

# SOBRE LA ILEGALIDAD DE LA «RETENCION DE HABERES» A LOS FUNCIONARIOS PUBLICOS CON OCASION DEL EJERCICIO DEL DERECHO DE HUELGA

(Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 1982, Sala 5.<sup>a</sup>; ponente: Diego Rosas Hidalgo, art. 2.984)

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.—II. EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO DE HUELGA DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS Y LA FALTA DE UNA REGULACIÓN NORMATIVA ESPECÍFICA.—III. EL PROBLEMA DE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA RETENCIÓN DE HABERES Y SU LEGALIDAD: a) La «retención de haberes» encubre una sanción administrativa que, como tal, debe sujetarse a las previsiones contenidas en el Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios Públicos de 16 de agosto de 1969. b) La «retención de haberes» es consecuencia lógica del ejercicio mismo del derecho de huelga, ya que al quedar en suspenso la relación estatutaria de los funcionarios quedan también en suspenso sus prestaciones recíprocas.—IV. LA POSICIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO EN LA SENTENCIA DE 22 DE MAYO DE 1982 DICTADA EN RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN.—V. CONSIDERACIÓN FINAL.

## I. INTRODUCCIÓN

A los cuatro años recién cumplidos de la entrada en vigor de la Constitución española de 1978, y un poco más desde que se abriera una nueva etapa en la vida política española, la ingente tarea de reconstruir un nuevo orden jurídico bien puede decirse, en términos generales, que no ha sido baldía, habiéndose hecho y avanzado no poco en este sentido. Unas veces con mayor acierto, otras no con tanto, lo cierto es que la labor legislativa, conjugada con la acción de jueces y tribunales —con una especial significación del Tribunal Constitucional—, ha propiciado ya una notable renovación, en plazo relativamente breve, del anterior bloque normativo tan sustancialmente alejado y contrapuesto a las líneas directrices que marcan y caracterizan la construcción de un efectivo y real Estado Social y de Derecho.

Con todo, y no podía ser de otra forma, dado el escaso tiempo transcurrido para tarea de tal envergadura, el hecho inocultable es que quedan múltiples ámbitos y sectores directamente conectados al desarrollo del texto constitucional a los que no les ha llegado aún el momento de disponer de un marco normativo concreto, preciso y acorde, evidentemente, con los nuevos principios constitucionales (1).

(1) En líneas generales no otra es la conclusión que parece desprenderse —aun cuando en modo alguno debe ni puede valorarse en términos estrictamente negativos— del conjunto de estudios que, presentados a un Seminario interdisciplinar

En esta delicada situación transitoria, que inevitablemente subsistirá durante bastante tiempo, los problemas y dificultades jurídicas no escasean y ponen a prueba en muchos casos y supuestos la trascendencia de la actividad judicial en la conformación misma de ese ordenamiento a través de la aplicación e interpretación de toda la potencialidad innovadora que encierra en sí mismo el texto constitucional. Ciertamente es que en nuestro ordenamiento jurídico no se cuenta con la tradición de otros ordenamientos en los que la labor jurisprudencial ha incidido decisivamente en la creación y conformación de las bases mismas de múltiples instituciones jurídicas, en una función auténticamente creadora, de lo que, ejemplo bien conocido, ha sido y sigue siendo el *Conseil d'Etat* en el Derecho Administrativo francés; pero, aun con todo, bien puede decirse que, con altibajos, no siempre en línea recta, la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo y, ante todo, la jurisprudencia constitucional están coadyuvando decisivamente en esa puesta a punto de la nueva realidad jurídica que ha alumbrado la Constitución de 1978.

Precisamente un buen ejemplo de las dificultades con que jueces y tribunales están debiéndose enfrentar en su función jurisdiccional lo constituye la huelga de funcionarios públicos. La ausencia de una regulación normativa expresa aplicable al ejercicio del derecho de huelga de los funcionarios puede explicar el porqué de las dudas y vacilaciones, con sentencias contradictorias ante idénticas *litis*, de las Audiencias Territoriales y de la propia Audiencia Nacional, acerca de los efectos jurídicos derivados del ejercicio lícito del derecho de huelga por funcionarios públicos y que ha dado lugar a que el Tribunal Supremo haya tenido que pronunciarse finalmente con una sentencia dictada en recurso de revisión que, desgraciadamente, no pasará, en mi opinión, a la pequeña historia de esos fallos que, como se decía más arriba, contribuyen a fijar las bases mismas de aquellas instituciones huérfanas en un momento dado de una expresa y detallada regulación normativa.

En efecto, la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 1982 objeto de esta anotación no es, claramente, un punto a resaltar, un hecho descollante—todo lo contrario—en ese contexto general francamente positivo de una jurisprudencia que con gran dosis de realismo, flexibilidad y sin extremismos—posibles en unas circunstancias jurídicas como las actuales—tan importante función de clarificación del ordenamiento jurídico está llevando a cabo. Por eso, las consideraciones que siguen no deben extrapolarse en momento alguno de su referencia concreta y específica a la referida sentencia que paso ya a comentar.

---

que a lo largo del pasado curso 1981-82 se organizara en la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, acaban de ver la luz, recogidos en un volumen colectivo titulado precisamente *El desarrollo de la Constitución española de 1978*, Libros Pórtico, Zaragoza, 1982.

II. EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO DE HUELGA DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS Y LA FALTA DE UNA REGULACIÓN NORMATIVA ESPECÍFICA

No se insistirá excesivamente en este momento en que la huelga de funcionarios se encuentra actualmente sin regular específicamente en el ordenamiento jurídico español. Se trata de un hecho repetidamente puesto de manifiesto por la doctrina y la propia jurisprudencia que no ofrece duda alguna (2).

Pero, al mismo tiempo, no parece, en principio, dudoso afirmar, igualmente, que a los funcionarios les asiste actualmente un efectivo derecho de huelga. Si ya con anterioridad a la Constitución española de 1978 no faltaron autores que, no sin fundamento, defendieron ese derecho de huelga de los funcionarios públicos (3), tras la entrada en vigor del texto fundamental parecen incontestables los argumentos que en tal sentido afirmativo se han venido manejando por la doctrina (4). La propia jurisprudencia no ha cuestionado la realidad de ese derecho de huelga de los funcionarios públicos—antes bien, tácitamente ha confirmado su existencia— (5) y la Administración pública,

---

(2) Por todos, *vid.* últimamente, BORRAJO DACRUZ, *El derecho de huelga de los funcionarios públicos en la Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981*, en «REDC» núm. 2 (1981), pp. 131 y ss., en especial, p. 144; así como el libro de GARCÍA BLASCO, *El derecho de huelga en España: calificación y efectos jurídicos*, Edit. Bosch, de próxima aparición. En ambos casos, se encontrarán diversas referencias jurisprudenciales en idéntico sentido, así como en este mismo trabajo más adelante.

(3) Así se pronunció EMBID IRUJO, *La problemática actual de la huelga de funcionarios*, en «REDA» núm. 19 (1978), pp. 571 y ss., en especial, pp. 600 y ss., cuyos argumentos no han pasado desapercibidos totalmente, haciéndose eco de algunos de ellos la doctrina posterior y la propia jurisprudencia.

(4) Véase, en esta línea, CANO MATA, *La huelga de funcionarios*, en el núm. 93 de esta REVISTA (1980), pp. 192 y ss., con aportación de diversos argumentos jurídicos y con suficientes apoyos doctrinales y jurisprudenciales.

No obstante, no puede olvidarse que el propio Tribunal Constitucional, en la sentencia de 8 de abril de 1981 («BOE» del día 25), a propósito del recurso de inconstitucionalidad número 192 contra diversos preceptos del Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, regulador del derecho de huelga y de los conflictos colectivos de trabajo, no se ha pronunciado abiertamente sobre si los funcionarios públicos tienen hoy por hoy reconocido el derecho de huelga. El Tribunal Constitucional se ha limitado a declarar que «... el eventual derecho de huelga de los funcionarios públicos no está regulado—y, por consiguiente, tampoco prohibido— por el Real Decreto-ley 17/1977. Si no hay regulación—y tampoco prohibición— mal puede hablarse de inconstitucionalidad por esta causa» («Fundamento jurídico núm. 13, *in fine*); razón por la cual bien ha podido afirmar BORRAJO DACRUZ, *El derecho de huelga*, *loc. cit.*, p. 139, que «la posición del Tribunal Constitucional simplemente informa de que las alteraciones de la regularidad de servicios no son delitos por sí mismos, pero no hay pronunciamiento sobre si valen como simple libertad o si han alcanzado el carácter de un derecho, cuyo ejercicio lícito (no abusivo) exime de sanciones al sujeto huelguista».

(5) Al margen de explícitas declaraciones judiciales reconociendo el derecho de huelga de los funcionarios públicos en el ordenamiento jurídico español (así, por ejemplo, Sentencia de la Magistratura de Trabajo número 4 de Madrid de 23 de noviembre de 1979, sobre la que versa el comentario de FUERTES SUÁREZ, *El derecho de huelga en los funcionarios públicos*, en «REDA» núm. 24 (1980), pp. 124 y ss., con un razonamiento en todo punto coincidente con el mantenido más tarde por la Sentencia de la Sala de lo Contencioso de la Audiencia Territorial de Pamplona de 5 de marzo de 1982, a la que me referiré más adelante, etc), el hecho es que

en fin, ha seguido similares pautas de actitud ante este decisivo hecho en la historia funcionarial (6).

Nos encontramos, pues, ante un derecho de huelga de los funcionarios, que viene *de facto* ejercitándose, y que, sin embargo, carece de una específica normativa reguladora. La aplicación directa a los supuestos de huelgas de funcionarios de las normas contenidas en el Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, no es posible, tal como se desprende claramente del propio tenor literal del artículo 1.º (al especificar que se regula el derecho de huelga en el *ámbito de las relaciones laborales*) y ha confirmado el Tribunal Constitucional en su fundamental sentencia de 8 de abril de 1981 («BOE» del día 25) dictada en recurso de inconstitucionalidad contra el citado Real Decreto-ley 17/1977 (7). Y la posible aplicación analógica del mismo, posibilidad que fue tempranamente defendida por algún sector doctrinal y a la que se han sumado más tarde nuevos partidarios de la misma, e, incluso, alguna sentencia judicial (8), no parece tampoco viable—o, al

todas las sentencias que han conocido sobre la legalidad o ilegalidad de la retención de haberes a los funcionarios públicos como consecuencia de la realización de huelga por los mismos—y a las que me referiré con detalle seguidamente—, nunca han puesto en tela de juicio la existencia de tal derecho y la posibilidad de su ejercicio efectivo por los funcionarios, a pesar de la inexistencia de una específica regulación normativa del mismo.

(6) Ya EMERIT IRUJO, *La problemática*, loc. cit., pp. 600-601, llamó la atención sobre la misma actuación del Gobierno tras la ratificación por el Estado español en 1977 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 19 de diciembre de 1966, al regular—por vía de Real Decreto— el derecho de sindicación de ciertos funcionarios públicos y aprovechando la ocasión «para introducir la prohibición del derecho de huelga, cosa incongruente si se hubiera estimado vigente el artículo 222 del Código Penal» (así, vid. Real Decreto 3824/1977, de 18 de diciembre, para los funcionarios civiles de la Dirección General de Seguridad—artículo 2.2.º—, y Real Decreto 500/1978, de 3 de marzo, para el personal civil al servicio de la Administración Militar—artículo 5.2.º—).

Dato, el que acaba de recordarse, que está en la base, igualmente, de la siguiente afirmación de BORRAJO DACRUZ, *El derecho de huelga*, loc. cit., p. 136: desde la perspectiva del ordenamiento jurídico real o socialmente vivido, «la huelga de los funcionarios públicos es más que un hecho social tolerado oficialmente: el Gobierno la ha regulado y, por tanto, ha reconocido tal derecho en numerosas ocasiones, por Decretos que ocupan frecuentemente las páginas del "Boletín Oficial". Estos Decretos, todos ilegales, se han cumplido».

(7) Dice así, en el «Fundamento Jurídico» núm. 13: «El Real Decreto-ley 17/1977, según claramente resulta de su artículo 1.º, regula el derecho de huelga en el ámbito de las relaciones laborales, y este tipo de relaciones se encuentran, en la actualidad, delimitadas por las reglas del Estatuto de los Trabajadores, que expresamente excluyen [cfr. art. 1.º, ap. 3, a)] «la relación de servicio de los funcionarios públicos y la del personal al servicio del Estado, las Corporaciones Locales y las entidades públicas autónomas, cuando, al amparo de una Ley, dicha relación se regule por normas administrativas o estatutarias». De lo cual, el Tribunal Constitucional concluye que: «Lo anterior significa que el eventual derecho de huelga de los funcionarios públicos no está regulado—y, por consiguiente, tampoco prohibido— por el Real Decreto-ley 17/1977. Si no hay regulación—y tampoco prohibición—, mal puede hablarse de inconstitucionalidad por esta causa.»

(8) Vid. EMERIT IRUJO, *La problemática*, loc. cit., pp. 603 y ss. Con posterioridad, de manera más contundente, CANO MATA, *La huelga*, loc. cit., pp. 142 y ss., señalando que el actual vacío normativo debe cubrirse aplicando analógicamente (artículo 4.º1 del Código civil) las normas que rigen la huelga de los trabajadores de empresas encargadas de servicios públicos, siempre que las normas no se opongan a la Constitución (cuestión esta de gran relieve, dada la declaración de inconstitucionalidad de algunos preceptos del Real Decreto-ley 17/1977, que ha realizado el Tribunal Constitucional en la citada Sentencia de 8 de abril de 1981).

Por su parte, jueces y tribunales no han dejado de aplicar analógicamente a las

menos, es dudoso—, si nos atenemos a las últimas posiciones que la doctrina laboralista viene manteniendo (9).

En consecuencia, he aquí una situación jurídica un tanto ambigua—no por ello excepcional en las presentes circunstancias—que se ha planteado directamente ante los tribunales a propósito de la llamada «retención de haberes» a la que la Administración ha procedido respecto de aquellos funcionarios huelguistas.

### III. EL PROBLEMA DE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA RETENCIÓN DE HABERES Y SU LEGALIDAD

En efecto, diversas Audiencias Territoriales y la misma Audiencia Nacional han conocido, desde hace un par de años, de recursos interpuestos por funcionarios públicos a los que la Administración les había deducido y retenido parte de sus haberes correspondientes a los días en que cesaron de prestar sus servicios a consecuencia del ejercicio de su derecho de huelga.

La doctrina que acerca de la legalidad o ilegalidad de esa retención de haberes han mantenido esas sentencias ha sido de signo bien distinto, delineándose dos posiciones fundamentales al respecto.

a) *La «retención de haberes» encubre una sanción administrativa que, como tal, debe sujetarse a las previsiones contenidas en el Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios Públicos de 16 de agosto de 1969.*

Entre otras, las sentencias de la Audiencia Territorial de Oviedo de 31 de octubre de 1980, de la Audiencia Territorial de Valencia de 20 de julio de 1981 y, finalmente, de la Audiencia Nacional de 9 de marzo de 1982, han sustentado, efectivamente, que la deducción o retención de haberes es una sanción acordada fuera de todo procedimiento sancionador que conduce a la nulidad del acto administrativo.

Las *litis*, en todos los casos, surgen como consecuencia de la deducción a los recurrentes —funcionarios públicos— de determinados días de haber correspondientes al período de tiempo que duró la huelga en la que participaron y que supuso el cese de sus normales funciones y actividades. En todos los casos, igualmente, las sentencias fallan en

huelgas de funcionarios lo dispuesto en el Real Decreto-ley 17/1977 (*vid. las diversas sentencias que cita CANO MATA, pp. 143-144, y las referencias doctrinales de donde las toma, y las sentencias que más adelante se comentarán en este trabajo*). No obstante, el Tribunal Supremo, en sentencias de 22 de mayo de 1982, ha rechazado, finalmente, tal posibilidad.

(9) En efecto, para BORRAJO DACRUZ, *El derecho de huelga, loc. cit.*, pp. 145-156, «resulta también muy dudoso que pueda aplicarse por analogía (el Real Decreto-ley 17/1977) para colmar dicho vacío, pues ante la falta de regulación específica casi completa, se produciría más bien una creación de Derecho *ex novo* por los Tribunales (supuesto no contemplado en el artículo 4.1.º del Código civil). Servirá, si cabe, como directriz o marco de referencia...». En el mismo sentido se pronuncia GARCÍA BLASCO, *El derecho de huelga en España, op. cit.*

idéntico sentido—la retención de haberes es ilegal en cuanto que no se ajusta al procedimiento sancionador previsto en el Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de 1969—, si bien con algunos matices que, dado su interés, es preciso destacar.

Concretamente, las sentencias de las Audiencias Territoriales de Oviedo (10) y de Valencia (11) toman como elemento de referencia para examinar la legalidad de la retención de haberes la normativa disciplinaria vigente para los funcionarios públicos, llegándose a la conclusión de la ilegalidad de la retención producida sin haberse incoado previamente el correspondiente procedimiento sancionador. Baste con recordar uno de los considerandos de la sentencia de 31 de octubre de 1980 de la Audiencia Territorial de Oviedo:

•Que tanto la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, de 7 de febrero de 1964 (art. 91) y, especialmente, el Reglamento de 16 de agosto de 1969, preceptúa que no podrá imponerse sanción disciplinaria alguna a los funcionarios de carrera sometidos a la citada Ley, sino en virtud de procedimiento regulado en el aludido Reglamento (art. 27), ratificando, a su vez, dicho mandato el artículo 21, en el caso de faltas graves o muy graves; tipificando los artículos 6, d) y 7, 1, como faltas muy graves o graves, el abandono de servicio y las faltas repetidas de asistencia *sin causa justificada*, evidente es que se *ha omitido el procedimiento administrativo exigido por el ordenamiento jurídico*, originando la retroacción de las actuaciones administrativas, al momento mismo de su iniciación, como con acierto se propuso por el director del Programa de la Dirección General del Personal del Ministerio de Educación, sin que conste resolución expresa de recurso de alzada, antes citado.»

Por su parte, la sentencia de la Audiencia Nacional de 9 de marzo de 1982 (12), se orienta en la misma línea argumental, aunque no le pasa desapercibida la complejidad del problema, lo que determina que el Tribunal precise más su posición.

En el considerando 4.º de la sentencia se afirmará, en efecto, que el acto administrativo por el cual se procediera a retener los haberes correspondientes a los días de huelga que mantuvieron los recurrentes es un acto nulo de pleno derecho, al no haberse observado el correspondiente procedimiento administrativo sancionador:

(10) Cit. por SOSA WAGNER, *Las «retenciones de haberes» y las huelgas de funcionarios públicos*, en «REDA» núm. 31 (1981), pp. 697 y ss., en especial, p. 700.

(11) La sentencia de 20 de julio de 1981 de la Audiencia Territorial de Valencia será la sentencia impugnada por la Abogacía del Estado en recurso extraordinario de revisión, dando lugar a la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 1982, que más tarde se examinará.

(12) Dicha sentencia ha s.do consultada en la revista jurídica española «La Ley» núm. 494, martes 31 de agosto de 1982.

#### «RETENCION DE HABERES» A LOS FUNCIONARIOS

«Que si la legislación vigente, tanto en la Ley de Funcionarios de 7 de febrero de 1964, como en el Reglamento de Régimen Disciplinario aprobado por Decreto 2088/1969, de 16 de agosto, se preceptúa que no podrá imponerse sanción disciplinaria alguna a los funcionarios de carrera sometidos a la citada Ley, sino en virtud de procedimiento regulado en el aludido Reglamento—artículos 91 de la Ley de Funcionarios y 27 del Reglamento—, ratificando, a su vez, dicho mandato el artículo 21, en el caso de faltas graves, al sólo dispensar de él el supuesto de faltas leves cuyas sanciones sólo pueden consistir en el apercibimiento y la pérdida de uno a cuatro días de remuneración, excepto el complemento familiar, al tipificar como faltas muy graves o graves el abandono del servicio y las faltas repetidas de asistencia *sin causa justificada* (arts. 6.º d) y 7.º 1. del Reglamento de Disciplinal, supuesto de autos, al no poder encuadrarse la actuación de los actores en el artículo 8.º, letras c) y e), *es evidente que se ha omitido el procedimiento administrativo exigido por el ordenamiento jurídico, y, como tal, resulta aplicable el artículo 47,1,c) de la Ley de Procedimiento Administrativo.*»

Y en el considerando 7.º se concluye afirmando el carácter de sanción de la impugnada retención de haberes:

«Que tampoco puede establecerse que la deducción de haberes no tenga el carácter de sanción y sea consecuencia natural al incumplimiento por parte de los funcionarios de las obligaciones de naturaleza recíproca que les ligan con la Administración, y, por tanto, derivada del binomio servicio-retribución que contempla el artículo 1 de la Ley de Funcionarios Civiles de la Administración del Estado, en cuanto dicho precepto se limita a definir el concepto de funcionario público, y el artículo 95 que fija la estructura y composición del sueldo de los servidores públicos, autorice que de ella se pueda colegir ninguna relación con el hecho nuevo de la huelga en la Administración pública, precisando de nuevos mecanismos legales a establecer, a los efectos de poder ser aplicados por los Tribunales vinculados por la aplicación del Derecho establecido.»

La tesis que mantiene la Audiencia Nacional en los dos considerandos citados—que obviamente se complementan y forman un todo—no había dejado de ser sustentada, por los demás, a nivel doctrinal.

El profesor SOSA WAGNER, unos meses antes (13), al hilo de un comentario crítico sobre la tesis mantenida por la Audiencia Territorial de Zaragoza en sentencia de 28 de marzo de 1981 y más tarde por la Audiencia Territorial de Oviedo en sentencia de 26 de mayo del mismo año (separándose así, en este último caso, de la doctrina mantenida por la misma Sala unos meses antes en sentencia de 31 de octubre de 1980 que el propio SOSA WAGNER recordaba al final de su trabajo), había sostenido, en efecto, entre otros argumentos a los que se hará alusión más adelante, que la argumentación de que la «retención de haberes» es lógica consecuencia derivada del binomio servicio-retribución es «claramente endeble: el artículo 1.º (de la LF) se limita a definir el concepto de funcionario público (...) y el artículo 95 (de la misma Ley) fija la estructura y composición del sueldo de los servidores públicos sin que se pueda colegir de dicha norma ninguna relación con el hecho de la huelga de la Administración pública» (14); así como, que «la legislación vigente tiene perfectamente previstos los supuestos de la inasistencia y así se configura como una falta grave en el artículo 7.º, párrafo 1, del Reglamento de Disciplina y como falta muy grave el abandono del servicio contemplado en el artículo 6.º de la misma norma. Como falta leve aparece en el artículo 8.º, párrafos c) y e). De manera que (...) las conductas de los funcionarios públicos que no asistan al trabajo están perfectamente tipificadas, pero la imposición de sanciones exige expediente disciplinario regularmente tramitado en los casos de faltas graves y muy graves (art. 21, párrafo 1). Sólo en los casos de faltas leves pueden aplicarse sanciones sin expediente (art. 21, párr. 2) que únicamente pueden consistir en el apercibimiento y la pérdida de uno a cuatro días de remuneración, excepto el complemento familiar» (15). Razones por las que, concluía el autor citado, «esta es la tesis acertada que lamentablemente no ha prosperado en la jurisprudencia, movida, sin duda, por la necesidad de hacer frente a un hecho nuevo—las huelgas de funcionarios públicos—que debe ser resuelto por el legislador estableciendo nuevos mecanismos legales pero no por el juez vinculado a aplicar el Derecho establecido» (16).

Como podrá observarse—de ahí el que me haya parecido conveniente reproducir literalmente las afirmaciones de SOSA WAGNER—, la argumentación de la Audiencia Nacional se mueve en un plano tan coincidente con la argumentación doctrinal que la coincidencia llega hasta el empleo de los mismos términos y expresiones en uno y otro caso.

Ahora bien, en mi opinión, por lo que se refiere a la consideración de la naturaleza sancionadora del acto administrativo por el cual se

(13) Vid. su comentario jurisprudencial *Las «retenciones de haberes»*, loc. cit., páginas 897 y ss.

(14) *Las «retenciones de haberes»*, loc. cit., pp. 899.

(15) *Las «retenciones de haberes»*, loc. cit., pp. 899-700.

(16) *Las «retenciones de haberes»*, loc. cit., pp. 700.

deducen los haberes correspondientes a los días en que los funcionarios se mantuvieron en huelga y, en consecuencia, no prestaron sus servicios y cumplieron con sus obligaciones—naturaleza sancionadora que al no sujetarse al procedimiento previsto en el Reglamento de Régimen Disciplinario de 1969 determina la nulidad del acto de retención de haberes—, en mi opinión, digo, tal consideración me parece infundada o, cuando menos, contradictoria con el propio reconocimiento del derecho de huelga a los funcionarios públicos. Más tarde se insistirá en este aspecto, a mi juicio decisivo, si bien hay que señalar que a la Audiencia Nacional en la referida sentencia no parece ocultársele tan drástica consecuencia cuando incidentalmente afirma en el considerando sexto que, «aun dando por supuesto, dialécticamente, el derecho de huelga de los funcionarios públicos..., nunca podrá dejar de exigirse, en cualquier caso, a los funcionarios ahora recurrentes menores requisitos que los señalados al efecto, y para las interrupciones o paros, a los trabajadores por cuenta ajena vinculados a una empresa privada, *so pena de dar lugar a agravios y discriminaciones comparativas*, por lo que si en el caso de autos, siguiendo el tenor mínimo del capítulo I del título I del Real Decreto-ley de 4 de marzo de 1977, regulador del derecho de huelga, no se ha demostrado por los actores que por los mismos se hubieran cumplido los requisitos básicos normativamente exigidos..., no concurren los presupuestos precisos para poder afirmar que el paro sancionado se haya dado dentro de la legalidad objetiva y que la huelga pudiera ser considerada como legal, al objeto de excluir la instrucción de los oportunos expedientes...». La conclusión final que parece desprenderse del dato decisivo de que la huelga sea legal o ilegal, en orden a la instrucción o no del correspondiente expediente sancionador, tal como correctamente plantea la Audiencia Nacional en el inciso final del considerando que se ha transcrito, no deja de ser, sin embargo, como anticipaba, una mera afirmación incidental de la que, a juicio del Tribunal, no deben extraerse mayores consecuencias, en tanto que, añade en la parte final del mismo considerando 6.º,

«... más aunque fuera legal (la huelga) tampoco podría afirmarse, mientras no sea regulada expresamente, que se había dado y configurado una suspensión de la relación estatutaria, en cuanto que los funcionarios no pueden encontrarse más que en las situaciones previstas en la legislación funcionarial y que vienen enumeradas de forma taxativa en el artículo 40, siendo las de servicio activo excedencia en sus diversas modalidades, supernumerario y suspensión de funciones, procediendo esta última en el marco de un procedimiento judicial o disciplinario, sin que se advierta en parte alguna la aludida "suspensión de la relación estatutaria".»

Argumento éste, a mayor abundamiento, que nuevamente coincide, en términos literales, con el expuesto por SOSA WAGNER. Frente a la tesis de que la huelga suspendería la relación funcional de modo paralelo a lo que sucede con las huelgas de trabajadores respecto de los contratos de trabajo (17), el referido autor señala que «no existe la situación que pretende configurarse de *suspensión de la relación estatutaria*. Los funcionarios no pueden estar más que en las situaciones previstas en la legislación funcional y que vienen enumeradas de forma tasada en el artículo 40 (...). (por lo que) no parece necesario insistir en que la suspensión de funciones procede únicamente en el marco de un procedimiento judicial o disciplinario, sin que se aluda en parte alguna a esa original y no prevista "suspensión de la relación estatutaria"» (18).

Por último, hay que indicar que también la sentencia de 9 de marzo de 1982 de la Audiencia Nacional se pronuncia sobre el Acuerdo del Consejo de Ministros de 15 de junio de 1979 referido a «*medidas en casos de ausencia no justificada al servicio de los funcionarios públicos*» y consistentes en una serie de instrucciones a los Ministerios a fin de que éstos, en tales casos de ausencias injustificadas al trabajo, procedieran a instruir los oportunos expedientes sancionadores—siempre que se dieran los correspondientes supuestos legales—o, en caso de que, dadas las circunstancias determinantes de la no asistencia al trabajo, tal supuesto no encajara en ninguno de los supuestos determinantes de sanción, acordaran la deducción y retención de la parte de los haberes de los funcionarios implicados correspondiente a los días de trabajo o servicios no prestados efectivamente o prestados con manifiesta insuficiencia (19). Dicho Acuerdo de 15 de junio de 1979, en opinión de la Audiencia Nacional, carece de todo vigor:

(17) En efecto, el artículo 62.º del Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, dispone: «Durante la huelga se entenderá suspendido el contrato de trabajo, y el trabajador no tendrá derecho al salario.»

(18) SOSA WAGNER, *Las retenciones de haberes*, loc. cit., pp. 699.

(19) Para CANO MATA, *La huelga*, loc. cit., pp. 142 la instrucción por la cual «cuando por las circunstancias del caso no se esté claramente en alguno de los supuestos del punto anterior del presente acuerdo, determinantes de sanción (procederá) acordar la deducción y retención de la parte de los haberes de los funcionarios implicados, correspondiente a los días de trabajo o servicio no prestados efectivamente o prestados con manifiesta insuficiencia», aunque no habla expresamente de huelga «parece estar pensada para las huelgas en las que la ilegalidad no queda claramente manifestada».

En mi opinión, y al margen ahora de la validez jurídica del acuerdo del Consejo de Ministros de 15 de junio de 1979, aun cuando la finalidad del mismo fuera efectivamente cubrir el vacío normativo existente con relación a la huelga de funcionarios públicos, lo cierto es que su redacción denota una notabilísima imprecisión, no exenta, incluso de incoherencia cuando menos terminológica. Obsérvese que se trata de un «acuerdo sobre medidas en casos de ausencia no justificada al servicio de los funcionarios públicos», que parece querer proyectarse a supuestos—huelga legal de funcionarios—en los que la inasistencia al trabajo de dichos funcionarios es, ante todo, *justificada* y *adecuada* a derecho. Y, por otro lado, difícilmente puede admitirse que la «retención de haberes» está pensada para huelgas en las que su ilegalidad no quede claramente manifestada, en tanto que conduce a que si la huelga es legal, no existiendo dudas al respecto, dicha retención parece no ser va posible; resultado a todas luces inadmisibles, tal como se intentará justificar debidamente más adelante.

#### «RETENCION DE HABERES» A LOS FUNCIONARIOS

«Que, planteada la cuestión como ha quedado expuesta, el problema fundamental controvertido estriba en precisar la efectividad del citado Acuerdo del Consejo de Ministros, visto que éste no fue publicado ni siquiera consta que el mismo se haya plasmado en alguna de las fuentes del Derecho por las cuales el citado y supremo órgano de la Administración ejerce la potestad reglamentaria, expresamente atribuida a ésta, manifestación de la cual es dicho Acuerdo, pues tiene indudable naturaleza de carácter general y, en su consecuencia, al no haberse publicado en el «Boletín Oficial del Estado», como lo exigen el artículo 2.º 1 del Código civil, 12 y 29 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y 132 de la Ley de Procedimiento Administrativo, por lo menos, carece de vigor, ya que jurídicamente puede decirse que todavía no ha nacido—sentencia de 24 de junio de 1968—, de lo que se sigue que ni el supramencionado Acuerdo ni la Orden ministerial de 6 de noviembre de 1979, dictada en cumplimiento del mismo—también no publicada—no pueden ser aplicados como normas jurídicas videntes y no pueden servir de cobertura legal a las resoluciones objeto de recurso» (20).

Hasta aquí este primer bloque de sentencias que han entendido, en síntesis, que la retención de haberes a los funcionarios públicos, como consecuencia de su inasistencia al trabajo a causa del ejercicio del derecho de huelga, era ilegal y contraria a derecho, en cuanto que dicha retención de haberes tiene el carácter de sanción administrativa—dado que no puede derivarse del hecho de una pretendida e injustificada suspensión de la relación funcional durante el período de huelga—, y, como tal, sólo puede imponerse tras la incoación del oportuno expediente sancionador y respetando todas las garantías procedimentales que a favor del funcionario se prevén. Por lo demás,

(20) También Sosa WAGNER: *Las «retenciones de haberes», loc. cit.*, p. 699, considera nulo de pleno derecho el citado Acuerdo de 15 de julio de 1979 por cuanto: «a) modifica sin el suficiente rango el sistema de sanciones previsto en la Ley de Funcionarios; b) porque está dictado infringiendo las normas sobre la elaboración de las disposiciones reglamentarias contenidas en los artículos 129 y siguientes de la Ley de Procedimiento Administrativo, y c) porque no ha sido publicado en el "BOE"».

No obstante, y sin perjuicio de que la presunta ilegalidad del Acuerdo de 15 de julio de 1979 pudiera examinarse bajo una perspectiva jurídica distinta a la preterente, lo que determinaría otro resultado (véase, así la sentencia de la Audiencia Territorial de Pamplona de 5 de marzo de 1982, en su Considerando 4.º, más adelante transcrito), en mi opinión, no afecta para nada a la licitud de la retención de haberes a los funcionarios públicos que dejan de prestar sus servicios como consecuencia del ejercicio del derecho de huelga el hecho de que dicho Acuerdo de 15 de julio de 1979 carezca o no de vigor, o pueda estimarse, incluso, como nulo de pleno derecho. Y ello porque la retención de haberes en tal supuesto—huelga legal—en modo alguno puede calificarse como sanción administrativa, ni por ello la Administración está necesitada de una específica habilitación a tal efecto. Más adelante se justificará tal afirmación.

y desde una perspectiva estricta de derecho positivo, esa retención de haberes no encuentra, además, ninguna cobertura normativa, ya que el Acuerdo del Consejo de Ministros de 15 de junio de 1979 carece de todo vigor jurídico, siendo nulo de pleno derecho.

b) *La «retención de haberes» es consecuencia lógica del ejercicio mismo del derecho de huelga, ya que al quedar en suspenso la relación estatutaria de los funcionarios quedan también en suspenso sus prestaciones recíprocas.*

Diversas sentencias, también de Audiencias Territoriales, han entendido, por el contrario, y siempre en relación a idénticas *litis*—retención de haberes por la Administración a los funcionarios en huelga en relación a los días de duración de ésta—, que dicha retención o deducción de haberes no sólo era legal y ajustada a derecho, sino consecuencia lógica del ejercicio mismo del derecho de huelga que el ordenamiento jurídico reconoce y garantiza a los funcionarios públicos.

El punto de arranque de esta línea argumental parece estar en la sentencia de la Audiencia Territorial de Zaragoza de 26 de marzo de 1981, manejando con posterioridad similares argumentos las sentencias de la Audiencia Territorial de Oviedo de 26 de mayo de 1981 y la de la Audiencia Territorial de Pamplona de 5 de marzo de 1982, sin perjuicio de la probable existencia de similares decisiones judiciales a las que no he podido tener acceso.

La posición, como digo, es contrapuesta a la examinada en el apartado anterior de este mismo epígrafe. Bastará por ello con transcribir los considerandos más significativos y que mejor reflejan el razonamiento tendente a justificar la legalidad de la retención de los haberes.

El considerando segundo de la sentencia de la Audiencia Territorial de Zaragoza de 26 de marzo de 1981 se acomoda perfectamente al objetivo señalado. Dice así:

«Que no puede pretenderse que el impago de haberes por los días no trabajados vaya precedido de expediente sancionador, ni puede acordarse la nulidad del acuerdo o resolución que, sin incoación de expediente, dicte la Administración, en base a diversos preceptos, entre los que podrían citarse los artículos 47 y 133 de la Ley de Procedimiento Administrativo, o el artículo 92 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado; pues al argumentarse así se olvida que la no percepción de parte del sueldo no es—en el caso que se contempla en este recurso—una sanción, sino la consecuencia natural al incumplimiento, por parte del funcionario, de las obligaciones de naturaleza recíproca que le ligan con la Administración. En

definitiva, la bivalencia servicio-retribución que contempla el artículo 1.º de la precitada Ley de Funcionarios —texto articulado de 7 de febrero de 1964— al hablar de "... una relación de servicios profesionales y retribuidos...", es tan evidente que desde el momento que una de las partes no cumple, por ausencia al trabajo, con el "... fiel desempeño de la función o cargo..." (art. 78 del texto últimamente citado) no existe derecho a la percepción de emolumentos por los días dejados de trabajar. Por eso hasta los términos "retención" o "deducción" utilizados por la Administración son jurídicamente inadecuados, porque lo que se ha producido —repetimos— es la ausencia de devengo, lo que conduce a que el pago resultase improcedente y la exigibilidad que ahora se pretende inadecuada. Por lo demás, el efecto hubiera podido extenderse —aunque la Administración no lo ha hecho— a las remuneraciones indirectas o proporcionales al tiempo no trabajado, cual es el caso de las pagas extraordinarias, que no han sido objeto de reducción proporcional.»

Tampoco aquí los apoyos doctrinales han faltado (21). Concretamente, CANO MATA, magistrado de la Sala de lo Contencioso de la Audiencia Territorial de Zaragoza, ha mantenido doctrinalmente, como es imaginable, la misma tesis que se recoge en el considerando que acaba de transcribirse (22). Con más detalle expuesto, su razonamiento gira esencialmente alrededor del criterio de la suspensión de la relación funcional como consecuencia de la huelga por los

---

(21) En realidad, no deja de ser curioso, dados los términos concretos de esta polémica, ver reproducidas en las revistas de la especialidad la discusión habida en el foro, o en éste observar cómo el juez acoge plenamente a lo que inicialmente se defendió en aquéllas. Y entiéndase, la curiosidad no deriva del hecho en sí, tan natural y tan fructífero, de un conocimiento mutuo entre doctrina y jurisprudencia, tal como viene sucediendo en general. La curiosidad asoma cuando se asiste tanto en un ámbito como en otro a una mera reproducción —para mayor asombro incluso literal— de argumentos y posiciones ante el problema que hay que analizar, que llega a hacer perder la brújula al lector que ya no sabe bien quién es quién y en concepto de qué se pronuncia. Porque si antes se señalaba cómo el juez asumía no sólo los planteamientos y argumentos doctrinales —lo cual no tiene por qué extrañar en principio—, sino que prácticamente se limita a transcribir literalmente lo que un determinado autor haya podido opinar sobre un aspecto concreto y definido del problema litigioso del que debe conocer, ahora será el juez quien cambie de veste y nos recuerde, punto por punto, las tesis que ha sustentado en su función jurisdiccional. Insisto, la sorpresa no está ausente al observar cómo la línea divisoria necesariamente existente entre doctrina y jurisprudencia se diluye, y lo que, en principio, se configura como polémica doctrinal, queda en mera apariencia y parece convertirse en pleito, a la vez que éste sobrevuela su ámbito propio para proyectarse como discusión doctrinal, sin añadir, claro es, nada nuevo al asunto, ninguna perspectiva nueva ajena al interés propio de parte y que, creo, es —y debe ser— en buena medida algo que nunca puede faltar en el análisis doctrinal. Se desdibujan, en suma, los papeles propios de cada uno y se entra en una pendiente que en nada puede favorecer ni a una ni a otra.

(22) *Vid.* su trabajo: *La huelga, loc. cit.*, pp. 192 y ss.

funcionarios públicos, de manera que—se razonará—si queda suspendida esa relación también quedan en suspenso sus prestaciones recíprocas, «por lo que ni el funcionario está obligado a trabajar (a salvo el derecho al trabajo de los funcionarios que no quieran sumarse a la huelga, según el artículo 6.4.º del Real Decreto-ley 17/1977) ni devenga derecho a las percepciones que venía percibiendo». De ahí que concluya que hasta los términos «retención» o «deducción» resultan ser improcedentes, «pues lo que se ha producido es la ausencia de devengo; por lo que si nada se ha devengado resulta no justificado el pago y mucho más inadecuada su exigibilidad» (23). Sobre esta base, difícilmente puede calificarse la «retención de haberes» como sanción administrativa necesitada del previo y oportuno expediente o procedimiento sancionador.

Este línea argumental, a la que, como veremos, no le falta lógica e, incluso, razón en la conclusión final a la que llega, aunque quizá adolezca de alguna deficiencia técnica en su formulación—lo que ha propiciado la crítica de SOSA WAGNER, con las consecuencias prácticas que, según todos los indicios, de la misma se han derivado—ha sido tomada en consideración, asimismo, en las sentencias de la Audiencia Territorial de Oviedo de 26 de mayo de 1981 y en la de la Audiencia Territorial de Pamplona de 5 de marzo de 1982, sentencia esta última (24) en la que se insiste en el criterio de la suspensión de la relación funcional, al igual que sucede análogamente con la suspensión del contrato de trabajo como resultado del ejercicio del derecho de huelga que asiste a los trabajadores. Dice así su considerando tercero:

«Que al no existir una específica regulación del ejercicio del derecho de huelga de los funcionarios públicos, no puede haber inconveniente alguno en la aplicación analógica, dado que la afinidad jurídica de las situaciones es evidente, de los preceptos que disciplinan las consecuencias económicas del ejercicio del derecho de huelga en las relaciones laborales, por lo que hay que entender que así como el artículo 6.º del Real Decreto-ley de 4 de marzo de 1977 sobre Relaciones de Trabajo, precepto no derogado por la Constitución española, pues no se oponía a ésta, y el artículo 45 del Estatuto de los Trabajadores de 10 de marzo de 1980, que recoge esencialmente de aquel artículo 6.º en lo concerniente a las aludidas consecuencias, estiman que el ejercicio del derecho de huelga es causa de suspensión del contrato de trabajo, no teniendo el trabajador derecho al salario, o quedando las partes

(23) CANO MATA: *La huelga*, loc. cit., pp. 147 y 148.

(24) La sentencia de la Sala de lo Contencioso de la Audiencia Territorial de Pamplona de 5 de marzo de 1982 puede verse en la Revista Jurídica Española «La Ley» núm. 534, martes 28 de octubre de 1982.

#### «RETENCION DE HABERES» A LOS FUNCIONARIOS

exoneradas de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo, del mismo modo hay que concluir que el funcionario público que deja de prestar su función, en virtud del ejercicio del derecho de huelga, deja también de percibir sus remuneraciones, produciéndose más que una retención de haberes una falta de devengo de los mismos, aplicación analógica de preceptos jurídicos que impone la situación del funcionario, como persona que, a tenor del artículo 1.º de la Ley de 7 de febrero de 1964, está incorporada a la Administración por una relación de servicios profesionales y retribuidos, de la que surgen derechos y deberes correlativos que implican también prestaciones recíprocas, de forma que el funcionario tiene el deber de desempeñar fielmente su función, respondiendo de la buena gestión de los servicios a su cargo, prestación por su parte (artículos 78 y 91 y concordantes de la citada Ley de 1964), y el derecho, contraprestación de la Administración, de recibir las remuneraciones correspondientes (arts. 95 y siguientes de la repetida Ley).»

Y en el considerando siguiente, la misma sentencia de la Audiencia Territorial de Pamplona remachaba el argumento en los términos que siguen:

«Que, evidenciando las actuaciones que los recurrentes, funcionarios del Cuerpo Especial de Gestión de la Hacienda Pública, especialidad de Gestión Aduanera, dejaron de prestar los servicios que les estaban encomendados durante el tiempo a que se refieren los acuerdos impugnados, así como que tal situación obedeció a una huelga que mantuvieron por reivindicaciones profesionales, es claro que no puede formularse objeción alguna a los aludidos acuerdos, careciendo de virtualidad al efecto las motivaciones expuestas por los actores en apoyo de sus pretensiones anulatorias, por cuanto: a) el Acuerdo del Consejo de Ministros de 15 de junio de 1979 no tenía el alcance que los actores le atribuyen, en el sentido de ser una norma o disposición llamada a integrar la regulación de la huelga de los funcionarios públicos, sino otro más limitado, apareciendo como un mero acto administrativo de contenido concreto, aunque de efectos generales, por ser una simple comunicación de un órgano administrativo superior a sus inferiores subordinados, en el que se daban instrucciones respecto de las medidas que debían adoptarse para el caso de que funcionarios o grupos de funcionarios no prestaran las fun-

ciones o actividades propias de sus puestos de trabajo sin causa justificada, entre cuyas medidas se encontraba la de retener o deducir los haberes correspondientes al tiempo de paro, cuando no se había incurrido en falta administrativa, por lo que no tenía tal deducción, más bien falta de devengo, como antes se ha indicado, naturaleza de sanción, ni hacía necesario, en consecuencia, expediente alguno, y cuyo acto se dictaba en aplicación de lo previsto en las normas generales, a tenor de los artículos 7.º de la Ley de Procedimiento Administrativo y 6.º del Real Decreto-ley de 4 de marzo de 1977, este último por analogía, siendo por tanto un acto aplicativo que por su objeto y finalidad era de carácter interno, de legalidad indudable, y no tenía por qué ser publicado; b) la circunstancia de que por parte de la Administración se hubieran adoptado medidas que, en opinión de los actores, neutralizaron por completo los efectos de la huelga, es cuestión que pudo suscitar problemas acerca de su conformidad o disconformidad a Derecho, pero cuya solución en absoluto podría destruir el hecho incontrovertible de que los actores durante el tiempo de huelga dejaron de desempeñar su función, lo que forzosamente, por la propia lógica de la huelga, habría de determinar la suspensión de la correlación retribución-servicio, produciendo consiguientemente el no devengo de haberes, por lo que se trata de problema ajeno al de la legalidad de las medidas de retención adoptadas por la Administración mediante los acuerdos impugnados.»

Algunas de las observaciones contenidas en este último considerando y, en general, en las sentencias de este segundo bloque que han estimado legal la «retención de haberes» creo que deben tenerse muy en cuenta. Más adelante podrán apreciarse con algún detalle, pero importa destacar ya que en las mismas se denota una clara sensibilidad hacia la incompatibilidad de los términos huelga legal de funcionarios públicos-sanción administrativa por inasistencia al trabajo o cesación de las funciones: porque, una de dos, o se admite y reconoce el derecho de huelga—con lo que la consecuencia derivada de su ejercicio en caso alguno puede ser una sanción administrativa, siempre que se hayan cumplido los requisitos legales—, o se niega, sin más, la existencia de tal derecho, con lo que, entonces sí, la inasistencia al trabajo no dispondrá de causa legitimadora alguna y procederá la aplicación en todos sus extremos del Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios Públicos de 1969.

Pero pasemos ya a examinar cómo ha «resuelto» esta divergente interpretación el Tribunal Supremo en la sentencia de 22 de mayo de 1982.

IV. LA POSICIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO EN LA SENTENCIA DE 22 DE MAYO DE 1982 DICTADA EN RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN

Planteado el problema en los términos expuestos, al amparo de lo preceptuado en el artículo 102, 1.º, b), de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 27 de diciembre de 1956, el abogado del Estado interpuso recurso extraordinario de revisión contra la sentencia de la Audiencia Territorial de Valencia de 20 de julio de 1981, que, como ya se vio en su momento, se alinea en el conjunto de sentencias que han considerado nulos de pleno derecho los actos administrativos de retención de haberes, al estimar que la misma era una sanción administrativa y que, como tal, debía haberse acomodado a las exigencias procedimentales que, al respecto, se contienen en el Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios Públicos de 16 de agosto de 1969.

El Tribunal Supremo desestima el recurso interpuesto, considerando ilegal la práctica de la retención de haberes a los funcionarios en huelga, imponiendo las costas a la Administración promotora del recurso de revisión, de acuerdo con lo previsto en el artículo 1.809 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En primer lugar, justificada la procedencia del recurso extraordinario de revisión (considerando 1.º), el Tribunal Supremo entra a conocer del criterio acogido como fundamento en la sentencia de la Sala de lo Contencioso de la Audiencia Territorial de Zaragoza—y otras—, y que mantiene la Abogacía del Estado, de que dicha retención de haberes no es sino consecuencia lógica de la relación que existe entre el derecho al percibo de haberes y la efectiva prestación del trabajo encomendado al funcionario—en modo alguno, pues, sanción administrativa que haya de imponerse a través del correspondiente procedimiento—, criterio que para el Alto Tribunal

«... carece de cobertura en el seno de la relación jurídica funcional, en donde se articula un sistema retributivo de carácter y naturaleza públicos, ajeno a toda idea contractual y de contraprestación, que impiden, a falta de norma de carácter legal específica, una respuesta como la que la Administración ha dado a la conducta observada por los funcionarios, propia de una relación privada, cuyo trasplante a la esfera pública es imposible sin vulnerar gravemente un sistema retributivo acordado unilateralmente y propia de una específica regulación que no consiente la suspensión de sus efectos ni otras situaciones funcionariales que las que la legalidad vigente regula; esto es, que si la Administración deduce o retiene día por día en función de una productividad

está vulnerando la normativa referente al devengo y efectividad de retribuciones, de la que buen ejemplo es el artículo 18 de la Ley 31/1965, de 4 de mayo.»

Se observará cómo se acogen en este considerando algunas de las críticas que ya formulara SOSA WAGNER y luego sustentara la Audiencia Nacional. El Tribunal Supremo estima que, al no hallarse prevista en norma jurídica alguna de rango suficiente, esa retención de haberes vulnera el régimen general de retribuciones de los funcionarios públicos, y sin que pueda fundamentarse la misma en la aplicación analógica de la solución prevista para las relaciones laborales, de carácter contractual, dada la absoluta incompatibilidad y diferenciación entre esas relaciones y las relaciones funcionariales, de carácter estatutario.

Es, no obstante, en el considerando siguiente donde el Tribunal Supremo lleva a sus últimas consecuencias el principio de legalidad para estimar no ajustada a derecho la retención de haberes, intentando mantener, a la vez, un difícil equilibrio entre negar que la retención de haberes pueda calificarse como sanción disciplinaria y, por el contrario, reconocer que la misma implica una privación de derechos y puede incidir gravemente en el derecho de huelga de los funcionarios. En concreto, el Tribunal Supremo afirma,

«Que habrá de reconocerse la singularidad del supuesto de hecho—situación de huelga por parte de funcionarios—y la carencia de normativa específica que regula el mismo, pues el tan repetido acuerdo del Consejo de Ministros de 15 de junio de 1979, según consta en autos, no contiene más que medidas concretas *para casos de ausencia no justificada al servicio* por parte de los funcionarios, y siendo ello así, difícilmente puede encajarse la conducta seguida por los funcionarios en los supuestos previstos en la normativa disciplinaria vigente, ni consta que este haya sido el designio que explique la respuesta de la Administración, por lo que, propiamente, las razones de la sentencia de Valencia, al estimar que la deducción de haberes es una sanción acordada fuera de todo procedimiento que conduce a la nulidad del acto no son del todo correctas, sin que esto nos lleve a considerar su fallo no ajustado a la legalidad aplicable, *pues estamos en presencia de una privación de derechos acordada sin cobertura legal necesaria y suficiente atendiendo al dato importante de que por muy cualificada que sea la especial relación de dependencia del funcionario respecto de la Administración, el principio de legalidad cubre toda la actuación administrativa, conforme al artículo 103 de la Constitución, y en el caso de autos, tan matizado por*

las motivaciones que le originan, *hasta que no exista la norma adecuada que apodere específicamente a la Administración en este particular una intervención de ella como la que se enjuicia pudiera incidir gravemente en un derecho de huelga que no aparece prohibido por la Constitución*, todo lo cual conduce a que declaremos improcedente el recurso extraordinario de revisión y a que, de acuerdo con el artículo 1.809 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, proceda condena en costas a la Administración del Estado.»

## V. CONSIDERACIÓN FINAL

El resultado final al que se llega con la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 1982, cuando menos, produce auténtica insatisfacción o, al menos, a mí me la ha producido. El criterio de la «retención de haberes» o, más propiamente, el no devengo de haberes, como resultado propio de la inasistencia al trabajo o la no prestación del mismo debidamente a causa del ejercicio lícito del derecho de huelga por los funcionarios públicos, parece un criterio lógico y consustancial al ejercicio mismo de la huelga.

Así quedaría previsto en el proyecto de Ley Orgánica de regulación del ejercicio de los derechos y libertades por los funcionarios de las Administraciones públicas («BOC» de 9 de octubre de 1981, número 215-I), en cuyo artículo 7, tras regular los trámites procedimentales exigibles para el ejercicio del derecho de huelga por los funcionarios civiles para la defensa de sus intereses profesionales, en el párrafo 3.º se concretaba: «Los funcionarios que ejerciten el derecho de huelga no devengarán ni percibirán las retribuciones correspondientes a los días en que hayan permanecido en esa situación, sin que la deducción de haberes que se efectúe tenga carácter de sanción ni afecte al régimen de la Seguridad Social.» Y no otra es la previsión en aquellos ordenamientos jurídicos en los que se ha reconocido el derecho de huelga de los funcionarios públicos, entre los que destaca el ordenamiento jurídico francés por lo detallado de sus previsiones a fin de determinar el montante de la retención por día de huelga con arreglo al principio del *trentième indivisible* (25). Finalmente, esta misma es la previsión recogida en el artículo 6.2.º del Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, con relación a las huelgas legales de trabajadores: «Durante la huelga se entenderá suspendido el contrato de trabajo y el trabajador no tendrá derecho al salario.»

Así, pues, ninguna duda debe haber, en principio, sobre la lógica jurídica del criterio de la retención o deducción de haberes por día

---

(25) Sobre este particular extremo, *vid.* el detallado trabajo de EMBID IRUJO: *La problemática*, *loc. cit.*, pp. 588-589.

de huelga realizada, sin que la misma, en modo alguno, pueda calificarse como sanción.

Ahora bien, esta consecuencia, a mi juicio, tan elemental, encuentra, sin embargo, para el Tribunal Supremo, desde una perspectiva en exceso formalista, un obstáculo insalvable, cual es la falta de cobertura normativa suficiente, tal como se desprende de la inexistencia de norma legal que al respecto prevea esa retención.

Lo cierto es que situados en esta perspectiva, y dada la falta de regulación expresa del derecho de huelga de los funcionarios públicos, si el Tribunal Supremo concluye que la retención de haberes resulta ser ilegal por no hallarse regulada, el argumento se vuelve contra el propio reconocimiento del derecho de huelga de los funcionarios. Este no estará prohibido por el ordenamiento jurídico, pero de hecho no podrá ser efectivo al no existir una regulación específica del mismo. Lo que no parece compatible es que, por un lado, se acuda al criterio de la inexistencia de cobertura legal para declarar ilegal la retención de haberes y, a la vez, se prescindiera de ese mismo dato a fin de no cuestionar la licitud o ilicitud de la huelga e, incluso, la posibilidad misma de ejercitar hoy por hoy ese derecho. Porque, además, no puede olvidarse, e insisto en este extremo —en mi opinión, capital—, que no estamos en presencia de sanciones administrativas por el hecho de la retención de haberes a causa de una huelga lícita, ni siquiera ante una circunstancia que, como sugiere el Tribunal Supremo, «pueda incidir gravemente» en el derecho de huelga de los funcionarios públicos.

En definitiva, un mínimo de coherencia jurídica parece exigir que si se declara posible y lícito el ejercicio del derecho de huelga por los funcionarios públicos, igualmente lícita sea la correlativa retención de haberes por día de huelga. La drástica consecuencia a la que se llegaría de negar el derecho de huelga a los funcionarios públicos por el mero hecho de no disponer en los actuales momentos de una específica y detallada regulación normativa, obliga, a mi juicio, a no dudar de la licitud de la «retención de haberes». Por encima del rigorismo formal que da lugar a que el Tribunal Supremo llegue a conclusión bien distinta, no puede olvidarse que nuestra Constitución sanciona como uno de los principios vertebrales del ordenamiento jurídico el *principio de no discriminación* que claramente se ve, en este caso, lesionado si reparamos en que la discutida «retención de haberes» se prevé, sin mayores problemas, para los trabajadores en huelga. La especificidad de las relaciones funcionariales y su diferenciación de las relaciones laborales no parece que pueda justificar en caso alguno una quiebra tan evidente del principio de no discriminación. Y son, en fin, los principios generales del Derecho, «nadie puede aducir buena fe cuando falta a sabienda a sus obligaciones», y el de que «nadie puede enriquecerse injustamente», a lo que se llegaría de satisfacer un salario por un trabajo no hecho —tal como

afirmaba la sentencia de la Sala de lo Contencioso de la Audiencia Territorial de Cáceres de 17 de diciembre de 1981 en una *litis* idéntica a las de las sentencias comentadas (26)—, los que amparan y justifican la lógica adecuación a derecho de la retención de haberes en supuestos como los comentados. Porque no debe pasar desapercibido que una cosa es el derecho de huelga y otra bien distinta la de no trabajar cobrando, a pesar de su no excepcionalidad en los últimos tiempos, y de su confirmación, poco menos, por la sentencia comentada. Esperemos, por tanto, ya que a ello obliga con urgencia la decisión del Tribunal Supremo, que pronto podamos disponer de la pertinente ley reguladora del derecho de huelga de los funcionarios y de las retenciones de haberes lógicas y consecuentes al ejercicio de aquélla.

Germán FERNÁNDEZ FARRERES

---

(26) Concretamente, la citada sentencia, ciertamente esquemática en su planteamiento y argumentación, acertaba, en mi opinión, a resolver el problema afirmando que

«...dado el giro copernicano que ha tenido el espíritu legislativo desde el régimen político anterior, de inspiración dictatorial, hasta el democrático propio de un Estado de Derecho como así reconoce la Constitución vigente en su declaración frontispicial iniciadora de su texto, es comprensible la producción de un "vacío legal" en cuyo tiempo ni es posible la aplicación de las normas anteriores a ella—por otra parte derogadas en bloque en todo cuanto se "opusieran" a nuestra recién estrenada Ley Suprema—, ni tampoco es posible una aplicación legal de la huelga, ya que todavía no hay una regulación de tal derecho, lo que obligó al ejecutivo, aun reconociendo que carecía de instrumentos jurídicos apropiados al problema, a tomar posiciones de urgencia ante los casos que se le presentaron, pues el interés general le impedía adoptar una postura inhibitoria.»

«Que, planteada así la cuestión, es claro que los Tribunales de Justicia tampoco pueden eludir su respuesta dados los términos del artículo 1.º, 7 del Código Civil, ante el reto que la sociedad le ha presentado; y en su labor integradora auspiciada por el artículo 1.º, 4, del mismo texto legal, se acoge a los Principios Generales del Derecho de naturaleza normativa relacionados con el caso y que se encuentren en la línea lógica de prohibir cualquier construcción aplicativa que concluya con un resultado directa o indirectamente contradictorio con los valores constitucionales, con lo que bajo tales parámetros habrá que acudir a los de que "nadie puede aducir buena fe cuando falta a sabiendo a sus obligaciones", y el de que "nadie puede enriquecerse injustamente" a lo que se llegaría de satisfacer un salario por un trabajo no hecho, por cuyo conducto se llega a la conclusión de ser conforme a Derecho la retención de haberes en caso de huelga, lo que conlleva la desestimación de las pretensiones formuladas por los funcionarios componentes de la parte actora.»

