

# **El ejercicio del derecho de huelga en la función pública**

por

**Federico Durán López\***

**SUMARIO:** I. “Trabajadores” o nó: los funcionarios y el reconocimiento constitucional del derecho de huelga. II. Un derecho reconocido y no regulado: los problemas derivados del ejercicio del derecho de huelga por los funcionarios. III. La Ley 30/84, de 2 de agosto, y la necesaria regulación de la huelga de los funcionarios.

## **I. “Trabajadores” o nó: los funcionarios y el reconocimiento constitucional del derecho de huelga**

Tras una dilatada etapa de represión de la huelga, en la que tanto “trabajadores” como “funcionarios” carecían del derecho a la misma y se veían amenazados por la incriminación penal de su ejercicio (si bien esta incriminación se produce con distinto rigor, y con distinta formulación por tanto, para unos y otros), la transición política conlleva una situación de incertidumbre y de confusión que, teóricamente al menos, se zanja con la aprobación del texto constitucional de 1978, que consagra en su art. 28, y como derecho fundamental por tanto, el “derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses”. Ni el Decreto-Ley 5/75, de 22 de mayo, en el que aparece —rompiendo así el cuidadoso ocultamiento precedente de la misma— la palabra “huelga” y respecto del que se habló, propagandísticamente, de un reconocimiento del derecho de huelga que distaba mucho en realidad de producirse<sup>1</sup>, ni el posterior Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, de Relaciones de Trabajo (DLRT), afrontan, para regularlo, el tema del reconocimiento y, en su caso, ejercicio del derecho de huelga por parte de los funcionarios. Esta última norma se limita, tras regular el derecho de huelga “en el ámbito de las relaciones laborales”, a dar una nueva redacción al art. 222 del Código Penal (CP), que fundamentalmente persigue limitar el tipo previsto en su número

\* Catedrático de Derecho del Trabajo. Universidad de Córdoba.

1 a los funcionarios, excluyendo del mismo a los trabajadores (“empleados y particulares”) encargados de la prestación de todo género de servicios públicos o de reconocida e inaplazable necesidad. Por consiguiente, y es importante subrayar este dato, la situación de los funcionarios frente a la huelga no sufre modificación formal alguna con el DLRT. La regulación del derecho de huelga que en el mismo se produce, conlleva la exclusión de los trabajadores de empresas dedicadas a la prestación de servicios públicos del tipo del delito de sedición configurado en el art. 222,1 CP, que en sustancia contenía la prohibición penal de la huelga **para determinados sujetos**: funcionarios y empleados y particulares encargados de la prestación de todo género de servicios públicos o de reconocida e inaplazable necesidad. La suspensión de la actividad de estos sujetos, ocasionando trastornos del servicio público o alterando (“de cualquier forma”) su regularidad, integraba por sí misma el tipo del delito de sedición del art. 222,1 CP. Resulta claro, por tanto, que el reconocimiento del derecho de huelga de los trabajadores que contiene el DLRT, que no conoce exclusiones subjetivas, y sí solo un régimen especial de ejercicio del derecho en el caso de trabajadores de empresas encargadas de cualquier clase de servicios públicos (art. 4), exigía la modificación, en el sentido descrito, del art. 222,1 CP. A partir de dicha modificación, el delito de sedición cometido por medio de la huelga por parte de los trabajadores, es necesariamente y en todo caso un delito de tendencia, cuyo único encaje posible es el número 2 del citado art. 222 CP. Sin la concurrencia del “dolo específico” previsto en el mismo, no cabe configurar un delito de sedición de los trabajadores derivado del recurso a la huelga por parte de los mismos, ni aún en el caso de pertenecer a empresas dedicadas a la prestación de servicios públicos.

Sin embargo, como ya he dicho, **el tratamiento normativo de la huelga de los funcionarios no sufre ninguna modificación** con la aprobación del DLRT. Ello determina que la promulgación del texto constitucional tenga que significar un replanteamiento del tema de la existencia o no de un derecho de huelga de los funcionarios. Si en relación con los trabajadores que prestan sus servicios mediante un contrato de trabajo sometido a la normativa laboral, la proclamación constitucional del derecho de huelga tenía que provocar una “relectura” de la normativa precedente a la luz de los nuevos principios constitucionales, en relación con los funcionarios lo que se planteaba era ante todo el tema de la titularidad o no por parte de los mismos del derecho de huelga. Con anterioridad a la entrada en vigor de la Constitución, la prohibición de recurrir al derecho de huelga impuesta a determinadas asociaciones sindicales de funcionarios<sup>2</sup>, era sólo un dato indirecto que no prejuzgaba la solución que, en general para los funcionarios, pudiera darse al problema planteado, pudiendo significar tan sólo —a falta de otras claves interpretativas— una reiteración normativa de la prohibición de la huelga de los funcionarios (ya contenida, con sanción penal, en el art. 222,1 CP), o una aclaración expresa de la prohibición para determinados funcionarios aún antes de existir una opción concreta del ordenamiento en relación con los funcionarios en general. Lo que no parece, antes del dato constitucional, es que por esa vía indirecta pudiera inferirse la existencia de un derecho de huelga para el resto de los funcionarios no afectados por la prohibición<sup>3</sup>.

Algo semejante cabe afirmar de las normas internacionales ratificadas por España, y en concreto del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales<sup>4</sup>. El art. 8 del mismo puede ser un dato importante para interpretar (a la luz del art. 10,2 C.E.) el alcance del derecho de huelga consagrado en el art. 28 C.E., pero no puede servir como argumento autónomo, sobre la base de su recepción en el derecho interno español, para sostener la existencia del derecho de huelga de los funcionarios<sup>5</sup>. En efecto, si los Estados partes en el Pacto se comprometen a garantizar el derecho de huelga, ejercido de conformidad con las leyes de cada país (art. 8,1,d), ello no impide someter a restricciones legales dicho ejercicio por parte de los miembros de las Fuerzas Armadas, de la Policía o de la Administración del Estado (art. 8,2). Restricciones legales que pueden ir, como prueba el hecho de la inclusión conjunta de los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía, con los del resto de la Administración del Estado, hasta la supresión del derecho (y los datos comparados revelan el no reconocimiento del derecho de huelga a los funcionarios en diversos países). Inferir del citado Pacto, con precedencia al dato constitucional y ante el silencio normativo al respecto, el reconocimiento del derecho de huelga de los funcionarios como tal derecho efectivamente operante y ejercitable en concreto en nuestro país, no deja de ser una pirueta interpretativa arriesgada y de dudosa viabilidad. Máxime a la vista del art. 222,1 CP, en su nueva redacción, que bien podía servir como regulación legal restrictiva (prohibitiva) del ejercicio del derecho de huelga de los funcionarios, al amparo del art. 8.2 del Pacto citado.

Por consiguiente, como decíamos, el punto de partida para una reflexión acerca del reconocimiento o no, en nuestro ordenamiento, del derecho de huelga de los funcionarios, tiene que ser la Constitución de 1978 y en concreto su art. 28,2. Artículo 28,2 que plantea inmediatamente una duda interpretativa puesta ya ampliamente de manifiesto por la doctrina: ¿el reconocimiento del derecho de huelga de los trabajadores, para la defensa de sus intereses, que en el mismo se produce engloba, o no, como titulares del derecho a los funcionarios? La exégesis del dato constitucional tiene que intentar aclarar si al hablar del derecho de huelga de los “trabajadores”, el art. 28,2 C.E. pretende limitar el reconocimiento del mismo a quienes presten sus servicios mediante un contrato de trabajo, excluyendo por tanto a los funcionarios (y a las personas vinculadas a la Administración por cualquier otra relación administrativa o estatutaria), o si por el contrario a la expresión “trabajadores” hay que dar, con fundamento suficiente claro es, una interpretación amplia que suponga también el reconocimiento del derecho para tales personas. Hay que decir ante todo que se trata de un problema interpretativo delicado, que no sepuede despachar con la lapidaria afirmación de que “desde luego” la expresión trabajadores no incluye a los funcionarios públicos<sup>6</sup>. Y ante el mismo, la mayoría de la doctrina, con alguna excepción<sup>7</sup>, se pronuncia pro la interpretación en sentido amplio de la expresión “trabajadores” del art. 28,2 C.E. Y se pronuncia por esa interpretación con acopio suficiente de argumentos y razones, como vamos a ver.

La literalidad de la expresión “trabajadores”, y su contraste con el sujeto de la frase mediante la que se formula en el número 1 del mismo art. 28 el derecho de sindicación (“todos” tienen derecho a sindicarse), podrían incluir en una primera lectura, a considerar que el derecho de huelga se reconoce solo a los trabajadores en el estricto sentido jurídico-laboral del término, esto es, a los que prestan sus servicios a un empresario mediante un contrato de trabajo, excluyéndose, por el contrario, quienes son trabajadores en sentido sustancial pero no jurídico-formal, como es el caso de los funcionarios públicos. Sin embargo, esta interpretación es superable mediante una exégesis más detenida del texto constitucional. La diferencia de expresión entre el primer (“todos”) y el segundo párrafo (“trabajadores”) del art. 28 no es determinante: se está utilizando una terminología imprecisa, y “todos”, como acertadamente se ha señalado<sup>8</sup>, no son todos los ciudadanos, sino aquellos cuyas asociaciones de defensa y promoción de intereses se llaman “sindicatos”, esto es, los trabajadores en el sentido amplio de la expresión. Es pues el significado que pueda atribuirse a la expresión “trabajadores” lo que va a resultar determinante al respecto. Hay que tener en cuenta que la utilización por el legislador constitucional de la expresión “trabajadores” en el art. 28,2 (frente al “todos” del art. 28,1), obedece, al margen de toda intención limitativa en relación con la titularidad del derecho por parte de los funcionarios, a una razón fundamental, que es la voluntad de dejar clara la titularidad individual, no colectiva ni sindical, del derecho de huelga. El derecho de huelga no es un derecho atribuido al sindicato, sino que se configura como de titularidad individual (con independencia de su necesario ejercicio colectivo), y ello lleva a afirmar que se reconoce a los “trabajadores” (individualmente considerados) y no a los sindicatos. Por tanto la expresión “trabajadores” tiene esta primera clave interpretativa, que impide considerarla como limitativa de la titularidad del derecho para determinados sujetos<sup>9</sup>. Además, la utilización abusiva que del término “huelga” se realiza en el lenguaje habitual (refiriéndola a los estudiantes, a las amas de casa, a determinados profesionales liberales o pequeños comerciantes, etc.) justifica la mención expresa a los trabajadores para indicar que sólo en relación con ellos resulta constitucionalmente consagrado y tutelado el derecho de huelga, pero sin querer limitar el alcance de la expresión a quienes sean trabajadores en sentido jurídico-formal, por tanto partes de un contrato de trabajo<sup>10</sup>.

De todas formas, siguiendo con la exégesis del texto constitucional, existe una argumentación aún más decisiva: de una interpretación combinada de los artículos 7 y 28 C.E. resulta claramente que la expresión “trabajadores” viene utilizada en el texto constitucional en sentido amplio (como suele ser frecuente, por lo demás, en el lenguaje de las Constituciones)<sup>11</sup>, con arreglo a su significado sustancial (prestación del propio trabajo a cambio de una remuneración) y no jurídico-formal. En efecto, del art. 28,1 resulta claramente que también a los funcionarios se les reconoce el derecho a sindicarse libremente (derecho que no les puede ser limitado ni, por supuesto, exceptuado: solo pueden establecerse peculiaridades no limitativas para su ejercicio), por lo que tan “sindicatos” son los de trabajadores en sentido estricto como los de funcionarios. Sin embargo, el art. 7 hace referencia a los “sindicatos de traba-

adores”, por lo que resulta evidente que la mención atécnica, que ha de interpretarse ampliamente<sup>12</sup>, englobando a todos los que prestan servicios por cuenta ajena a cambio de una retribución, con independencia del carácter de la relación en virtud de la cual se produzca dicha prestación de servicios, y por tanto con independencia de que estén incluidos o no en el ámbito de aplicación de la legislación laboral<sup>13</sup>. Este argumento se refuerza tras la L.O. 11/85, de 2 de agosto, de Libertad Sindical (LOLS), que desarrolla el art. 28,1 C.E., regulando conjuntamente la libertad sindical de trabajadores y funcionarios: el art. 1 LOLS, en efecto, afirma primero que “todos los trabajadores tienen derecho a sindicarse libremente”, para después aclarar que la expresión trabajadores ha de entenderse en sentido amplio, como venimos haciendo. Nueva confirmación, por tanto, particularmente significativa además, al ser la norma que la contiene desarrollo del art. 28,1 C.E., de que la expresión “trabajadores” ha de entenderse, en el contexto de los derechos a que nos venimos refiriendo (derecho de sindicación y de huelga), en sentido amplio, comprensivo tanto de los sujetos de una relación laboral como de los vinculados a la Administración por medio de una relación de carácter administrativo o estatuario.

A esta exégesis del texto constitucional, pueden añadirse aún otras argumentaciones que refuerzan la tesis que venimos manteniendo. Ante todo, el reconocimiento de la libertad sindical de los funcionarios, del que no cabe ninguna duda, “perdería buena parte de su efectividad, si no vá acompañado del derecho a utilizar el instrumento de autodefensa que es la huelga”<sup>14</sup> (y es “difícilmente compaginable” “con una prohibición formal y absoluta del derecho de huelga”)<sup>15</sup>. Y ello, sobre todo, adquiere mayor consistencia argumentativa tras la ratificación del Convenio n.º 151 de la O.I.T., sobre la “protección del derecho de sindicación y los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la Administración Pública”<sup>16</sup>, que exige por una parte la protección de los empleados públicos frente a discriminaciones anti-sindicales derivadas de su participación “en las actividades normales” de una organización sindical (art. 4), y les garantiza, por otra, “al igual que (a) los demás trabajadores”, los “derechos civiles y políticos esenciales para el ejercicio normal de la libertad sindical” (“a reserva solamente de las obligaciones que se deriven de su condición y de la naturaleza de sus funciones”). Por otro lado, los Tratados y Convenios internacionales pueden ser utilizados como canon hermeneútico del art. 28, al amparo de lo previsto en el art. 10,2 C.E.; en ese sentido pueden jugar, tanto el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, al que ya nos referimos<sup>17</sup> como la Carta Social Europea<sup>18</sup>. Resultando, por último, algunos otros argumentos más generales a los que pueda recurrirse, innecesarios cuando no abiertamente infundados<sup>19</sup>.

Por tanto, como conclusión, podemos afirmar que tras la entrada en vigor de la Constitución, resulta unánimemente aceptada en la doctrina, por una u otra vía argumentativa, la existencia de un derecho de huelga de los funcionarios, aceptación que se refleja también amplísimamente en la Jurisprudencia. El reconocimiento del derecho de huelga de los funcionarios es ya un dato adquirido en nuestro ordenamiento, por lo que los problemas que surgen son

más bien los del ejercicio de ese derecho y su regulación. Ahora bien, ese dato adquirido tropieza con un escollo que no es otro que el art. 222,1 CP, en la formulación dada al mismo por el DRLT, a la que ya nos referimos. Con arreglo a la misma, la huelga de los funcionarios constituye un delito de sedición, sin exigirse en su letra ningún animus especial ni elemento finalista alguno<sup>20</sup>, por lo que su contraste con el texto constitucional, tras estimar que éste incluye el derecho de huelga de los funcionarios, resulta evidente. Dicho contraste no podía tener otra consecuencia que la apreciación de la inconstitucionalidad del art. 222,1 CP, como primer paso a la hora de tratar de aclarar el régimen jurídico de la huelga de los funcionarios. Dicho primer paso, como vamos a ver, se dá, si bien con una enorme falta de claridad, por la Sentencia del Tribunal Constitucional (T.Co.) de 8 de abril de 1981, que decidió el recurso de inconstitucionalidad presentado contra el DLRT.

## II. Un derecho reconocido y no regulado: los problemas derivados del ejercicio del derecho de huelga por los funcionarios

Aceptada la existencia del derecho de huelga de los funcionarios y su garantía constitucional, surgía un doble problema: por una parte, el necesario juicio de contraste con el art. 222,1 CP, al que ya nos hemos referido, y por otra la falta de regulación que concretase las condiciones de ejercicio del derecho para salvaguardar, sobre todo, el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad afectados potencialmente por el mismo. Y, en efecto, entre los motivos que determinaron la presentación del recurso de inconstitucionalidad contra el DLRT<sup>21</sup> se encuentran la no regulación por el mismo de la huelga de los funcionarios, y su implícita prohibición dado el tenor del art. 222,1 CP. La falta de regulación de la huelga de funcionarios no podía, sin embargo, autónomamente, ser causa de inconstitucionalidad del DLRT; en todo caso, crea el problema de un vacío normativo que tampoco se solventaría por la vía pretendida: no cabe hipotizar una “inconstitucionalidad por omisión” de la norma reguladora del derecho de huelga, por no incluir la regulación de la huelga de los funcionarios, máxime cuando es una norma preconstitucional que se produce en una situación en la que el derecho de huelga no viene reconocido legalmente en relación con los funcionarios. La sentencia T.Co. 8 abril 1981, que resuelve el recurso, afirma por ello que al no estar regulado el derecho de huelga de los funcionarios en el DLRT —y, por consiguiente, tampoco prohibido—, no se plantea la constitucionalidad o nó de éste en relación con el tema (fundamento jurídico 13). Esta postura permite al Tribunal Constitucional eludir el tema de la atribución constitucional del derecho de huelga a los funcionarios: el problema viene claramente obviado por cuanto el Tribunal afirma, sin comprometerse, que el “eventual derecho de huelga de los funcionarios públicos” no viene regulado ni prohibido por el DLRT, por lo que la constitucionalidad de éste no debe ser valorada desde este punto de vista<sup>22</sup>. Ahora bien, prescindiendo de que pueden encontrarse en la sentencia argumentos utilizados por el Tribunal que pueden significar, aún por vía de obiter dicta, una aceptación del derecho de huelga de los fun-

cionarios, como es la indicación (en la línea de los argumentos que ya utilizamos) de que la expresión “trabajadores” del art. 28,2 C.E. se emplea “para excluir de la protección constitucional las huelgas de otro tipo de personas, como son pequeños empresarios, trabajadores autónomos y otros similares”<sup>23</sup>, subsiste, para sostener digamos la “neutralidad” del DLRT en relación con la huelga de funcionarios, el otro problema ya citado, que es el texto del art. 222, 1 CP, que además, en todo caso, debía venir valorado a la luz del art. 28,2 C.E.

El pronunciamiento sobre el art. 222,1 CP, sí debería haber provocado en el Tribunal Constitucional una consideración más decidida acerca de la atribución constitucional del derecho de huelga a los funcionarios. Conforme al mismo, como vimos, la huelga de funcionarios es en todo caso un delito de sedición, a diferencia de la huelga de los trabajadores privados para la que el art. 222,2 exige un dolo específico, configurando un delito de tendencia, en el que el elemento fundamental es la finalidad perseguida de atentar contra la seguridad del Estado, perjudicar su autoridad o perturbar su normal actividad. Si existe el derecho de huelga de los funcionarios, hay que remover el obstáculo que significa el art. 222,1 CP. Y, además, la afirmación de que el derecho de huelga de los funcionarios no viene prohibido —porque no viene regulado— en el DLRT, choca con el texto del mismo.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional vuelve a eludir el problema, resolviéndolo sólo por un camino realmente “desconcertante”<sup>24</sup>, que no es otro que el de interpretar conjuntamente los dos números del art. 222 CP, sin ver la diferencia entre los mismos, y haciendo una construcción unitaria del delito de sedición (por huelga), como delito en todo caso de tendencia que exige un dolo específico consistente en la voluntad de subvertir la seguridad del Estado, y que tiene por finalidad la preservación del funcionamiento del orden constitucional, el libre desarrollo de los órganos del Estado y el ejercicio pacífico de los derechos y de las libertades ciudadanas<sup>25</sup>. Sin afrontar abiertamente la cuestión planteada, el Tribunal Constitucional, por consiguiente, interpreta en sentido finalista el art. 221,1 CP<sup>26</sup>, que podemos considerar que “sustantivamente” es declarado inconstitucional<sup>27</sup>. Por consiguiente, se abre así espacio a la huelga de funcionarios sin que el Tribunal Constitucional se pronuncie realmente sobre el tema, y por esta vía “tortuosa” nos encontramos con la situación siguiente: el derecho de huelga de los funcionarios públicos que, como vimos anteriormente, resulta consagrado en la Constitución, carece tras la entrada en vigor de la misma de regulación legal acerca de las condiciones de su ejercicio (limitándose el DLRT a la regulación de la huelga en el ámbito de las “relaciones laborales” sometidas a la normativa laboral), existiendo sólo, al igual que también existe para los trabajadores, el límite último del delito de sedición que, como delito de tendencia, caracterizado por la voluntad de subvertir la seguridad del Estado, tipifica, en la interpretación de la sentencia del T.Co. de 8 abril 1981, el art. 222 CP.

Afirmada la existencia del derecho de huelga de los funcionarios, se plantea ya, en esta forma, abiertamente el vacío normativo existente en relación con la regulación del ejercicio del mismo. El derecho existe, pero la única norma reguladora del ejercicio del derecho de huelga (el DLRT, debidamen-

te adaptado al texto constitucional tras la sentencia de 8 abril 1981) no lo contempla. ¿Como cubrir este vacío? Cabe pensar que el derecho, a pesar de su consagración constitucional, no resulta ejercitable hasta tanto se produzca su regulación legal. Pero esta tesis, a la vista sobre todo de la doctrina jurisprudencial del T.Co. ya consolidada de la aplicación inmediata y directa de los derechos constitucionales, no resulta atendible. Si el derecho resulta consagrado, como se sostiene, en el art. 28,2 C.E., resulta directamente ejercitable en base al mismo. El vacío normativo no puede, así, enervar el recurso a la huelga<sup>28</sup>, que resulta siempre posible sobre la base de su consagración en el art. 28,2 C.E.<sup>29</sup>. Pero lo que no aporta, evidentemente, la norma constitucional son las indicaciones precisas acerca de las condiciones—esto es, de los límites— de ejercicio del derecho. El problema no se soluciona atendiendo a las indicaciones generales que se pueden extraer del texto constitucional, como que la finalidad de la huelga sea la defensa de los “intereses de los funcionarios”, que se garantice el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad y que se respeten otros derechos constitucionales (los derechos inviolables de la persona y las libertades públicas y derechos fundamentales de los demás)<sup>30</sup>. Con ello no se aclara, en efecto, el régimen jurídico del ejercicio del derecho de huelga por los funcionarios, con lo cual llegamos al punto crucial: ¿puede extraerse dicho régimen jurídico de lo establecido, para la huelga de los trabajadores, en el DLRT?

Cabe pensar, al respecto, que mientras no se regule el ejercicio del derecho de huelga de los funcionarios, ha de someterse, al menos, a lo establecido en el DLRT, si bien “con las salvedades impuestas razonablemente por la peculiaridad de sus condiciones estatutarias”<sup>31</sup>. Ello llevaría a la aplicación analógica de lo dispuesto en el DLRT para las empresas encargadas de la prestación de servicios públicos<sup>32</sup>, exigiéndose el plazo de preaviso previsto para la huelga de los trabajadores de las mismas (art. 4 DLRT) así como el respeto de las otras exigencias del DLRT avaladas por la sentencia T.Co. de 8 abril 1981 (nombramiento de un comité de huelga, notificación a la autoridad laboral, etc.). De esta forma, se permitiría a jueces y tribunales atender el deber que les viene impuesto por el art. 1,7 CC, aplicando analógicamente, conforme al mandato del art. 4,1 del mismo Código, las normas del DLRT, dada la afinidad jurídica de las situaciones<sup>33</sup>, que permite apreciar la “identidad de razón” a que se refiere el precepto.

Otros autores, sin embargo, se manifiestan en contra de la aplicabilidad del DLRT, aplicabilidad que, afirman, no puede producirse de forma directa, ni tampoco —o al menos resulta dudoso— por analogía<sup>34</sup>. Lo único que cabría entonces es que la Jurisprudencia colmara el vacío normativo, todo lo más utilizando lo dispuesto en el DLRT como “directriz” o “marco de referencia”<sup>35</sup> orientador de sus resoluciones. En todo caso, sería la Jurisprudencia la llamada a resolver los problemas interpretativos que pudieran surgir como consecuencia del ejercicio por los funcionarios del derecho de huelga que les viene reconocido. Y en todo caso también, —como mayor o menor autonomía según se opte por la aplicación analógica del DLRT o por su uso como simple directriz o marco de referencia—, las indicaciones del DLRT en cuanto a los requisitos previos de ejercicio del derecho, formalidades y modalida-

des del mismo, serán punto de referencia obligado (si bien con las adaptaciones precisas que deriven de la específica situación de los funcionarios). Lo que no puede pretenderse es que, en ausencia de previsiones legales al respecto, el derecho pueda ejercitarse sin limitación alguna, y no sólo porque ello viole el principio de igualdad en relación con los restantes trabajadores, sino también porque repugna a la propia esencia del derecho y a su necesario equilibrio con los restantes derechos y con los principios de ordenación de la sociedad consagrados en la Constitución. Y ello nos pone en conexión con el tema que más interés y más problemas ha suscitado en relación con la huelga de funcionarios en la práctica: la atención de haberes de los mismos en correspondencia a la no prestación de sus servicios durante la huelga.

En efecto, la abundante Jurisprudencia que se ha ocupado de la huelga de los funcionarios ha sido provocada casi exclusivamente por los recursos presentados por los mismos ante la retención (o descuento) de sus haberes, correspondiente a los días de huelga, practicada por la Administración. Y si existe alguna reflexión acerca de las modalidades de ejercicio de la huelga y de los requisitos y formalidades a respetar por la misma<sup>36</sup>, el punto central de las consideraciones jurisprudenciales es precisamente el de la procedencia o no de dicha retención de haberes. Retención que, ante la realidad cada vez más frecuente de las huelgas de funcionarios, se practica por la Administración al amparo de un Acuerdo del Consejo de Ministros de 15 junio 1979. En el mismo, y sin referirse a la “huelga”, sino solo a las ausencias no justificadas de los funcionarios públicos, se dan instrucciones para que cuando tales ausencias no integren un supuesto determinante de sanción (y no queden incuridas en el art. 222 CP) se acuerde 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”, debiendo la deducción afectar a todas las retribuciones básicas y complementarias, excepto el complemento familiar. La aplicación de este Acuerdo origina una serie de recursos de los trabajadores afectados, ante lo que se abren dos distintas líneas jurisprudenciales<sup>37</sup>:

— Por una parte, determinadas Audiencias Territoriales consideran que la retención de haberes encubre una sanción administrativa que no puede, por consiguiente, adoptarse al margen de las normas que regulan el procedimiento disciplinario en la función pública. Las ausencias de los funcionarios solo pueden ser afrontadas siguiendo los procedimientos disciplinarios previstos, no pudiendo configurarse una “suspensión de la relación estatutaria”, que no entra dentro de las situaciones previstas para los funcionarios en el art. 40 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado. Y no sirviendo tampoco como cobertura legal a la actuación administrativa el Acuerdo de 15 junio 1979, que se considera nulo de pleno derecho. Esta línea jurisprudencial coincide con la postura doctrinal que estima esta nulidad del Acuerdo del Consejo de Ministros por modificar sin suficiente rango legal el sistema de sanciones previsto en la Ley de Funcionarios, por haber sido dictado infringiendo las normas de elaboración de las disposiciones reglamentarias contenidas en los artículos 129 y siguientes de la LPA, y por no haber sido publicado en el BOE, y que afirma la imposibilidad de configurar la situación de suspensión de la relación

estatutaria, así como que en la legislación vigente están previstos los supuestos de ausencia al trabajo, por lo que la imposición de sanciones exige la tramitación de un expediente disciplinario en el caso de faltas graves y muy graves, pudiendo solo imponerse sanción (apercibimiento y pérdida de uno a cuatro días de remuneración) sin expediente en el caso de faltas leves. Lo que lleva a concluir que cualquier retención de haberes de más de cuatro días sin tramitación de expediente sancionador, resulta claramente ilegal<sup>38</sup>.

— Por otra, determinadas Audiencias Territoriales avalan la retención de haberes practicada por cuanto no puede considerarse una sanción, no siendo aplicable el reglamento disciplinario a un supuesto en el que se ejercita un derecho<sup>39</sup>. Dicha retención, en el caso de ejercicio del derecho de huelga, es “consecuencia natural” del incumplimiento por los funcionarios de las obligaciones de naturaleza recíproca que le ligan con la Administración<sup>40</sup>. Estamos, más que ante una retención o deducción, ante la ausencia de devengo de la retribución por falta de la prestación correspondiente<sup>41</sup>, hablando algunas decisiones de la suspensión de la relación estatutaria, que provoca que queden en suspenso también las prestaciones recíprocas. Y el Acuerdo del Consejo de Ministros de 15 junio 1979 se estima válido ya que no es una norma o disposición llamada a integrar la regulación de la huelga de los funcionarios públicos, sino que tiene un alcance más limitado, de mero acto administrativo de contenido concreto aunque de efectos generales<sup>42</sup>; el Acuerdo, pues, se dice, no necesitaba publicidad alguna ni infringía preceptos de la LRJAE, desde el momento que se trataba de meras instrucciones de régimen interno comunicadas en el seno de la Administración<sup>43</sup>.

Ante estas discrepancias, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, en un número considerable ya de sentencias<sup>44</sup>, sienta una doctrina contraria a la legalidad de la retención de haberes, si bien no enteramente coincidente con la primera de las directrices interpretativas señaladas. Para el Tribunal Supremo, en efecto<sup>45</sup>, la retención de haberes no constituye una sanción, pero no resulta posible sin una cobertura legal suficiente. Y no resulta posible porque altera el régimen retributivo de los funcionarios públicos, “ajeno a toda idea contractual y de contraprestación”, y al que no pueden transplantarse los principios propios de una relación privada. Sin la existencia de una norma legal habilitante, estima el Tribunal Supremo, la actuación de la Administración puede incidir gravemente en el derecho de huelga, no pudiendo existir, ni por tanto configurarse, otras situaciones funcionariales que las reguladas en la legislación vigente. Y el Acuerdo del Consejo de Ministros del 79 no sirve como norma habilitante, debiendo apreciarse su nulidad por cuanto se configura como una “técnica coactiva” que “operando sobre las retribuciones, incide en un posible derecho de huelga”, por lo que estamos en presencia de una parcial creación de derecho que hace que el citado Acuerdo no sea interpretativo ni aclaratorio de norma anterior, sino que pretenda introducir una variación sustancial en la función pública<sup>46</sup> sin observar los requisitos necesarios para ello.

La crítica a la línea jurisprudencial dominante tiene que partir, ante todo, de una afirmación fundamental: reconocer la existencia del derecho de huelga de los funcionarios, y considerar al mismo tiempo que frente al ejercicio

del mismo la única vía de actuación de la Administración es la disciplinaria, es abiertamente contradictorio e ignora lo que significa el reconocimiento del derecho de huelga. Si la huelga se configura como un derecho, del ejercicio del mismo no puede derivar sanción alguna para quien lo ejercita. Con lo cual, o se firma el derecho de huelga, que impide por el mero hecho de su ejercicio la aplicación de sanciones disciplinarias, o se niega la existencia del derecho, con lo que sólo estaríamos ante incumplimientos de sus obligaciones por parte del funcionario, que pueden ser sancionados con arreglo a la normativa disciplinaria vigente<sup>47</sup>. Este escollo resulta salvado por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, que sostiene como vimos la ilegalidad de la retención de haberes, aún cuando niegue su carácter de sanción. Lo que sucede es que el Tribunal Supremo (y la doctrina que coincide con sus tesis) se mueve en una línea interpretativa rigidamente formalista, de estricto apego al dato legal, que considera que no cabe hacer evolucionar la letra de la ley para adaptarla a las nuevas realidades, sino, al contrario, lo que hay es que encajar esas realidades en la letra de la ley, aunque sea deformándolas o ignorando su propia naturaleza. El dato legal, rigidamente interpretado, sería entonces una especie de cama de Procuste, a la que hay que adaptar la realidad, estirándola o acortándola para que encaje en la misma. No otra cosa significa la negativa a considerar que los funcionarios puedan encontrarse en otras situaciones que las legalmente previstas (sin reparar en que resultan previstas por una norma preconstitucional, en el momento de cuya emanación no existía en nuestro ordenamiento el derecho de huelga) o la afirmación de que el régimen retributivo de los funcionarios no se puede ver afectado sin la existencia de una norma legal habilitante.

Ahora bien, esta interpretación formalista resulta rechazable, no ya por sus efectos, contrarios al principio de igualdad, que configuran una situación de “privilegio desorbitado para el funcionario y de desamparo para la Administración”<sup>48</sup>, y que resultan paradójicos, al permitir a los funcionarios ejercer el derecho de huelga con menores riesgos, y mayores ventajas, que los trabajadores del sector privado<sup>49</sup>, sino sobre todo y fundamentalmente, porque ignora el “contenido esencial” del derecho de huelga<sup>50</sup>. La esencia del derecho de huelga, en efecto, consiste en la posibilidad de abstenerse de realizar la propia prestación, sin que ello integre incumplimiento de ningún tipo ni pueda dar lugar a la imposición de ninguna sanción, conllevando únicamente la pérdida de la retribución correspondiente al tiempo no trabajado. Hablar en relación con la retención de haberes de “técnica coactiva”, o de alteración del régimen retributivo que puede afectar “gravemente” al derecho de huelga, es ignorar el significado y la esencia de éste. Y afirmar que no pueden configurarse situaciones de los funcionarios al margen de las legalmente previstas (en el art. 40 de la Ley de Funcionarios, norma como dijimos preconstitucional y emanada cuando no existía reconocido un derecho de huelga) es impedir, por un criterio formalista, que el ejercicio del derecho de huelga despliegue los efectos que le son propios. Un mínimo de coherencia exige que si se admite la existencia del derecho de huelga de los funcionarios, su ejercicio conlleve las consecuencias que son propias del mismo. De otra forma no estamos en realidad ante la figura del derecho de huelga, por cuanto se deforman o se al-

teran, ahora sí gravemente, sus contenidos esenciales. En todo caso, la línea jurisprudencial adoptada por el Tribunal Supremo aconseja la pronta regulación del ejercicio del derecho de huelga, en desarrollo del art. 28,2 C.E. Y, a falta de esa regulación, la Ley 30/84, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública, trata de quebrar la citada línea jurisprudencial en los términos que seguidamente analizaremos.

### III. La Ley 30/84, de 2 de agosto, y la necesaria regulación de la huelga de los funcionarios

Aceptada la inclusión del derecho de huelga de los funcionarios en las previsiones del art. 28,2 C.E., y vistas las disfunciones que aconsejan una pronta regulación del ejercicio del mismo, un primer problema, de cara a esa regulación, se plantea en orden a decidir si se ha de tratar o no de una regulación conjunta con la del derecho de huelga de los restantes trabajadores. En mi opinión, debe procederse a una regulación unitaria del derecho de huelga y de su ejercicio, en cumplimiento del mandato contenido en el art. 28,2 C.E. La inclusión en el mismo del derecho de huelga de los funcionarios implica que las limitaciones que puedan establecerse legalmente para su ejercicio no deben tomar en consideración el dato subjetivo de que la condición del titular del derecho sea la de funcionario, sino solamente el dato objetivo del servicio cubierto por el mismo. Las limitaciones deben establecerse en atención a las actividades afectadas por la huelga, no a los sujetos titulares de la misma. Por ello, pueden y deben preverse limitaciones para la huelga de los funcionarios, que traten, en la medida de lo posible, de salvaguardar el servicio público prestado por los mismos, y, en su caso, de mantener los servicios esenciales para la comunidad. Cuando la actividad de los funcionarios afecte a estos servicios esenciales, han de preverse las medidas necesarias para el mantenimiento de los mismos, siendo en este caso la problemática coincidente con la ya existente en relación con los servicios esenciales atendido por trabajadores sometidos a la normativa laboral. Fuera de estos supuestos, ha de tenerse en cuenta que el funcionario atiende en todo caso un servicio público, que goza "de una fuerte presunción de interés social"<sup>51</sup>, por lo que se justifican limitaciones que traten, en medida compatible con el respeto del derecho de huelga, de salvaguardar el servicio público y de garantizar los derechos fundamentales de los ciudadanos que puedan verse afectados por la huelga. En base a ello, puede por ejemplo preverse un plazo de preaviso más dilatado que para la huelga de trabajadores y medidas de publicidad de cara a los ciudadanos afectados más incisivas; pueden también configurarse servicios mínimos de atención al público, y sobre todo pueden tratar de solucionarse los conflictos que se presenten concediendo una atención prioritaria a la negociación entre las partes y a procedimientos imparciales, "tales como la mediación, la conciliación y el arbitraje" (Convenio 151 O.I.T., art. 8). Lo que pienso que no pueden establecerse son limitaciones que vayan más allá de las existentes para los trabajadores y que no encuentren justificación objetiva en la naturaleza de las actividades prestadas por el funcionario y en los derechos e intere-

ses afectados por las mismas. Y tampoco creo admisible que se configuren algunos aspectos del derecho de huelga de los funcionarios de manera no homogénea a como resultan configurados para el resto de los trabajadores: por ejemplo, en contra de lo que se ha indicado<sup>52</sup>, si la titularidad del derecho de huelga es atribuida a los trabajadores individualmente considerados, no cabe reservar la titularidad del derecho de huelga, en relación con los funcionarios, a las asociaciones sindicales de los mismos. No hay razón válida que justifique esta diversa configuración del derecho de huelga en un y otro caso.

Por lo demás, la regulación del derecho de huelga de los funcionarios, que estimo debe hacerse unitariamente con la del de los restantes trabajadores, en todo caso debe realizarse mediante Ley Orgánica, por imperativo del art. 81,1 C.E.<sup>53</sup> No cabe estimar que, en base al art. 103,3 C.E., la regulación de la huelga de los funcionarios deba hacerse, mediante Ley ordinaria, en el Estatuto funcional<sup>54</sup>. El art. 28 C.E. debe ser desarrollado mediante Ley Orgánica, y esta reserva alcanza al derecho de huelga de los funcionarios una vez que se estime comprendido en el número 2 del citado artículo<sup>55</sup>.

Todo ello nos pone en conexión, por último, con las indicaciones que en relación a la huelga de funcionarios se contienen en la Ley 30/84, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública. Dicha ley, como dijimos, en espera de una adecuada regulación del derecho de huelga de los funcionarios, trata de quebrar la línea jurisprudencial del Tribunal Supremo que considera que las retenciones de haberes a funcionarios con motivo del ejercicio del derecho de huelga por los mismos, son ilegales por no existir una norma habilitante que las justifique. Para ello, por una parte, considera como faltas muy graves (art. 31,1, k y l) la participación en huelgas de aquellos funcionarios que la tengan expresamente prohibida por la ley, y el incumplimiento de la obligación de atender los servicios esenciales en caso de huelga. Por otra (disp. adicional 12.<sup>a</sup>), prevé que en caso de ejercicio del derecho de huelga los funcionarios no devengarán ni percibirán las retribuciones correspondientes al tiempo en que hayan permanecido en esa situación, sin que la deducción de haberes tenga, en ningún caso, carácter de sanción disciplinaria, ni afecte al régimen de sus prestaciones sociales.

Si en relación con el art. 31 de la Ley 30/84, no surgen problemas de reserva de Ley Orgánica, por cuanto se trata de normas que simplemente reflejan (por tanto presuponen y reclaman) una regulación externa (precisamente, la que debe producirse mediante Ley Orgánica) de las correspondientes materias, en cambio sí se plantean dudas considerables en relación con la disp. adicional 12.<sup>a</sup>. El no respeto por la misma de la reserva de Ley Orgánica es, en efecto, uno de los motivos del recurso de inconstitucionalidad presentado contra la Ley 30/84. Doctrinalmente se ha defendido la constitucionalidad de la norma, en base a que la reserva de Ley Orgánica ha de ser objeto de una interpretación restrictiva, no pudiendo extenderse a materias conexas que no afectan frontalmente al derecho afectado por la reserva, y al precedente que supone el art. 45,1,1 LET, que prevé entre los casos de suspensión del contrato de trabajo el ejercicio del derecho de huelga. Añadiéndose que la retención de haberes es materia propia de la relación de servicios que une a los funcionarios con la Administración, cuya regulación, a través del Estatuto de la

Función Pública (art. 103,3 C.E.) no exige las formalidades y procedimientos de una Ley Orgánica<sup>56</sup>. No considero, sin embargo, que esta argumentación sea convincente. La interpretación restrictiva de la reserva de Ley Orgánica, que no alcanza a las “materias conexas” con la que determina la reserva, no es argumento admisible si se considera, como vimos, que estamos ante lo que puede considerarse el contenido esencial del derecho de huelga. No acierto a comprender como se puede considerar simplemente “materia conexa” al derecho de huelga el efecto suspensivo del ejercicio del mismo sobre la relación laboral o funcional de quien lo ejercita.

Por otra parte, tampoco el “precedente” del art. 45 LET es válido. El Estatuto de los Trabajadores no regula el tema, sino que se limita a reflejar una regulación que está en otra norma (hoy, el DLRT, mañana la Ley Orgánica de desarrollo del art. 28,2 C.E.). Y no puede considerarse que el efecto suspensivo de la huelga —por tanto la retención de haberes durante la misma— sea materia propia de la relación de servicios de los funcionarios con la Administración, a regular, en el Estatuto de la Función Pública, sin necesidad del ropaje formal de la Ley Orgánica. En el Estatuto de la Función Pública, por el contrario, debe figurar, entre las situaciones del funcionario, la de suspensión de su relación como consecuencia del ejercicio del derecho de huelga. Suspensión que debe venir regulada mediante Ley Orgánica. A falta de esta regulación, el ejercicio del derecho de huelga de los funcionarios debe comportar las consecuencias que inevitablemente derivan de su contenido esencial —y por ello, unas simples instrucciones administrativas al respecto son válidas—, pero ante la línea jurisprudencial —errónea— a la que nos hemos referido, no puede pretenderse ofrecer una norma habilitante que, sin el rango suficiente, trate de solventar el problema. Dicha norma, si es una ley ordinaria, invade el terreno propio de las Leyes Orgánicas, máxime cuando en ella se contienen opciones (como el que no se vea afectado el régimen de las prestaciones sociales de los funcionarios) que no se ve cómo pueden sustraerse al desarrollo —mediante Ley Orgánica— de las previsiones contenidas en el art. 28,2 C.E. Todo ello reafirma la necesidad urgente de una Ley Orgánica reguladora del ejercicio del derecho que derivan del citado precepto constitucional. Hasta tanto se afronte dicha regulación, los problemas y las dudas interpretativas seguirán subsistentes, y podrán seguirse manteniendo, por una u otra vía, situaciones injustas y disfuncionales como la que hasta ahora se ha producido.

#### NOTAS

1. Cfr. F. DURAN LOPEZ, “La nueva regulación de la huelga y del cierre patronal”, en *Revista de Política Social*, 115/1977, p. 54 y ss.

2. R.D. 3624/77, de 16 de febrero (BOE 24-2), de ejercicio del derecho de asociación de los funcionarios civiles de la seguridad del Estado (art. 2.2.º párrafo), y R.D. 500/78, de 3 de marzo (BOE 21-3), de ejercicio del derecho de asociación del personal civil al servicio de la Administración Militar. Con posterioridad a la aprobación de la Constitución, Ley 85/78, de 28-12 (BOE 12-1-79) que aprueba las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas (art. 181). Esta última, por cierto, no habla del “derecho de huelga”, sino de recurso a formas “directas o indirectas de huelga”.
3. Como hace, por ejemplo, A. CANO MATA, para quien dicha prohibición significa que el derecho existe para el resto de los funcionarios (“La huelga de funcionarios”, en RAP, 93/1980, p. 139).
4. Instrumento de Ratificación de 13 de abril de 1977 (BOE 30-4). La ratificación de la Carta Social Europea es posterior a la entrada en vigor de la Constitución.
5. Como hace A. EMBID IRUJO, “La problemática actual de la huelga de los funcionarios”, en “El trabajo en la Constitución”, Instituto de Relaciones Laborales de la Universidad de Zaragoza, 1982, pp. 258-259, quien afirma que, en base al citado Pacto, el derecho de huelga de los funcionarios existe, aunque pueda ser restringido, por lo que a partir de 1977 la huelga es un derecho del funcionario público. También J.L. FUERTES SUAREZ, “El derecho de huelga de los funcionarios públicos”, Civitas, REDA, 24/1980, p. 127, afirma que el Pacto produjo la ampliación subjetiva de la titularidad del derecho.
6. Cfr. M. ALONSO OLEA, “Derecho del Trabajo”, 8.ª ed., Madrid, 1983, p. 582.
7. Cfr. EMBID IRUJO, op. cit., p. 261.
8. Cfr. A. MARTIN VALVERDE, “El derecho de huelga en la Constitución de 1978”, en RPS, 121/1979, p. 230.
9. En ese sentido me pronunciaba en “El derecho de huelga en el nuevo orden constitucional”, en *Argumentos*, julio, 1978, p. 61, y el argumento es compartido por MARTIN VALVERDE, op. cit. p. 230.
10. Argumento que utilicé en “El derecho de huelga en el nuevo orden constitucional”, cit. p. 61, y que acepta el Tribunal Constitucional en su sentencia de 8 de abril de 1981 (fundamento jurídico 21), cuando sostiene que el art. 28,2, cuando habla de trabajadores, lo hace “para excluir de la protección constitucional las huelgas de otro tipo de personas, como son pequeños empresarios, trabajadores autónomos y otros similares”.
11. MARTIN VALVERDE, op. cit. p. 230, recuerda que “la aceptación amplia de «trabajadores» es, sin duda, la más frecuentemente utilizada en el lenguaje de las Constituciones y de las normas de derecho colectivo del trabajo”.
12. Argumento compartido por MARTIN VALVERDE, op. cit. p. 230 y F. VALDES DAL-RE, en su aportación a la obra colectiva de MATIA, SALA, VALDES y VIDA, “Huelga, cierre patronal y conflictos colectivos”, Civitas, Madrid, 1982, p. 69. Para CANO MATA, op. cit. p. 137, no es necesario interpretar la expresión trabajador en sentido lato, sino que la titularidad del derecho pertenece a todos los que trabajan por cuenta ajena, recibiendo como contraprestación una remuneración, cualquiera que sea su denominación (lo cual constituye, curiosamente, una interpretación en sentido lato del término trabajador que previamente el autor afirmaba que no era necesaria).

13. Cfr. MARTIN VALVERDE, op. cit. p. 229. En favor de la interpretación amplia, también, L.E. DE LA VILLA, "Algunas reflexiones para la regulación legal de la huelga", en "Estudios de Derecho del Trabajo en memoria del prof. Bayón Chacón", Tecnos, Madrid, 1980, p. 104; VALDES, op. cit. p. 68; GARCIA BLASCO, "El derecho de huelga en España: calificación y efectos jurídicos", Bosch, Barcelona, 1983, p. 40 y ss.; A. OJEDA AVILES, "Derecho Sindical", 2.ª ed., Tecnos, Madrid, p. 358; T. SALA FRANCO y J.M. GOERLICH PESET, "La huelga de los funcionarios públicos", en Relaciones Laborales, 4/1985, p. 666.
14. Cfr. MARTIN VALVERDE, op. cit. pp. 230-231. También en ese sentido, VALDES, op. cit. p. 69.
15. Cfr. ALONSO OLEA, op. cit. p. 582. Para la sentencia de la AT de Sevilla de 27-7-82, "un sindicato sin el derecho al ejercicio de la huelga quedaría, en una sociedad democrática, vaciado prácticamente de contenido".
16. Instrumento de Ratificación de 22 de junio de 1984 (BOE 12-12-84).
17. Aunque, en mi opinión, el papel que pueda jugar este Pacto, cuya formulación ya comentamos, no es tan importante como parecen aceptar algunos autores (EMBED IRUJO, op. cit. p. 258; FUERTES SUAREZ, op. cit. p. 127, y CANO MATA, op. cit. p. 139), y como se refleja en alguna jurisprudencia (sentencia AT Sevilla de 27-7-82). Por una parte, al prever la posibilidad de restricciones legales al ejercicio del derecho de huelga por parte de los funcionarios, presupone que estos son titulares del derecho. Pero por otra, concede un amplio margen al ordenamiento interno, que puede llegar a la supresión del derecho de huelga en la función pública (como prueba el hecho de la referencia conjunta a los miembros de las Fuerzas Armadas, la Policía y la Administración del Estado y como prueba el hecho de la prohibición de la huelga de funcionarios en varios países democráticos). Dista, por consiguiente, mucho de ser un dato inequívoco y concluyente que determine la existencia efectiva del derecho de huelga de los funcionarios en nuestro país.
18. La Carta Social Europea, al igual que indicamos para el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Culturales y Sociales en la nota precedente, no tiene la importancia interpretativa que algunos autores parecen asignarle (OJEDA AVILES, op. cit., p. 358; GARCIA BLASCO, op. cit., p. 43). En este caso, la relatividad del dato es todavía más clara, por cuanto el art. 6,4 se refiere solo a los trabajadores, y es su interpretación conjunta con el art. 31 la que permite concluir la atribución del derecho de huelga también a los funcionarios. Y además, y sobre todo, el Instrumento de Ratificación español declara expresamente que España interpretará los artículos 5 y 6 en relación con el art. 31, "de manera que sus disposiciones sean compatibles con las de los artículos 28, 37, 103,3 y 217 de la C.E.". Por tanto, en este aspecto, la CSE ha de leerse a la luz de la C.E. y no inversamente.
19. Así, por ejemplo, la alegación del principio de igualdad del art. 14 C.E., "porque nada hay que justifique un tratamiento jurídico distinto" entre trabajadores y funcionarios en este tema (CANO MATA, op. cit. p. 138), por cuanto las normas internacionales (basta recordar el art. 8,2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, o el 6,4 en relación con el 31 de la de Derechos Económicos, o el 6,4 en relación con el 31 de la CSE) suelen matizar la situación de los funcionarios al respecto (al igual que hace el propio art. 28,1 C.E.) y existen argumentos consistentes para dificultar la aplicación estricta de ese principio de igualdad (cfr. sobre el debate, en general, de la huelga de funcionarios, A.P. BAYLOS GRAU, "Huelva y servicios esenciales para la comunidad",

- en "Jurisprudencia constitucional y relaciones laborales". Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983, p. 197 y ss.; GARCIA BLASCO, op. cit. p. 4 y ss.). (El argumento frecuente de que los funcionarios atienden un servicio público que no puede interrumpirse, lo contesta CANO MATA alegando la diversidad de servicios imprescindibles que hoy prestan trabajadores del sector privado, no por ello excluidos del derecho de huelga. Este mismo autor añade otro argumento en favor del reconocimiento constitucional de la huelga de funcionarios ya claramente inaceptable desde el punto de vista técnico, que es aquél conforme al cual el art. 28,2 incluye el derecho de huelga de los funcionarios porque está comprendido entre los derechos de la personalidad, cuya protección puede ejercerse "por cualquier ciudadano". Resulta evidente que el art. 53,2 C.E. al hablar de "cualquier ciudadano" no pretende una extensión subjetiva de la titularidad de todos los derechos afectados por el mismo, como el derecho de sindicación o el de huelga, sino que se refiere a que el ciudadano, que es titular obviamente del correspondiente derecho, dispone directamente del medio de defensa del mismo que en el precepto se configura, pudiendo accionar por la vía de la citada protección preferente y sumaria ante los Tribunales ordinarios y recurrir en amparo para la defensa del derecho constitucional violado, a diferencia de lo que sucede con otros derechos que no permiten la utilización de la citada vía ni abren el recurso de amparo, pudiendo solo plantearse, frente a las normas que los desarrollen, los correspondientes recursos o cuestiones de inconstitucionalidad, no abiertos, como se sabe, a los ciudadanos).
20. Cfr. E. BORRAJO DACRUZ, "El derecho de huelga de los funcionarios públicos en la sentencia del T.Co. de 8 abril 1981", en REDC, 2/1981, p. 37; VALDES, op. cit. p. 70.
  21. Sobre el recurso, cfr. MATIA, SALA, VALDES y VIDA, op. cit. donde se incluye el texto del mismo y una introducción explicativa del prof. VIDA SORIA, que fue su autor.
  22. Lo que no impide que algunos autores consideren que el T.Co. acepta la existencia del derecho de huelga de los funcionarios, considerando la expresión "eventual aplicada a tal derecho sólo como una "desconcertante adjetivación": cfr. VALDES, op. cit. p. 69. Tampoco hay que extraer la conclusión de que el Tribunal tenga el propósito de no prejuzgar algo que parece entender como una opción posible del legislador, pero no como una consecuencia obligada de la Constitución (R. ESCUDERO RODRIGUEZ, "Modelo normativo del derecho de huelga", en "Jurisprudencia constitucional y relaciones laborales", cit. p. 119), pues ello significaría que el T.Co. admite que el derecho de huelga de los funcionarios cabe en el art. 28,2 pero no resulta exigido por el mismo.
  23. Fundamento jurídico 21, a propósito de la huelga de solidaridad. Como vimos anteriormente, ese es uno de los argumentos que permiten explicar el uso de la expresión "trabajadores" por el art. 28,2, sin necesidad de interpretarla en sentido estricto, jurídico-formal, como referente sólo a los titulares de un contrato de trabajo.
  24. Adjetivación de VALDES, op. cit. p. 70.
  25. Fundamento jurídico 26.
  26. Cfr. BORRAJO, op. cit. p. 138.
  27. Cfr. VALDES, op. cit. p. 71.
  28. Cfr. BORRAJO, op. cit. p. 144.
  29. Cfr. VALDES op. cit. p. 70 y SALA y GOERLICH op. cit.

30. Cfr. SALA y GOERLICH, op. cit. p. 666; BORRAJO, op. cit. p. 144 y VALDES, op. cit. p. 70.
31. En este sentido se pronuncia la sentencia de Magistratura de Trabajo n.º 4 de Madrid de 23-11-79 comentada por FUERTES SUAREZ, op. cit. p. 128. También en ese sentido CANO MATA, op. cit. pp. 142 y 144-145, y OJEDA AVILES, op. cit. p. 360.
32. Cfr. CANO MATA, op. cit. p. 142 y EMBID IRUJO, op. cit. p. 266.
33. En ese sentido, la S. de la AT de Pamplona de 5-3-82, citada por G. FERNANDEZ FARRERES, "Sobre la ilegalidad de la retención de haberes a los funcionarios públicos con ocasión del ejercicio del derecho de huelga", en RAP, 99/1982, p. 284. También S. AT de Sevilla de 27-7-82.
34. Cfr. BORRAJO, op. cit. pp. 145-146, quien se opone a la aplicación analógica porque supondría más bien una creación de derecho ex novo por los Tribunales. En los mismos términos, GARCIA BLASCO, op. cit. p. 45. También FERNANDEZ FARRERES, op. cit. p. 274.
35. Cfr. BORRAJO, loc. cit., GARCIA BLASCO, loc. cit. y SALA y GOERLICH, op. cit. p. 667.
36. Así, la S. de MT de Madrid de 23-11-79 ya citada, y comentada por FUERTES SUAREZ, op. cit. p. 124 y ss.
37. Cfr. FERNANDEZ FARRERES, op. cit. p. 275 y ss.
38. Cfr. F. SOSA WAGNER, "Las retenciones de haberes y las huelgas de los funcionarios públicos", en Civitas, REDA, 31/1981, p. 699 y ss.
39. S. AT de Sevilla de 27-7-82: no es preciso instruir expediente sancionador porque no se ejercita potestad disciplinaria alguna ni se imputa conducta merecedora de sanción a los funcionarios, ya que nadie puede ser sancionado por ejercitar un derecho, salvo que tal ejercicio vulnere los límites de aquél y ello porque no existe derecho absoluto alguno.
40. Cfr. el estudio jurisprudencial de FERNANDEZ FARRERES, op. cit. p. 282 y ss.
41. Cfr. CANO MATA, op. cit. p. 148.
42. S. AT Pamplona de 5-3-82; cfr. FERNANDEZ FARRERES, op. cit. p. 285.
43. S. AT Sevilla de 27-7-82.
44. Cfr. SALA GOERLICH, op. cit. p. 669, nota 12. La S.T.Co. 90/84, de 5-10, conoce de un recurso de amparo contra la S. AT de Sevilla de 16-9-83 contraria a la retención de haberes, pero no entra en el fondo del asunto, que afecta a una doctrina que, "como perteneciente a la aplicación e interpretación de la legalidad ordinaria", escapa a la competencia del T.Co. De todas formas, admite (fundamento jurídico 2) que la huelga "pueda conllevar de forma natural la pérdida de la retribución correspondiente al período de su duración".
45. Cfr. por todas S. TS (5.ª) de 1-7-82 (Rep. Ar. 4258).
46. S. TS 2-12-83; cfr. SALA y GOERLICH, op. cit. p. 671.
47. Cfr. FERNANDEZ FARRERES, op. cit. p. 286.

48. A la que virtualmente se obliga a subvencionar la huelga. como dice ALONSO OLEA, op. cit. p. 583.
49. Cfr. DE LA VILLA, op. cit. p. 105.
50. S. AT Sevilla de 27-7-82.
51. Cfr. BORRAJO, op. cit. p. 140.
52. Cfr. BORRAJO, op. cit. p. 148.
53. Cfr. ALONSO OLEA, op. cit. p. 582.
54. Cfr. CANO MATA, op. cit. pp. 136-137.
55. Igual que su derecho a la sindicación. En efecto, la LOLS. que debe servir de guía al respecto, regula unitariamente la libertad sindical de los funcionarios y de los trabajadores. Ello no impide que, con respecto de la misma, el Estatuto de la Función Pública pueda aclarar ciertas peculiaridades de dicho derecho de sindicación, como previene el art. 103,3 C.E.
56. Cfr. SALA y GOERLICH, op. cit. p. 676.