.

partida que dominan actualmente el panorama doctrinal a propósito de los límites de la huelga de funcionarios podrían quizá resumirse de la manera que vamos a exponer a continuación. Advertimos desde aquí que la exposición que sigue no es tanto una presentación de tesis construidas y acabadas como una indicación de actitudes doctrinales expresadas de forma más o menos sistemática. Advertimos también sobre que nuestra exposición es muy escueta, deteniéndose solamente en las articulaciones principales de las respectivas posiciones doctrinales descritas. Procederemos de esta manera porque así parece aconsejarlo el tratamiento de la materia habitual entre nosotros, en el que la huelga de funcionarios aparece como problema lateral de la huelga de trabajadores, cuya solución se encuentra por remisión a determinados esquemas normativos ya bien elaborados y no por elaboración de un modelo normativo propio (3).

La postura de reticencia o de negación de legitimidad a la huelga de funcionarios refleja, a un tiempo, una concepción del Estado como instancia capaz de llevar a cabo «decisiones neutrales» de defensa de los intereses de la comunidad, y un temor de que esta misión pueda ser frustrada no sólo por intentos de mediatización, sino también, y sobre todo, por designios o conductas de paralización o debilitación de la autoridad pública. Una de las vías o de las causas posibles de este enervamiento del Estado es la huelga de sus servidores, que le afecta desde el propio interior de su organización administrativa. Y de ahí la resistencia a la admisión de su licitud y la consiguiente consideración de la misma como conducta inapropiada, en cuanto potencialmente peligrosa para los intereses generales (4).

(3) Una ilustración significativa de esta dificultad de encontrar un enfoque propio para la huelga de funcionarios se encuentra en la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981, de gran riqueza doctrinal, como se ha reconocido de forma generalizada, con independencia de las críticas concretas que se hayan dirigido o puedan dirigirse a algunos de sus pasajes. Pues bien, esta sentencia ha pasado como sobre ascuas sobre esta cuestión, y no precisamente porque faltaran motivos para un tratamiento detenido de la misma. En el mismo sentido, E. BORRAJO, «El derecho de huelga de los funcionarios en la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 1, núm. 2 (1981), pp. 134 y ss., y F. VALDÉS DAL-RE, «El derecho de huelga: ámbito subjetivo», en VARIOS AUTORES, *Huelga, cierre patronal y conflictos colectivos*, Civitas, Madrid, 1982, pp. 67 y siguientes.

(4) Una defensa decidida del Estado como instancia capaz de decisiones neutrales, «no determinada por la correlación de fuerzas en la sociedad», en los distintos ámbitos de las relaciones sociales, y particularmente en las relaciones de trabajo, en

La posición de asimilación de funcionarios y trabajadores *sensu stricto* en relación con el fenómeno de la huelga responde, en cambio, de un lado a una concepción más escéptica o pesimista sobre el Estado en cuanto valedor de los intereses generales, y, de otro, a una valoración de los funcionarios públicos como un sector más de las clases trabajadoras, que participa sustancialmente de la posición subalterna en la estructura social que caracteriza a las mismas. La conclusión que se extrae de estas premisas es que el comportamiento huelguístico de los funcionarios debe ser enjuiciado con el mismo patrón que se aplica a los demás trabajadores; esto es, como un comportamiento de autodefensa y de reequilibrio de poder en el mercado de empleo, que merece protección legal en tanto en cuanto está orientado hacia la consecución de la igualdad efectiva de los ciudadanos (5).

M. ALONSO OLEA, *Introducción al Derecho del Trabajo*, Ed. Revista de Derecho Privado, 4.ª ed., 1981, pp. 291 y ss. La posición doctrinal correspondiente sobre la huelga de funcionarios se encuentra, al parecer, en la obra del mismo autor *Las fuentes del Derecho. En especial del Derecho del Trabajo según la jurisprudencia*, discurso de recepción en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1981, p. 27 (hay edición posterior de la Editorial Civitas). De todas maneras, como vamos a comprobar en seguida, la evolución posterior de la legislación y la jurisprudencia ha ido desplazando la opinión de ALONSO OLEA hacia las posiciones de tercera vía. La posición de que «la regla general es la ilicitud de la huelga de funcionarios» se sigue manteniendo hoy por A. MONTOYA MELGAR, *Derecho del Trabajo*, 6.ª ed., 1985, p. 676.

(5) Esta posición «moderna» puede considerarse seguramente como la posición mayoritaria de la doctrina laboralista y cuenta también con numerosos apoyos entre los especialistas de Derecho administrativo. En un trabajo elaborado en 1976 («Huelga laboral y huelga política: Un estudio de modelos normativos», en *El Derecho del Trabajo ante el cambio social y político*, I Coloquio sobre Relaciones Laborales [Jaca, 1976], Universidad de Zaragoza, 1978) me propuse una descripción de tres tipos de modelos, denominados, respectivamente, «modelo contractual», «modelo laboral» y «modelo polivalente» del derecho de huelga. Puede decirse que este último modelo polivalente es el que ofrece el marco de referencia de la posición de asimilación de funcionarios y trabajadores en relación con la huelga. En cuanto descripción de modelos o tipos ideales de derecho de huelga, suscribiría y suscribo íntegramente lo dicho en aquel trabajo. Lo que no haré ahora, a diez años de historia, es mantener la posición que allí defendí en favor del modelo polivalente del derecho de huelga en lo que respecta a los funcionarios públicos, por las razones que se señalan en este trabajo. Conste la rectificación *sine ira et studio*.

II. LAS POSICIONES DE «TERCERA VIA» ANTE LA HUELGA DE FUNCIONARIOS PUBLICOS

La anterior descripción de actitudes doctrinales ante la huelga de funcionarios públicos conlleva, sin duda, una buena dosis de simplificación. Creemos, no obstante, que se trata de una simplificación útil y válida, en la medida en que recoge de manera objetiva lo esencial de cada una de las dos posiciones dominantes, desvelando el resorte valorativo que las ha puesto en marcha y les sigue dando impulso. No vamos a negar aquí la parte de razón que tienen una y otra y la atendibilidad de los argumentos respectivos. Pero sí debemos decir —y éste es el punto de partida de la tesis que vamos a defender en este estudio— que, en cuanto actitudes con aspiración de fundamentar líneas de interpretación opuestas y excluyentes, ambas parecen a estas alturas haber agotado sus recursos persuasivos, sin poder convencer de manera definitiva. La razón de ello se encuentra seguramente en que una y otra posición abordan la huelga de los servidores públicos desde una perspectiva que sólo permite una apreciación parcial o unilateral de los intereses en juego, en contraste, a nuestro modo de ver, con un cuadro constitucional que no sacrifica *a priori* a ninguno de ellos, ofreciendo legitimidad a unos y otros aun a pesar de que sean potencialmente conflictivos, y obligando al legislador (y en su defecto a la jurisprudencia) a buscar una solución de compromiso entre los mismos.

A la vista de lo que se acaba de decir, no resultará sorprendente que haya empezado a abrirse paso en estos últimos años una tercera vía doctrinal, cuyo rasgo característico es el tratamiento de la huelga en la función pública no a partir del dilema interpretativo del artículo 28.2 de la Constitución, sino a partir de las especialidades del derecho a la libertad sindical de los funcionarios derivadas precisamente de su incardinación en una organización de trabajo tan singular como es la Administración pública (6).

El mérito de esta posición doctrinal estriba, de entrada, en prevenir un probable atasco de interpretaciones literales discrepantes, del que difícilmente se podrían extraer buenos resultados. Pero, aparte de ello, el interés principal

(6) El esfuerzo más sistemático en esta línea es, a lo que conozco, el de S. DEL REY GUANTER, «Libertad sindical y funcionarios públicos», en *Comentarios a la Ley de Libertad Sindical* (coord. M. RODRÍGUEZ-PIÑERO), Tecnos, 1986, pp. 67-143.

de la posición de tercera vía radica en que permite conciliar razonablemente los elementos válidos de las dos posiciones anteriores, que son la preocupación por la eficiencia del Estado y la defensa de los intereses profesionales legítimos de sus empleados. En efecto, al revés de lo que ocurre con sus predecesoras, la posición doctrinal a que nos estamos refiriendo hace posible contemplar los problemas de la huelga de funcionarios públicos desde los dos puntos de vista que son relevantes, en nuestra opinión, para su enjuiciamiento constitucional: el punto de vista de la Administración, dotada de una organización *sui generis* para el servicio de los intereses generales (de acuerdo con el artículo 103.1 de la Constitución), y el punto de vista de los funcionarios, a los que se reconocen no sólo determinados derechos profesionales (en el artículo 35.1 de la propia norma fundamental), sino también determinados medios de acción colectiva (en el artículo 28.1 de la misma).

Ahora bien, esta virtualidad de la posición doctrinal de tercera vía de sintetizar, desde una perspectiva sistemática o de conjunto del ordenamiento constitucional, lo que hay de positivo tanto en la doctrina «clásica» como en la doctrina «moderna», no se corresponde todavía, explicablemente, con una construcción perfectamente ensamblada de las distintas piezas que forman la regulación de la huelga. En verdad, no ha habido aún muchas oportunidades para decantar, de toda la amplia literatura sobre la especialidad de las relaciones de servicio de los funcionarios, aquellos aspectos que han de ser tenidos en cuenta en una fundamentación jurídica sobre bases propias de la huelga en la Administración pública. El resultado de ello es un discurso doctrinal abundante en cautelas y vacilaciones y sometido continuamente a la atracción de los esquemas normativos ya trillados de la prohibición o de la asimilación.

El principal esfuerzo de nuestro estudio se concentrará precisamente en esta necesaria labor de fundamentación específica de la huelga de funcionarios y de afirmación para la misma de un esquema normativo propio. Como hemos indicado más arriba, dicha tarea de fundamentación no nos dejará espacio en esta ocasión para la consideración de problemas o aspectos particulares. Convendrá recordar, de todas maneras, que en el tratamiento de cuestiones jurídicas la diferencia entre el planteamiento general y el particular es normalmente una diferencia de enfoque y no de objeto. Uno y otro están (o deben estar) encaminados a proporcionar respuestas adecuadas a problemas de la práctica jurídica, aunque en distintos momentos del proceso de solución: el enfoque o planteamiento general en el momento de la elección de las categorías o conceptos básicos referentes a la premisa mayor del razo-

namiento jurídico y el enfoque o planteamiento particular en el momento de las subsunciones o de las operaciones intermedias que enlazan dichos conceptos básicos con la variada casuística de la experiencia cotidiana.

III. LA REGULACION LEGAL Y JURISPRUDENCIAL DE LA HUELGA DE FUNCIONARIOS PUBLICOS

Como acabamos de ver, las discrepancias doctrinales sobre la huelga de funcionarios no responden principalmente a divergencias de metodología interpretativa, sino que hunden sus raíces en concepciones y actitudes distintas sobre la función del Estado y los criterios que han de presidir la organización de la Administración pública. Ello no quiere decir, sin embargo, que el debate doctrinal del que hemos dado cuenta en los epígrafes anteriores esté desconectado de las referencias normativas en la materia. No ocurre así ciertamente, sino algo bien distinto: las posiciones doctrinales son discrepantes, también en buena medida, porque los datos jurídico-positivos sobre la huelga en la Administración pública no sólo abren amplios espacios de indeterminación a cubrir por la actividad valorativa del intérprete, sino que recogen incluso, en un panorama desordenado y disperso, piezas normativas que parecen responder a los distintos esquemas o tipos de regulación de los que hemos dado cuenta en los apartados anteriores. Vale la pena que nos detengamos brevemente en la consideración de este panorama normativo.

Las disposiciones legales que mencionan o aluden a la huelga de funcionarios se pueden clasificar en tres grupos. El primero de ellos está formado por determinados preceptos constitucionales, entre los que hay que reseñar el artículo 28, sobre libertad sindical y derecho de huelga, y el artículo 103, sobre organización de la Administración y estatuto de los funcionarios. El segundo grupo de normas está integrado por los preceptos de prohibición de la huelga para determinados servidores públicos, como los miembros de las Fuerzas Armadas (art. 181 de la Ley 85/1978, de 28 de diciembre, Ordenanzas de las Fuerzas Armadas) y, en virtud de disposición reciente, los miembros de las Fuerzas de Seguridad (art. 6.8 de la Ley Orgánica 2/1986, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado). En el tercer grupo figuran una serie diversa de disposiciones, entre las que destacan el artículo 222.1 del Código Penal (redacción de la disposición adicional cuarta del Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo), que considera reos de sedición a los funcionarios que suspendan su actividad «en todo género de servicios públicos o de reco-

nocida e inaplazable necesidad»; la disposición adicional duodécima de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de reforma de la Administración pública, que permite la deducción automática de haberes a los funcionarios durante el tiempo de huelga; y la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical, que por una parte considera trabajadores tanto a los «sujetos de una relación laboral» como «a los que lo sean de una relación administrativa o estatutaria al servicio de la Administración pública» (art. 1.2), y por otra incluye entre los componentes de este derecho de contenido complejo el «ejercicio del derecho de huelga» (art. 2.2, d) (7).

De la relación de disposiciones que precede debemos desglosar como grupo aparte, que no va a ser objeto de tratamiento en este estudio, a las normas prohibitivas de la huelga de los miembros de las Fuerzas Armadas y de las Fuerzas de Seguridad. Sea cual sea la opinión que se sostenga sobre tales reglas, es claro que su razón de ser se encuentra en consideraciones operativas y disciplinarias peculiares de las instituciones militares y de orden público que no pueden aducirse para el grueso de los funcionarios, y que no son en todo caso las tenidas en cuenta en el debate doctrinal sobre los límites genéricos de la huelga en la Administración pública.

En lo que respecta a los otros dos grupos de preceptos, basta con su simple reseña para hacerse cargo de la fragmentariedad y del carácter problemático del régimen jurídico de la huelga de funcionarios y de las cuestiones de mecánica aplicativa que en ella pueden plantearse. En efecto, el tratamiento constitucional de la materia no sólo permite, como hemos visto, distintas opciones interpretativas entre las que no resulta fácil elegir, sino que, en aquello que afirma con mayor claridad —las «peculiaridades de la libertad sindical de los funcionarios públicos»— parece conformarse con una remisión a la legislación correspondiente. Es evidente, por otro lado, que el restante grupo de normas legislativas sobre la huelga en la Administración pública se limita a puntos muy concretos, que sólo cubren una parcela muy pequeña de este espacio normativo.

(7) Como habrá podido advertirse, el artículo 2.2, d), de la LOLS se refiere al «ejercicio de la actividad sindical en la empresa o fuera de ella» de las «organizaciones sindicales». Pero la expresión «actividad sindical» aparece también en la descripción del contenido de la libertad sindical de los individuos como «derecho» de los mismos en el artículo 2.1, d), de la propia ley. No parece aventurado extraer de aquí la conclusión de que este último precepto contiene una referencia implícita a la titularidad individual de la facultad de huelga. El tratamiento de la materia excede, de todas maneras, de nuestro propósito en este estudio.

Pero, para nuestro propósito en este trabajo, lo más significativo de los citados datos de nuestro ordenamiento jurídico es la contradicción de valoraciones que se manifiesta con evidencia entre el precepto del artículo 222.1 del Código Penal, de un lado, y el artículo 2.2, d), en combinación con el 1.2 de la LOLS, de otro. A poco que se considere con atención esta contradicción, resulta muy similar a la que subyace en las posiciones doctrinales que hemos tenido ocasión de exponer más arriba. Así, la dicción literal del artículo 222.1 del Código Penal refleja una actitud de rechazo general a la huelga de funcionarios que se podría inscribir sin dificultad en la línea «clásica» de defensa del Estado frente a cualquier intento de sus servidores de debilitar su autoridad. En sentido contrario, el artículo 2.2, d), de la LOLS, integrado en una ley que considera a los funcionarios como trabajadores y a la función pública como un sector o rama más de la población asalariada (8), abogaría, en principio, en favor del discurso de asimilación al régimen laboral que caracteriza a la posición «moderna».

Las indicaciones anteriores sobre las características de la materia legislativa ponen de relieve la trascendencia de las construcciones o reelaboraciones conceptuales de los intérpretes en esta parcela normativa de la huelga en la Administración pública. En lo que concierne a la doctrina científica, esta labor de construcción o reelaboración se ha producido ya, como han dejado entrever los apartados anteriores, si bien no ha ido mucho más lejos de la propuesta de los esquemas o tipos de regulación que hemos descrito más arriba. Por su parte, la jurisprudencia se ha pronunciado varias veces sobre aspectos concretos de la materia, como el descuento de haberes en los días de huelga o la vigencia del artículo 222 del Código Penal (9); pero, como hemos señalado anteriormente, tampoco puede decirse que en este campo haya desarrollado con especial intensidad su función de «complemento del ordenamiento jurídico», mediante la cobertura de las lagunas de la ley y el ajuste «interpretativo» de las distintas piezas legales.

No vamos a entrar aquí en la averiguación de si la jurisprudencia sobre la huelga de funcionarios públicos, en contraste con la jurisprudencia sobre la huelga de los trabajadores *sensu stricto*, ofrece hasta el momento un balance tan limitado porque no ha habido tiempo y ocasiones para ello o porque

(8) En este sentido, S. DEL REY GUANTER, «Libertad sindical y funcionarios públicos», *op. cit.*

(9) Cfr. T. SALA FRANCO y J. M. GÖERLICH, *op. cit.*, pp. 498-506.

las ocasiones habidas no han sido aprovechadas en todas sus posibilidades. Sea una u otra la causa, o lo que es más probable, una combinación de ambas, el resultado no varía: mientras no cambie el panorama legislativo y entre tanto se produzcan nuevos pronunciamientos jurisprudenciales que aborden de manera más sistemática y desde una perspectiva general la huelga de funcionarios públicos, este segmento del ordenamiento seguirá en una zona de penumbra en la que no resultará fácil trazar la línea divisoria entre conductas lícitas e ilícitas. No parece que sea ésta una situación beneficiosa ni para la Administración ni para los funcionarios y sus representaciones profesionales, por lo que vale la pena buscar una salida a la misma por uno u otro camino.

IV. EL MARCO CONSTITUCIONAL DE LA HUELGA DE FUNCIONARIOS PUBLICOS

Como ya hemos dicho, la cuestión de la titularidad del derecho de huelga de los funcionarios públicos, considerándolos incluidos o no en el término «trabajadores» del artículo 28.2 de la Constitución, ha centrado hasta ahora la controversia doctrinal en la materia. También hemos advertido más arriba que un debate de estas características, si no consigue desembocar en un planteamiento más general o de principio, podría derivar hacia una polémica de términos no muy fructífera. Ello no quiere decir que el dilema interpretativo del artículo 28.2 de la norma fundamental deba ser esquivado. Pero sí obliga a enfocar el tema de la huelga de funcionarios desde otros puntos de vista que permitan ponderar adecuadamente los valores o principios constitucionales en liza sobre la organización de la Administración pública y sobre la posición de los asalariados en el orden social.

Un primer paso en la ampliación de perspectiva que se acaba de señalar es la constatación (evidente, a poco que se reflexione, pero necesitada, a pesar de ello, de afirmación expresa) de que, entre las opciones de asimilar a los funcionarios a los trabajadores de régimen laboral y la de prohibir la huelga de funcionarios en virtud de una concepción rigurosa de la autoridad del Estado, existen otros planteamientos interpretativos posibles. Dos de estos planteamientos intermedios parecen, de entrada, merecedores de atención: el que parte de la base de que el marco constitucional es indiferente o indeciso en lo que concierne a la huelga de funcionarios, consintiendo a nivel legal o reglamentario tanto una regulación restrictiva o prohibitiva como una

regulación permisiva de esta conducta de conflicto (10), y el que se apoya en el reconocimiento genérico de la libertad sindical para la incardinación constitucional de la huelga en la Administración pública.

Las dos hipótesis interpretativas anteriores coinciden en el punto de arranque, que es la imposibilidad de acoger la huelga de funcionarios públicos al artículo 28.2 de la Constitución; pero siguen a partir de ahí caminos diferentes, al entender de distinta manera el conjunto de normas en el que tal precepto se encuadra. Para nosotros, como se ha apuntado más arriba, la posición más defendible es la que analiza la huelga de funcionarios desde la perspectiva de la libertad sindical. Vamos a ver en seguida las razones. Pero antes convendrá mostrar por qué se descarta la inclusión de los funcionarios en la formulación constitucional expresa del «derecho a la huelga de los trabajadores»; para ello nos bastará en este momento con unas breves consideraciones sobre las bases constitucionales del derecho de funcionarios.

La Constitución española, aun estableciendo un tronco común de derechos profesionales de todos los españoles (art. 35.1), observa un cuidado terminológico especial por marcar las diferencias entre los regímenes jurídicos de los trabajadores y de los funcionarios. Ello se deja ver en los preceptos constitucionales sobre distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas (art. 149.1, 7.^a y 18.^a). Y se aprecia, sobre todo, en la previsión constitucional de una regulación legal diferente para trabajadores y funcionarios en relación con los propios derechos profesionales reconocidos en los mismos términos para unos y otros en el artículo 35.1 que se acaba de citar. Nos estamos refiriendo, como se habrá imaginado, a la distinción entre «un estatuto de los trabajadores» y «el estatuto de los funcionarios públicos», prevista en los artículos 35.2 y 103.3, respectivamente, del texto constitucional (11).

El expreso propósito constitucional de separar legislación laboral y legislación de funcionarios en materia de derechos y deberes profesionales supone un obstáculo de bastante consideración para la tesis de la extensión a estos

(10) Esta es la posición actual de M. ALONSO OLEA, *Derecho del Trabajo*, 9.^a ed., Facultad de Derecho de Madrid, 1985, que habla del «derecho —legal, que no constitucional— de huelga de funcionarios» (p. 655); posición ya adoptada en el comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 90/1984, de 5 de octubre, en *Jurisprudencia constitucional sobre trabajo y seguridad social*, tomo II (1984), Civitas, 1985, pp. 192 y ss.

(11) Cfr., en este sentido, la suma de argumentos que ofrece la sentencia del Tribunal Constitucional 57/1982, de 27 de julio.

últimos del derecho de huelga de los «trabajadores». Ciertamente, si la pauta terminológica de la Constitución es la distinción entre unos y otros, el criterio de la interpretación literal aboga en favor de la exclusión y no de la inclusión de los funcionarios entre los sujetos del derecho reconocido en el artículo 28.2. No se trata, desde luego, de un argumento decisivo, a la vista de los márgenes de indeterminación que presenta el concepto de «trabajador» y de la posibilidad en abstracto de una acepción amplia del mismo. Pero sí es, en cualquier caso, una razón suficiente si la tesis de la inclusión no cuenta con argumentos de fondo de cierto peso para poder abrirse camino.

Pues bien, una consideración de conjunto del ordenamiento constitucional no permite, en verdad, encontrar tales argumentos, sino otros que conducen más bien a reafirmar la postura de la exclusión. Puede afirmarse, en suma, como vamos a exponer a continuación, que la razón constitucional del tratamiento diferenciado de servidores públicos y trabajadores de régimen laboral está presente para la regulación de la huelga al menos con la misma intensidad que para la regulación de los estatutos respectivos de derechos y deberes profesionales.

En efecto, la distinción constitucional entre legislación laboral y legislación de funcionarios tiene su fundamento, con toda probabilidad, en la configuración de la Administración como una organización de trabajo sometida a principios peculiares, que no son los que rigen en las empresas privadas. Mientras éstas funcionan sobre la base de la libre iniciativa del empresario (art. 38), limitada por los derechos individuales y colectivos de los trabajadores (arts. 28, 35 y 37), la Administración pública, sin perjuicio de los correspondientes derechos de los funcionarios, ha de atenerse en su organización a determinadas reglas especiales de contenido, que aparecen formuladas en el ya citado artículo 103.3 del texto constitucional, y entre las que interesa destacar aquí la de actuar de acuerdo con el «principio de jerarquía» (12).

(12) No nos corresponde a nosotros la justificación y explicación de esta especialidad de la Administración como organización de trabajo. Utilizando términos de una obra de manejo frecuente en la doctrina administrativista (J. D. MOONEY, *Principios de organización*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958, prólogo de E. GARCÍA DE ENTERRÍA), quizá podríamos afirmar las siguientes bases: 1) que el principio de jerarquía es una modalidad particular del principio de gradación o escalonamiento, que es, por su parte, «esencial al concepto de organización» (p. 65); 2) que esta importante peculiaridad de la organización de trabajo en la Administración pública responde en parte al carácter instrumental de la Administración, consistente en que en ella no existe identidad entre jefatura y autoridad suprema (p. 67), al corresponder esta última al Gobierno (cfr. art. 97 de la Constitución española, por citar el ejemplo más próximo),

No parece dudoso que este principio jerárquico habrá de ejercer algún tipo de influencia sobre la valoración de conductas como la huelga que se lleva a cabo de forma unilateral por parte de un grupo o colectividad de trabajadores o empleados por cuenta ajena, con una significación inequívoca de protesta o confrontación respecto del empleador o acreedor de la prestación de servicios. Así pues, la exclusión de los funcionarios públicos de la titularidad del derecho reconocido en el artículo 28.2 de la Constitución no viene aconsejada solamente por un criterio de interpretación literal, sino que responde a una diferencia más profunda de principios de organización, que se orienta en la misma dirección de impedir la asimilación o identidad de tratamiento con la huelga de los trabajadores de régimen laboral.

Llegados a este punto de la argumentación, la operación interpretativa de «tercera vía» sobre la huelga en la Administración pública se encuentra, como advertíamos antes, con una bifurcación de caminos: o bien se entiende que la Constitución no cierra el marco normativo de esta conducta colectiva, dejando al legislador (o al Gobierno) plena libertad para elegir entre los distintos tipos de regulación que caben en la materia, siempre que se respete el principio de jerarquía, o bien se vincula la huelga de funcionarios públicos con el derecho a la libertad sindical atribuido a «todos» por el artículo 28.1 de la Constitución, con lo que el margen de la regulación legal o reglamentaria se mueve entre el tope máximo del citado principio jerárquico y el tope mínimo de la autodefensa de intereses profesionales inherente a la actividad sindical.

De acuerdo con el primero de estos caminos interpretativos, la Constitución remitiría implícitamente a las sucesivas mayorías parlamentarias la especificación o concreción del tipo de jerarquía a aplicar en la Administra-

y 3) que esta instrumentalidad de la Administración —fijación por el Gobierno del «objetivo externo» de la organización (p. 54)— es en los regímenes representativos una garantía del juego democrático, y en todo caso un medio de hacer efectiva la supremacía del poder político. Junto a este fundamento «político» del principio de jerarquía quizá pudiera señalarse también un fundamento «económico»: la jerarquía es la contrapartida de las garantías de estabilidad profesional que lleva consigo la condición de funcionario público. No estará de más recordar también que caben distintas versiones del principio de jerarquía, y que el cambio de un régimen autoritario a otro democrático significa una flexibilización del principio de jerarquía, entre otras razones por el reconocimiento del derecho a la libertad sindical de los funcionarios. Esta flexibilización de jerarquía en la Administración en cambios políticos de signo democrático se apunta en J. A. GARCÍA TREVIANO, *Principios jurídicos de organización administrativa*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1956, p. 28.

ción pública entre las distintas versiones posibles de este principio. Si se hubiera optado por una versión rigurosa de la misma, inspirada en el modelo militar o en el modelo tradicional del servicio fiel, la huelga de funcionarios sería considerada como incumplimiento profesional, o incluso en determinadas circunstancias como conducta penalmente ilícita. Si la elección recayere en una versión más flexible del principio jerárquico, entendido en términos de racionalidad burocrática u organizativa, la huelga de funcionarios podría ser consentida dentro de ciertos límites.

La mera descripción anterior es bastante ilustrativa, a nuestro juicio, del principal riesgo que se corre en este camino interpretativo: el riesgo de una excesiva indeterminación sobre las reglas básicas de juego en la Administración pública. No creemos que sea conveniente en esta materia un cambio tan amplio, casi sin fronteras, para la actividad legislativa. Y, lo que es más importante a efectos de interpretación, no creemos que la Constitución española sea tan agnóstica en lo que respecta a las relaciones de trabajo en la función pública. El pasaje clave para esta cuestión es, como ya hemos repetido, el reconocimiento, también a los funcionarios, del derecho a la libertad sindical. A esta incardinación constitucional de la huelga en la Administración pública, y a las consecuencias que de ella se derivan, dedicaremos el próximo apartado.

V. LA INCARDINACION DE LA HUELGA DE FUNCIONARIOS PUBLICOS EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA LIBERTAD SINDICAL

Las consideraciones realizadas a lo largo de la exposición anterior se han orientado con preferencia hacia la crítica de las posiciones doctrinales clásica y moderna ante la huelga en la función pública, y también, en el último epígrafe, hacia el descarte de la hipótesis interpretativa de la indiferencia de la Constitución respecto a cualquier tipo de regulación restrictiva o prohibitiva en la materia. Después de esta labor de exclusión de opciones, nos corresponde ahora demostrar por qué el reconocimiento expreso a los funcionarios del derecho a la libertad sindical ha de ser considerado como un elemento del marco constitucional de la huelga en la Administración pública. Esta demostración, que no llevará mucho espacio, pero que es fundamental para el propósito de nuestro estudio, irá acompañada de la indicación de las consecuencias jurídicas generales que se conectan a esta posición, en contraste con las que se derivan de la tesis de la indiferencia constitucional frente

a la prohibición de la huelga de funcionarios, y de la tesis de la inclusión de estos últimos entre los sujetos del derecho de huelga del artículo 28.2.

La razón por la cual el reconocimiento a los funcionarios de la libertad sindical sirve como punto de apoyo constitucional a la licitud de la huelga en la función pública radica en la propia naturaleza de la actividad sindical (y del sindicato) como comportamiento (y como organización) de autodefensa de los intereses de un grupo profesional. Si los sindicatos son desde sus orígenes «sociedades de resistencia», y siguen siendo en la formulación constitucional entidades para la «defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que les son propios» (art. 7), el derecho a la libertad sindical de los servidores públicos debe conducir lógicamente al reconocimiento a los mismos de los medios de autodefensa típicos de la actividad sindical; entre ellos, salvo inconvenientes graves y con las limitaciones que procedan, el recurso a la huelga.

La anterior concepción del sindicato como asociación *sui generis*, que se caracteriza no sólo por los fines que persigue sino también por los medios de autotutela o autodefensa que emplea, está suficientemente asentada en la legislación, en la jurisprudencia y en la doctrina como para no necesitar de un esfuerzo ulterior de demostración por nuestra parte. Con seguridad, es esta concepción la que subyace a la configuración del derecho a la libertad sindical, acogida en nuestra jurisprudencia constitucional como un derecho de contenido complejo, integrado por un haz de facultades que se proyecta sobre los distintos campos de las relaciones colectivas de trabajo: negociación colectiva, conflictos colectivos, participación en la empresa (13). La propia doctrina del Comité de Libertad Sindical de la OIT ha insistido, por su parte, en esta relación entre la libertad sindical y el derecho (o la libertad) de huelga, consistente en que este último puede ser considerado, en el supuesto de carecer de reconocimiento expreso, como una manifestación o despliegue natural de la primera (14).

(13) El acogimiento de esta concepción de la libertad sindical en la doctrina del Tribunal Constitucional no está exento de vacilaciones. Remitimos para el estudio de la cuestión a M. ALONSO OLEA, *Jurisprudencia constitucional sobre trabajo y seguridad social*, tomos I y II, Civitas, 1984 y 1985, com. 30 (pp. 114 y ss. del tomo I), com. 81 (pp. 255 y ss. del tomo I), com. 108 (pp. 255 y ss. del tomo II) y com. 123 (pp. 177 y ss. del tomo II); y a J. GARCÍA MURCIA, «La tutela del sindicato como agente de la negociación colectiva en la doctrina del Tribunal Constitucional», en *Relaciones Laborales*, núm. 2 (1985), pp. 283 y ss.

(14) Cfr. OIT, *La libertad sindical. Recopilación de decisiones del Comité de Li-*

A partir de la base firme de que la licitud de la huelga se halla implícita normalmente en el reconocimiento de la libertad sindical, estamos en condiciones de abordar con garantías el estudio de las consecuencias que se desprenden de la posición de tercera vía que defendemos; consecuencias que, comparadas con las de las otras opciones de interpretación a que nos hemos referido, son múltiples y afectan a muy diversos aspectos tanto sustantivos como de tutela jurisdiccional.

El contraste de la posición de la indiferencia constitucional ante la huelga de funcionarios con la tesis de la incardinación de ésta en el derecho a la libertad sindical arroja resultados prácticos netamente distintos. El principal de ellos es que aquella postura, al dejar al legislador plena libertad de regulación en la materia, ha de admitir como válida la hipótesis legislativa de la prohibición general de dicha conducta, mientras que la incardinación de la misma en la libertad sindical habrá de reservar siempre un espacio de licitud más o menos amplio para tales actividades de autodefensa en la Administración pública.

Dentro de la comparación entre nuestra posición y la de la inexistencia de inserción constitucional de la licitud de la huelga de funcionarios, podemos considerar ahora las consecuencias diferentes de una y otra, no en la hipótesis de una legislación prohibitiva, sino en el supuesto de una legislación permisiva, que consintiese hablar de un derecho o libertad de huelga de origen legal y no constitucional. Ciertamente, incluso en el caso de que el legislador hubiera optado por reconocer el derecho de huelga de los funcionarios en un contexto en que resultara constitucionalmente posible tanto esta opción como la contraria, tal derecho «legal» llevaría, en relación con un derecho o facultad constitucional, a consecuencias diferentes que no conviene perder de vista.

bertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, Ginebra, 1972, pp. 98 y ss. La doctrina del Comité de Libertad Sindical ha admitido excepciones a la derivación «necesaria» libertad sindical-derecho de huelga, entre ellas precisamente la de la función pública (p. 106, n.º 264), sobre todo —puntuación que devuelve valor a nuestra argumentación *ex abundantia*— «para los funcionarios públicos cuyas condiciones de empleo son fijadas por ley» (p. 106, n.º 263). Ahora bien: la propia OIT (Convenio OIT 151, ratificado por España —*BOE*, 12-XII-1984— y ya vigente entre nosotros) promueve el establecimiento de procedimientos de fijación de condiciones de empleo no por vía de legislación exclusivamente, sino también por vía de negociación (art. 7), lo que lleva a la aceptación de los conflictos colectivos en la función pública (art. 8).

Así, la exigencia jurisdiccional de los derechos y facultades es, como se sabe, de acuerdo con el artículo 53.2 de la Constitución, más enérgica si son constitucionales que si son de origen simplemente legal o contractual. Algo parecido puede predicarse de las garantías sustantivas de aquéllos frente a los actos u omisiones de los propios titulares, habida cuenta de que las reglas sobre renunciaciones y pérdidas de prescripción suelen ser más estrictas en los derechos constitucionales que en los demás. Lo mismo ocurre con la protección frente a los actos de vulneración o lesión procedentes de terceras personas, que, como también es conocido, son actos tachados de ineficacia o nulidad radical si afectan a derechos constitucionales y no acompañados necesariamente de esta consecuencia si afectan a derechos de otro origen. Por último, pero no menos importante, la inserción o falta de inserción constitucional de la huelga de funcionarios puede influir en la fuente de los límites que se impongan a la misma, que, en principio, deberá ser la ley en el primer supuesto y que podría ser también el reglamento en el segundo.

Si pasamos ahora a contrastar nuestra tesis con la de la asimilación de la huelga de funcionarios a la huelga de trabajadores de régimen laboral, comprobaremos también que los resultados prácticos de una y otra son bastante dispares en aspectos cruciales del régimen jurídico de esta conducta colectiva.

En efecto, en contra de lo que pudiera parecer a primera vista, las diferencias entre ofrecer apoyo constitucional a la huelga de funcionarios públicos a través del artículo 28.2 o a través del artículo 28.1 de la Constitución son muy apreciables. La primera de ellas estriba en el distinto relieve que el recurso a la huelga presenta en una y otra hipótesis. Para la opción de la inclusión de los funcionarios públicos entre los titulares del derecho del artículo 28.2 la consecuencia inescapable es el reconocimiento directo de un derecho autónomo de abstención colectiva de la prestación de servicios. En cambio, la elección de la vía del artículo 28.1, aun reconociendo en principio la licitud de la huelga de funcionarios, la considera no como un derecho independiente, sino como una facultad conexa de la libertad sindical, que se integra como una pieza más de un sistema complejo de facultades de auto-defensa.

Esta diferencia de encaje constitucional de la huelga de funcionarios como derecho autónomo o como facultad conexa a la libertad sindical tendría trascendencia práctica en cualquier sistema normativo, pero parece especialmente importante en un ordenamiento jurídico como el nuestro en el que el concepto de «contenido esencial» de los derechos fundamentales juega un papel protagonista en el ajuste entre distintos intereses y bienes jurídicos.

No vamos a entrar en este momento en la determinación de si la facultad de recurrir a la huelga forma parte en todo caso del contenido esencial de la libertad sindical. Pero sí podemos afirmar tranquilamente que en ningún caso las modalidades de ejercicio de la misma contarían con idéntico espacio de licitud que en la huelga de trabajadores *sensu stricto*. El umbral mínimo por debajo del cual se degrada o desvirtúa la protección del derecho fundamental de huelga será más rígido y estará a un nivel más alto que el umbral de la regulación de la facultad de huelga integrada en el derecho complejo a la libertad sindical.

Si desde el planteamiento teórico que se acaba de hacer hemos llegado a la conclusión de que la alternativa entre el artículo 28.1 y 28.2 de la Constitución significa el establecimiento de márgenes diferentes para la regulación legislativa de la huelga de funcionarios, la consideración detenida de estos preceptos constitucionales permite confirmar, con un simple argumento de interpretación literal, que la elección de una u otra vía determina distintos sistemas de limitación del recurso a la huelga por parte de este sector profesional. En uno y otro caso estos sistemas de limitación han de hacer uso, en principio, del instrumento legislativo. Pero mientras que éste deberá emplearse, de acuerdo con el artículo 28.2, para garantizar los «servicios esenciales de la comunidad», su utilización está prevista más genéricamente en el artículo 28.1 para la regulación de las «peculiaridades» de ejercicio de la libertad sindical de los funcionarios.

No parece dudoso que esta fórmula genérica del artículo 28.1 consiente al legislador una mayor capacidad de movimientos en la regulación de la huelga de funcionarios que la permitida en la regulación de la huelga «laboral». A nuestro modo de ver, su principal función es abrir paso a la consideración de la naturaleza de la Administración pública como organización de trabajo en la fijación de las limitaciones de esta conducta colectiva; no en balde la mención de «las peculiaridades del ejercicio del derecho a sindicación» de los funcionarios se reproduce en el artículo 103 del texto constitucional, que es, como hemos visto, el que expresa los principios de organización de la Administración pública. Pero a este tema de la identificación de las limitaciones de la huelga de funcionarios vamos a dedicar un apartado propio.

VI. LAS LIMITACIONES CONSTITUCIONALES DEL RECURSO A LA HUELGA
EN LA ADMINISTRACION PUBLICA

Afirmada la incardinación de la huelga en la Administración pública en el derecho constitucional a la libertad sindical, y esbozado el cuadro general de consecuencias que ello trae consigo, nos corresponde en este momento de la exposición señalar las limitaciones constitucionales del recurso a la huelga cuando son funcionarios los sujetos que han decidido acudir al mismo. Decimos sólo «limitaciones constitucionales» y no «limitaciones legales» no tanto porque nuestro propósito en este estudio excluya deliberadamente un análisis detallado, sino, sobre todo, porque hoy por hoy el intérprete, ante la inmensa laguna legal existente en la materia, se las ha de haber directamente con la Constitución para el tratamiento de la cuestión que aquí nos ocupa.

Pues bien, ciñéndonos ahora a las limitaciones de la huelga de funcionarios, exigidas por la presencia de otros bienes o derechos constitucionales, debemos referirnos a las tres clases siguientes: 1) limitaciones que derivan de la configuración de la Administración pública como organización presidida por el principio de jerarquía; 2) limitaciones que proceden de la concepción de la huelga de funcionarios como actividad conexas de la actividad sindical y no como derecho autónomo, y 3) limitaciones que impone la cláusula constitucional de garantía de los servicios esenciales de la comunidad.

Como ya hemos dicho más arriba, la previsión constitucional de «peculiaridades de ejercicio de la libertad sindical» en la función pública encuentra su razón de ser en la configuración de la Administración como una organización de trabajo jerarquizada. Por su parte, la existencia de este principio de jerarquía no ha de ser explicada, a nuestro modo de ver, como un residuo histórico que el tiempo acabará disolviendo, sino que tiene su fundamento en la configuración de la Administración como organización instrumental dirigida por el Gobierno, y en otras opciones y principios de organización de la función pública, cuya singularidad se ha puesto de relieve espectacularmente en esta época de crisis de empleo: prestación de servicios en régimen de monopolio, garantías para el funcionario de continuidad en el empleo, protección intensa de la estabilidad en el puesto de trabajo. En tanto en cuanto estos criterios de organización de la función pública tengan vigencia, y en la medida en que la tengan, irán acompañados del principio de jerarquía.

En efecto, ciñéndonos aquí al fundamento de «gestión de personal», el papel de organización y de disciplina que desempeñan en la empresa privada

el juego del mercado y la iniciativa del empresario es el que corresponde en la Administración pública al principio jerárquico mencionado en la Constitución. O dicho de otra manera: la debilidad de los resortes de motivación económica en la Administración pública, ante la falta de exposición de su organización de trabajo al juego del mercado, aconsejan la predisposición de este instrumento legal de procura de eficiencia; lo que los empresarios pueden conseguir a través de mecanismos económicos, la Administración debe alcanzarlo a través de un encuadramiento más estricto del personal a su servicio.

A la hora de la concreción en normas del principio de jerarquía, es indudable que el legislador tiene un margen de decisión muy amplio para elegir entre distintas versiones, más o menos rigurosas unas que otras, de dicho principio. Pero el marco constitucional constriñe, en todo caso, a respetar su lógica interna, que, en combinación con las de los otros principios constitucionales de organización administrativa, conduce necesariamente a la diferenciación de grados o niveles entre funcionarios, a la actuación de acuerdo con normas preestablecidas y al refuerzo del cumplimiento de las órdenes procedentes de la autoridad (15). Podríamos concluir, en suma, que la lógica de la Administración pública diseñada en la Constitución española es la lógica de la racionalidad burocrática en atención a intereses generales definidos por órganos que ostentan potestad de gobierno, y no, como ocurre en el diseño constitucional de la empresa privada, la lógica de la competición entre distintos grupos que persiguen cada uno sus propios objetivos.

Contemplado desde el punto de vista propio de este estudio, resulta evidente también que el principio jerárquico en la organización de trabajo en la Administración pública, sin que pueda llegar a la invalidación de las facultades de autodefensa que integran la libertad sindical, introduce un factor de limitación o restricción en las modalidades de ejercicio de tales facultades, que ha de dejarse sentir de manera especial en la valoración de una conducta unilateral de cesación colectiva en el trabajo por parte de los servidores públicos, como es la huelga. El sentido de esta limitación o restricción es, de un lado, que se respete escrupulosamente la atribución a los órganos gubernativos de la definición de los intereses generales y, de otro, que se mantengan intactas las condiciones organizativas necesarias para el cumplimiento puntual de las órdenes superiores.

(15) Esta última manifestación de la jerarquía como refuerzo del principio de autoridad justifica una reacción sancionadora contra las huelgas ilegales más enérgica que la aplicable a los trabajadores y, sobre todo, postula una conducta de huelga más ordenada y formalizada que la exigida al sector laboral en sentido estricto.

Como ya se ha dicho, es al legislador a quien corresponde concretar en normas la influencia restrictiva del principio de jerarquía sobre la libertad sindical de los funcionarios públicos. En lo que respecta a la facultad de huelga, es claro que no puede considerarse terminado su papel en este campo con la norma «aclaratoria» de la disposición 12.^a de la LRF y con el precepto preconstitucional del artículo 222 del Código Penal, tal como quedó redactado en la disposición adicional cuarta del Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo. Como también hemos señalado, esta carencia legislativa sobre las «peculiaridades» de la libertad sindical de los funcionarios no ha sido compensada tampoco, hasta ahora, por la labor de la jurisprudencia.

De lege ferenda nos atreveríamos a proponer dos líneas de regulación que concretarían tales «peculiaridades» de la libertad sindical de los funcionarios en materia de huelga. La primera de ellas obligaría a que la conducta colectiva de cesación del trabajo sea practicada en la Administración pública no de manera «espontánea», sino con apoyo formal en los órganos de representación de los funcionarios. La intervención de estos órganos —sean sindicatos, secciones sindicales, representaciones unitarias en las oficinas y centros administrativos— nos parece virtualmente imprescindible para justificar la suspensión provisional de la obediencia jerárquica que conlleva la conducta de huelga y para garantizar que tal suspensión se producirá de un modo ordenado y formalizado compatible con las condiciones de dicho principio de jerarquía. Una segunda línea de regulación haría referencia a los requisitos de procedimiento del acuerdo de huelga: implantación suficiente de la organización convocante, referéndum en caso contrario del grupo afectado, notificación en tiempo y forma a la superioridad, etc.

Señalábamos al comienzo de este apartado que, además de las derivadas del principio de jerarquía, otra clase de limitaciones de la huelga de funcionarios procedía de la consideración de ésta como una facultad conexas de la libertad sindical, y no como un derecho autónomo a abstenerse de la prestación de servicios. La trascendencia de esta configuración dependiente de la facultad de huelga estriba en la posibilidad que en tal caso se ofrece de compensar, sin detrimento del contenido esencial del derecho del que forma parte, una restricción de dicha facultad con la potenciación de las otras facultades de autodefensa: negociación colectiva, presencia institucional, participación en procedimientos de solución de conflictos.

La hipótesis de limitación de la huelga de funcionarios a que acabamos de referirnos plantea de nuevo el problema de si la facultad de huelga forma parte siempre del «contenido esencial» de la libertad sindical o si, por el

contrario, la supresión de la misma podría ser legitimada por una regulación suficientemente «compensatoria» de las otras facultades de autodefensa. No podemos tratar aquí este tema con la extensión y la profundidad que merece. Nos interesa consignar, sin embargo, que una exclusión general de la facultad de huelga para el conjunto de la función pública afectaría probablemente al contenido esencial de este derecho, al privar a la actividad sindical de los funcionarios y de sus organizaciones sindicales del único recurso de apoyo directo que existe a su disposición en las relaciones de trabajo en la Administración pública. Habrá que volver, no obstante, sobre esta difícil cuestión con más detenimiento.

La incardinación de la huelga de funcionarios en el «derecho a la libertad sindical» y no en el «derecho de huelga de los trabajadores» podría hacer pensar que la cobertura constitucional de la misma sólo comprende la actividad de los sindicatos de invitación, convocatoria o apoyo al movimiento huelguístico y las conductas de huelga de los funcionarios respaldadas por tal llamamiento sindical. Hay algo de verdad en este planteamiento, y es la falta de cobertura constitucional para las huelgas de funcionarios «espontáneas» o «salvajes», cuya compatibilidad con el principio de jerarquía nos parece posible.

Pero no toda invitación a la huelga proveniente de un sindicato presta licitud a tal conducta. A nuestro entender, el llamamiento por parte de un sindicato sin implantación o con implantación escasa en el ámbito funcional correspondiente no debería conducir por sí solo a la subsanación del incumplimiento profesional que supone, en principio, la abstención voluntaria de la prestación de servicios en la función pública (16). En sentido contrario, a pesar de no provenir de un sujeto sindical *stricto sensu*, la invitación o convocatoria al movimiento huelguístico por parte de los órganos de representación unitaria de los funcionarios públicos sí debería bastar, a nuestro juicio, para la justificación del paréntesis en la «jerarquía» que supone la huelga (17).

(16) La afirmación requeriría una serie de matizaciones y salvedades, que no podemos desarrollar aquí, sobre la invitación del sindicato más representativo por irradiación, sobre la convocatoria del sindicato en relación con sus afiliados y sobre la probable virtualidad convalidatoria del referéndum de huelga. Sobre el tema, J. E. SERRANO MARTÍNEZ, «Titularidad y ejercicio del derecho de huelga: el papel del sindicato», en *Jurisprudencia constitucional y relaciones laborales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983, pp. 183 y ss.

(17) A la vista de la configuración de estos órganos de representación unitaria en el sistema normativo español, no parece que la huelga llevada a cabo tras el llamamien-

La tercera clase de limitaciones constitucionales a la huelga de funcionarios procede, como señalábamos antes, de la garantía de los «servicios esenciales de la comunidad». Esta garantía es explícita para la «huelga de trabajadores» del artículo 28.2 de la Constitución, no haciéndose referencia a ella, en cambio, en el artículo 28.1 de la norma fundamental, en el que se incardina, de acuerdo con nuestra posición, la huelga de funcionarios. No nos parece dudoso, de todas formas, que entre las limitaciones constitucionales a la huelga en la Administración pública deba figurar esta garantía. Y no sólo en virtud de una interpretación extensiva apoyada en el argumento *a minore ad maius*, sino también porque dicha garantía de los servicios esenciales, al ser el núcleo esencial del Estado social de Derecho, subyace a todo el ordenamiento constitucional, habiendo de considerarse presente en todos sus elementos.

Ahora bien, como se ha puesto de relieve en más de una ocasión, no parece acertado considerar que la huelga en la función pública afecta por sí misma, en todo caso, a los servicios esenciales de la comunidad. La doctrina y la jurisprudencia han planteado la definición de este concepto jurídico indeterminado en términos de respeto a los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en la Constitución, señalando que no toda huelga en la Administración pública produce de manera inmediata una lesión de los mismos (18).

Entre las medidas para garantizar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad se encuentra, como se sabe, la imposición de servicios mínimos en los ámbitos afectados por la huelga. Esta imposición es perfectamente lícita en la función pública, hecha la salvedad de que las dependencias o centros en situación de paro desempeñen servicios esenciales propiamente dichos. Las autoridades gubernativas españolas han acudido con frecuencia a la imposición de tales servicios mínimos en la Administración pública en las huelgas llevadas a cabo en la misma a lo largo de los últimos años (19).

to de los mismos pueda ser considerada huelga espontánea o salvaje. Nótese, de todas maneras, que la línea del Tribunal Constitucional en cuanto a estas representaciones unitarias es, en la jurisprudencia más reciente, contraria a su consideración como sujetos sindicales; paradójicamente, en el momento en que la «sindicalización» de estos órganos es más acusada.

(18) Cfr. A. BAYLOS GRAU, *El derecho de huelga en los servicios esenciales para la comunidad*, tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 1981, cap. 2.º

(19) Véase A. BAYLOS GRAU, «Huelga y servicios esenciales para la comunidad», en *Jurisprudencia constitucional y relaciones laborales*, cit., pp. 209 y ss.

VII. LA HUELGA ABUSIVA EN LA ADMINISTRACION PUBLICA

La teoría general del derecho de huelga suele establecer dos tipos de límites a la licitud de este comportamiento de conflicto: 1) La evitación de la lesión de otros derechos o intereses merecedores de protección (lo que hemos llamado en el apartado anterior «limitaciones»; y se conoce también con el nombre de «límites externos»), y 2) el impedimento del abuso de la huelga que irroge perjuicios desproporcionados e innecesarios a los destinatarios de la misma o al público (lo que en la anterior clasificación se denominan «límites internos» del derecho de huelga). Este cuadro de conceptos, que resulta a nuestro juicio muy útil en la ordenación de los requisitos de licitud de la huelga y en la comprensión de determinadas medidas de amortiguación o prevención de la misma, puede servirnos también para plantearnos adecuadamente la cuestión de los límites internos de la huelga de funcionarios públicos (después del tratamiento en el epígrafe precedente de las limitaciones o límites externos) y para contemplar desde un buen observatorio las analogías y contrastes que ella guarda en este punto con la huelga de trabajadores de régimen laboral (20).

La separación entre huelgas lícitas y huelgas ilícitas o abusivas es, en la huelga de funcionarios, más complicada que en la huelga de trabajadores, ya que esta última cuenta con una regulación legislativa extensa y detallada —el Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, depurado por la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981— para el trazado de la línea divisoria de unas y otras; lo que no ocurre, como ya sabemos, en el supuesto objeto de este estudio. Nada impide, no obstante, que algunos de los preceptos de dicha regulación sean extendidos por analogía a la huelga de funcionarios públicos. Así ha ocurrido con la norma de imposición de servicios mínimos en los servicios esenciales de la comunidad y así ocurre también con determinados preceptos del Decreto-Ley 17/1977 sobre huelgas abusivas. Ciertamente, el recurso a la analogía deberá hacerse con circunspección y sumo cuidado. Pero no resulta dudoso que, para cubrir la laguna legal a que nos estamos refiriendo, se encuentran muchas referencias útiles en dicha normativa laboral. Hay que tener en cuenta, además, que la sentencia del Tribunal Constitucional que resolvió el recurso de inconstitucionalidad plan-

(20) Véase G. GIUGNI, *Derecho sindical*, IELSS, Madrid, 1983, pp. 235 y ss.

teado contra el citado Decreto-Ley contiene muchos elementos de una doctrina general de la regulación de la huelga, que facilitan notablemente en nuestro caso la siempre delicada operación de interpretación analógica.

De acuerdo con la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981, el concepto de huelga abusiva es el que explica una serie variada de requisitos de licitud de la huelga y de presunciones de ilicitud de algunas de sus modalidades previstos en el Decreto-Ley 17/1977. No nos corresponde realizar aquí un análisis exhaustivo de estos supuestos de abuso de la huelga. Pero sí queremos considerar brevemente dos muy significativos, que permiten comprobar la viabilidad de la interpretación analógica en el supuesto que nos ocupa: la presunción de ilicitud de la huelga por sorpresa o sin preaviso y la consideración como ilícitas, salvo prueba en contrario, de las huelgas rotatorias y en sectores estratégicos del proceso productivo.

En lo que se refiere a estas últimas modalidades de huelga, es cierto que la prevención legal frente a las mismas está pensada (y prevista) para determinadas actividades industriales y de servicios que no suelen prestarse en régimen funcional. Pero no encontramos ningún argumento *a contrario* y sí una clara identidad de razón para su extensión analógica a la función pública. Es más: el propósito de evitación de la desorganización productiva en las empresas (o de «defensa de la productividad» de las mismas, en los términos del artículo 38 de la Constitución), que explica la calificación de estas modalidades como huelgas abusivas, encuentra su paralelo en el principio de «eficacia», que, de acuerdo con el artículo 103.1 de la propia norma fundamental, ha de presidir la organización de la Administración pública, viéndose incluso reforzado en este ámbito por la vigencia del principio jerárquico.

En cuanto al requisito del preaviso y la consiguiente prohibición de la huelga por sorpresa, su exigencia, prevista en el Decreto-Ley 17/1977 y ratificada en la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981, es más imperiosa, sin duda, en el sector de los funcionarios, habida cuenta de que los servicios y actividades de la Administración se prestan en régimen de monopolio, sin que el ciudadano tenga la posibilidad, abierta normalmente en las actividades empresariales, de procurarse servicios o bienes alternativos de otras organizaciones productivas que no hayan interrumpido su funcionamiento.

Una vez afirmada la viabilidad de la interpretación analógica de algunos preceptos sobre huelgas abusivas del Decreto-Ley 17/1977 a la huelga en la Administración pública, conviene señalar a continuación que el repertorio de

supuestos de abuso de huelga en la misma no se agota en los casos citados; ni debe rastrearse exclusivamente, si se quiere evitar el excesivo mimetismo a los esquemas de regulación establecidos para otros grupos o para otras épocas, por el procedimiento de mirar lo que ocurre en la normativa de la huelga de trabajadores *sensu stricto*. Existe un factor potencial de abuso de la huelga por parte de los funcionarios, al que nos acabamos de referir hace un momento, y que constituye, sin duda, la marca diferencial del trabajo en la Administración pública: la sustracción de la misma al juego del mercado, tanto del mercado de productos y servicios, puesto que su actividad se presta normalmente en régimen de monopolio, como del mercado de trabajo, puesto que la vinculación del funcionario es normalmente vitalicia y estable.

La circunstancia de que la Administración pública preste sus servicios y actividades en régimen de monopolio es un dato que habrá que tener en cuenta a la hora de la regulación legal de la huelga de funcionarios y, en su caso, a la hora de la delimitación jurisprudencial de cuáles son abusivas o exceden de sus fronteras naturales. La capacidad de presión de la huelga de funcionarios es, en principio, atendiendo a este factor, más fuerte que la capacidad de presión de la huelga de trabajadores. Claro está, hay otros factores distintos que pueden influir en la misma o en distinta dirección. Entre ellos se encuentra el que apuntábamos antes de la menor efectividad del freno económico en la actividad huelguística en la función pública, que tiene un doble filo: por una parte puede disminuir las defensas del Estado-patrono ante las reivindicaciones y, por otra, puede aumentar su indiferencia o capacidad de resistencia frente a las mismas.

El otro dato singular de las relaciones de trabajo en las Administraciones públicas, que habrá de ser tenido muy en cuenta en la regulación o en el enjuiciamiento de la huelga de funcionarios, es que éstos enfrentan la actividad de huelga desde posiciones bien reforzadas de seguridad en el empleo. La diferencia es especialmente sensible en una situación de transformación económica como la actual, caracterizada por una caída fuerte y prolongada de los índices de ocupación. Parece lógico compensar esta ventaja de los funcionarios de estar a cubierto de los vientos del mercado de trabajo con la consideración de la huelga como último recurso, al que sólo pueden acudir después de agotadas todas las posibilidades de satisfacción de sus intereses por la vía de la negociación. La propia situación de seguridad en el empleo explicaría también por qué el derecho sancionador de la huelga ilegal de funcionarios es, sobre el papel, más enérgico que el de los trabajadores en sentido estricto. Decimos «sobre el papel» porque cabe albergar alguna duda

sobre la efectividad de este derecho sancionador y sobre todo porque la sanción de pérdida de la ocupación es más difícil para aquéllos que para éstos.

VIII. FINAL: EL DERECHO DE FUNCIONARIOS COMO LEGISLACION ESPECIAL DE TRABAJO

El presente estudio ha partido de una indicación de los marcos de referencia o actitudes doctrinales que han sustentado las posiciones mayoritarias sobre la huelga de funcionarios públicos. Desde este punto de partida, y una vez constatada la insatisfactoriedad de tales posiciones, se han procurado afianzar las bases teóricas de una posición de síntesis o tercera vía, desplegando después las consecuencias de su adopción en un punto clave de la regulación, que es el trazado de la frontera entre huelgas lícitas y huelgas ilícitas o abusivas. Seguramente, con esta labor podríamos dar por terminado nuestro estudio. Pero no estará de más prolongarlo un poco para proyectar sus conclusiones sobre el conjunto de la legislación de funcionarios, cuya colocación sistemática en el ordenamiento jurídico es interesante someter a escrutinio a la luz de la Constitución y de la reciente Ley Orgánica de Libertad Sindical.

Sobre la base de la Constitución y de la legislación de funcionarios vigente a la sazón, el Tribunal Constitucional pudo afirmar, en la sentencia 57/1982, de 27 de julio, que la diferencia entre personal laboral y personal funcionario era fundamental en nuestro ordenamiento jurídico, afectando tanto a las condiciones de empleo y trabajo como a los instrumentos o fuentes de regulación de las mismas. Con los datos normativos existentes en aquel momento afirmamos entonces que el sentido de la legislación de funcionarios era adaptar las reglas del ordenamiento de la actividad profesional por cuenta ajena a las exigencias funcionales de la Administración pública expresadas en el artículo 103.1 de la Constitución. Y afirmamos además que las relaciones entre el ordenamiento común del trabajo por cuenta ajena, es decir, el Derecho del Trabajo, y la legislación de funcionarios podían ser descritas en términos de derecho común/legislación especial, con el clásico flujo de técnicas e instituciones entre uno y otra (21).

(21) Cfr. A. MARTÍN VALVERDE, «El ordenamiento laboral en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en *Rev. de Pol. Soc.*, 137 (1983), p. 119.

Como habrá podido advertir el lector, en el presente estudio hemos ratificado plenamente la primera de estas afirmaciones, que nos parece válida para la regulación de los derechos y deberes profesionales de carácter individual, y también, por razones analizadas más detenidamente aquí, para la normativa de la representación y acción de las representaciones profesionales. Ahora bien: ¿debemos descartar en este momento que la legislación de funcionarios sea una legislación especial y, por tanto, autónoma, respecto del Derecho del trabajo, después de los acontecimientos de la legislación 82-86? ¿No es cierto que la nueva legislación, y sobre todo la LOLS, han modificado radicalmente los términos de la cuestión, hasta el punto que ya no se puede seguir hablando de un derecho colectivo del trabajo en la función pública separado del ordenamiento común de tales relaciones colectivas?

El examen de distintos pasajes del articulado de la LOLS inclina en una primera aproximación por una respuesta afirmativa a la pregunta anterior. Así, los funcionarios, «a los efectos de esta Ley, se consideran trabajadores» (art. 1.2); la mayor representatividad por «especial audiencia» se atribuye en función de los resultados electorales de todas las representaciones unitarias, incluidas las de la Administración pública (art. 6.2, a); los sindicatos de funcionarios no tienen ningún tratamiento especial a efectos de mayor representatividad por afiliación o irradiación (art. 6.2, b); las secciones sindicales de empresa podrán implantarse también en los centros de la Administración pública (art. 8.2), y lo mismo ocurre con los delegados sindicales (artículo 10.2).

Este conjunto de datos normativos coincidentes en la misma dirección parece ser la respuesta a la idea expresada en la exposición de motivos de la LOLS de dar «un tratamiento unificado en un texto legal único que incluya el ejercicio del derecho de libre sindicación de los funcionarios públicos a que se refiere el artículo 103.3 de la Constitución y sin otros límites que los expresamente incluidos en ella»; tratamiento unificado que la propia exposición de motivos justifica con su *ritornello* preferido: el «desarrollo progresivo y progresista» de la libertad sindical.

Sin embargo, la exposición de motivos de la LOLS, en este punto como en tantos otros, incurre en un cierto abuso retórico. No tanto por la más o menos anecdótica intención performativa de investir de carácter «progresivo y progresista» al tratamiento unificado de la libertad sindical de trabajadores y funcionarios, lo que dista de estar claro, sino porque el tratamiento unificado que se promete no queda realmente plasmado en aspectos muy im-

portantes de la ley, como se pone de relieve tras un examen detenido y sistemático del conjunto de la misma.

En efecto, la unificación para funcionarios y trabajadores *sensu stricto* del tratamiento legislativo de la libertad sindical opera principalmente para los aspectos que pudiéramos llamar de organización sindical, entre ellos para la atribución de la «posición singular» de sindicato más representativo; y no para los distintos aspectos de la acción sindical, que quedan todos pendientes de regulación posterior: la huelga y la actividad de conflicto, la negociación colectiva, la representación en las oficinas y centros administrativos. La propia disposición adicional segunda, párrafo segundo, lo pone de relieve de manera explícita, al prever una ley reguladora de los órganos de representación de los funcionarios en las Administraciones públicas «en desarrollo de lo previsto en el artículo 103.3 de la Constitución», alusión inequívoca a las «peculiaridades» del ejercicio del derecho de sindicación de los funcionarios referido en dicho precepto.

No parece dudoso que la anunciada ley de los órganos de representación de los funcionarios en la Administración pública (cuya simple previsión es, por cierto, contradictoria con el «tratamiento unificado en un texto legal único» proclamado en la exposición de motivos) abordará la regulación de buena parte de los diferentes aspectos de la acción sindical, y que lo hará además, por hipótesis, con una óptica de legislación especial. Lo mismo habrá de ocurrir, como hemos visto en los apartados precedentes, con una posible legislación separada de la huelga de funcionarios, en el caso de que esta materia no se considere objeto de la ley anterior.

Reducido el «tratamiento unificado» de la libertad sindical fundamentalmente a los aspectos organizativos del régimen jurídico sindical, ha de cambiar bastante el diagnóstico sobre el significado de esta línea normativa de la LOLS. Ya no es, ciertamente, la provisión de un tratamiento unitario a todas las relaciones colectivas de trabajo, sino algo mucho más contingente y «político»: el favorecimiento del modelo centralizado y selectivo de representaciones profesionales, que constituye una de las constantes más señaladas de nuestra legislación de trabajo desde la etapa de la transición política, y que en la presente legislatura ha acabado por adquirir un cariz netamente neocorporativo (22). El favorecimiento radica, en nuestro caso, en que el «trata-

(22) Sobre el ajuste de la LOLS al modelo neocorporativo, véase J. GARCÍA MURCIA, *Posición jurídica y dimensión política del sindicato más representativo*, de próxima publicación, cap. 4.º

miento unificado», al considerar a los funcionarios públicos como un sector o rama más, que no ofrece especialidad alguna a efectos de organización profesional, facilita notablemente, a través de los mecanismos de atribución de la mayor representatividad, la penetración de las confederaciones sindicales mayoritarias en el «mercado sindical» de la función pública.

Sin entrar aquí en el enjuiciamiento de designio que ha inspirado a la LOLS en el punto que se acaba de ver, sí podemos decir que el alcance limitado y naturaleza contingente de esta línea de política legislativa le privan de entidad suficiente para determinar una reorganización en el seno del ordenamiento jurídico de la actividad profesional, por desplazamiento de una porción importante del Derecho de funcionarios hacia la órbita del Derecho del trabajo. No parece dudoso que con el reconocimiento a los funcionarios públicos del derecho a la libertad sindical está inscrita en la propia Constitución la intervención representativa en el proceso de decisión sobre las condiciones de trabajo de aquéllos y la defensa sindical de los mismos frente a posibles abusos o excesos del poder jerárquico. Pero no deja de ser verdad que el principio de jerarquía ha de seguir presidiendo, también por imperativo constitucional, toda la legislación de funcionarios, tanto la que se refiere a la relación de servicios como la que atiende a las relaciones colectivas de trabajo. Buenas pruebas de ello hemos encontrado a lo largo de este estudio de fundamentación en los límites de la huelga en la Administración pública.

La conclusión final que cabe extraer de todo el discurso anterior es que resulta lícito seguir suscribiendo la afirmación de que las relaciones Derecho del trabajo/Derecho de funcionarios responden al esquema derecho común/derecho especial. La especialidad de la Administración pública como organización de trabajo radica, en último término, en que no está regida por la lógica del mercado, sino por la racionalidad legal burocrática (servir «con objetividad los intereses generales», en la dicción del artículo 103.1 de la Constitución), racionalidad que postula el principio de jerarquía. Teniendo en cuenta lo que significa la existencia o la ausencia del mercado como factor de motivación de la conducta en el trabajo, no sería prudente, supuesto que fuera constitucionalmente posible, que se minimizara o se suprimiera el papel de dicho principio en la regulación de las relaciones colectivas de trabajo en la función pública.