

AITOR BENGOETXEA ALKORTA

Doctor en Derecho

Profesor Asociado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad

Social. Universidad del País Vasco

Este trabajo ha sido seleccionado y ha obtenido el **Accésit Especial Premio Estudios Financieros 2004** en la Modalidad de **DERECHO DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL**.

El Jurado ha estado compuesto por: don Luis GIL SUÁREZ, don José Luis GIL Y GIL, don Eduardo GONZÁLEZ BIEDMA, doña Lourdes LÓPEZ CUMBRE, don Jesús R. MERCADER UGUINA y don Cristóbal MOLINA NAVARRETE.

Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato del autor.

Extracto:

El artículo 28.1 CE prevé peculiaridades en el ejercicio de la libertad sindical por parte de los funcionarios públicos. En consecuencia, la LORAP establece un régimen jurídico negocial peculiar, en comparación con la negociación colectiva laboral diseñada por el Estatuto de los Trabajadores. De entre los diversos elementos distintivos, hay uno que llama poderosamente la atención: el artículo 37.2 LORAP, cuando dispone que *corresponderá al Gobierno... establecer las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos en los casos en que no se produzca acuerdo en su negociación o no se alcance la aprobación expresa y formal*.

El mencionado precepto legal parece indicar que, ante lo que en el sistema de relaciones laborales se conoce como un conflicto colectivo de intereses común, la solución arbitrada para su composición consiste en la atribución de la decisión resolutoria a una de las partes en conflicto. Previsión harto sorprendente, en un modelo de negociación basado en la autonomía colectiva de la Administración pública y los funcionarios que la sirven, a partir del derecho fundamental de libertad sindical funcional (art. 28.1 CE).

En este estudio, se ha tratado de cohonstar la previsión del artículo 37.2 LORAP con un modelo de negociación colectiva funcional merecedor de tal nombre, basado en el reconocimiento de los legítimos intereses de Administración y funcionarios, cuya conciliación se residencia en un sistema de consenso entre ambas partes.

.../...

.../...

Así, se ha estudiado la naturaleza jurídica de la intervención del Gobierno en la negociación colectiva funcional, cuando es llamado por el artículo 37.2 LORAP. Se trata de una decisión gubernamental que, al orillar la voluntad de los sindicatos funcionariales, limita objetivamente la negociación colectiva funcional, y, con ella, el derecho fundamental de libertad sindical de los funcionarios públicos.

A partir de ahí, había que buscar un motivo jurídico con suficiente entidad constitucional para limitar la libertad sindical funcional, a modo de límite inmanente del derecho a la negociación colectiva de los funcionarios. Los servicios esenciales para la comunidad, más allá de los supuestos de huelga, constituyen una cláusula de garantía del Estado Social, y deben prevalecer en el supuesto previsto en el artículo 37.2 LORAP, cuando nos encontramos ante conflictos colectivos de intereses que enfrentan a funcionarios y Administración, y las expresiones conflictivas pueden horadar los servicios esenciales para la comunidad.

Sumario:

- I. Introducción.
- II. La intervención del Gobierno tras el fracaso de la negociación colectiva en la función pública.
 1. El artículo 37.2 LORAP: decisión política.
 2. El artículo 37.2 LORAP: intervención heterónoma del Gobierno.
- III. El límite del derecho a la negociación colectiva de los funcionarios públicos.
- IV. Motivos que eventualmente justifican la limitación del derecho a la negociación colectiva de los funcionarios públicos.
 1. La supremacía de la Administración pública.
 2. El interés público.
 3. La prestación de los servicios esenciales para la comunidad.
- V. Conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

El ejercicio del derecho a la negociación colectiva de los funcionarios públicos no ha conocido su consagración legal hasta la promulgación de la LORAP¹. En esa regulación legal se aprecian varios elementos diferenciales con respecto a la normativa que disciplina la negociación colectiva de los sujetos del contrato de trabajo, sometidos a la legislación laboral (Título III del Estatuto de los Trabajadores).

Especialmente llamativo resulta, en ese sentido, el artículo 37.2 LORAP, que atribuye al Gobierno la facultad para determinar las condiciones de trabajo cuando el proceso negociador haya fracasado.

Llamativo, porque en Derecho del Trabajo se encuentra plenamente arraigado el principio básico de que, en el supuesto de que la negociación colectiva fracase, dando lugar al correspondiente conflicto colectivo económico o de intereses, deberá ser la autonomía colectiva el poder jurídico que deberá dilucidarlo.

Sin embargo, la LORAP, en los supuestos de conflicto de intereses entre funcionarios y Administración pública a la que sirven, parece eludir la autonomía colectiva, otorgando al Gobierno la capacidad para decidir sobre las condiciones de trabajo controvertidas.

El derecho a la negociación colectiva de los funcionarios, cuyo ejercicio regula la LORAP, se encuentra plenamente sindicalizado, de manera que hunde sus raíces en la libertad sindical funcional (art. 28.1 CE). Por consiguiente, el artículo 37.2 LORAP sacrifica la autonomía colectiva funcional, en los supuestos de fracaso de la negociación colectiva.

Para que esa previsión legal resulte respetuosa con el derecho de negociación colectiva funcional, *ergo*, derecho fundamental de libertad sindical de los funcionarios públicos, deberá asentarse sobre una justificación de suficiente entidad jurídica.

Por consiguiente, el artículo 37.2 LORAP, como límite de la negociación colectiva funcional, debe tener una *ratio iuris* que lo justifique. A su estudio se dedica el presente trabajo.

¹ Ley 9/1987, de 12 de junio, de órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones públicas. La temática correspondiente, específicamente, a la negociación colectiva funcional, regulada en el Capítulo III de la LORAP, fue reformada en virtud de la Ley 7/1990, de 19 de julio, sobre negociación colectiva y participación en la determinación de las condiciones de trabajo de los empleados públicos.

II. LA INTERVENCIÓN DEL GOBIERNO TRAS EL FRACASO DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN LA FUNCIÓN PÚBLICA

Tal y como dispone el artículo 37.2 LORAP, ante la tesitura de la ruptura en la negociación colectiva, por no alcanzarse el acuerdo intentado, o si se da la circunstancia de que el órgano de gobierno (estatal, autonómico o local) no aprueba el Acuerdo que se somete a su aprobación expresa y formal, las condiciones de trabajo que se debatían serán establecidas por el Gobierno.

Así, donde el artículo 37.2 LORAP indica, sustancialmente, que «corresponderá al Gobierno... establecer las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos», ello se plasma, instrumentalmente, en reglamentos o proyectos de ley, dependiendo de si la materia está reservada a la ley o no lo está.

El Gobierno presenta una naturaleza mixta, político-administrativa. La doctrina es unánime al apreciar la diversa naturaleza de las funciones políticas y administrativas del Gobierno². A partir de ahí, el problema estriba en la extrema dificultad para el deslinde de ambos espacios³. Ello suscita la cuestión del carácter que ostenta el Gobierno en el ejercicio de la función contemplada en el artículo 37.2 LORAP.

Así, cuando el Gobierno dicta un reglamento o presenta ante el Parlamento un proyecto de ley, estableciendo las condiciones de trabajo de los funcionarios, ¿estamos ante la vertiente administrativa del Gobierno?, ¿lo hace en nombre de la Administración pública?, o, por el contrario, ¿se trata de una decisión genuinamente política?

² «El gobernante –en el presente contexto– es la suma del político y del administrador», indica NIETO, A., *La «nueva» organización del desgobierno*, 1.ª ed., 1.ª reimp., Ariel, 1997, pág. 51. El Tribunal Constitucional también se hace eco de la referida distinción, expresamente, en la STC 196/1990, F. J. 5. En la doctrina científica, en el mismo sentido, se puede traer a colación a autores clásicos como HAURIUO, citado por GARRIDO FALLA, F., en «El Gobierno y su presidente», en AA.VV., *La Constitución de 1978. 20 años de democracia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, pág. 381. Para definir la naturaleza mixta del gobierno, se reiteran expresiones de análogo significado como «doble rostro, constitucional y administrativo», DÍEZ-PICAZO, L.M., «La estructura del Gobierno en el derecho español», *DA*, 215, 1988, pág. 47; «carácter bifronte», GARRIDO CUENCA, N., *El acto de gobierno*, CEDECS, 1998, pág. 471; o «doble faz», LÓPEZ CALVO, J., *Organización y funcionamiento del Gobierno*, Tecnos, 1996, pág. 78. Son abundantes los reconocimientos doctrinales de la dualidad gubernamental, así, GARRIDO FALLA, F., «El Gobierno y su presidente...», *op. cit.*, pág. 385; LÓPEZ GUERRA, L., en AA.VV., *Derecho Constitucional*, vol. II, 5.ª ed., Tirant lo Blanch, 2002, pág. 184; MORELL OCAÑA, L., «Dirección de la Administración Pública por el Gobierno y garantías de imparcialidad administrativa», *RAP*, 156, 2001, págs. 25-26; PAREJO ALFONSO, L., «¿Existe una reserva constitucional de "ejecución"?, *CDP*, 1, 1997, pág. 31; PIÑAR MAÑAS, J.L., «Configuración constitucional del Gobierno y control judicial de sus actos», en AA.VV., *Administraciones Públicas y Constitución. Reflexiones sobre el XX aniversario de la Constitución española de 1978*, INAP, 1998, pág. 453; SÁNCHEZ AGESTA, L., *Sistema político de la Constitución Española de 1978*, 7.ª ed., Edersa, 1993, pág. 265; VILLAR GARCÍA-MORENO, F., *DA*, 246-247, 1996-1997, pág. 7. Un tratamiento de la cuestión *in extenso*, desde la perspectiva histórica francesa, en, BOQUERA OLIVER, J.M., «Orígenes de la distinción entre actividad política y actividad administrativa», *RAP*, 40, 1963.

³ Así, podemos leer que «diferenciar Gobierno y Administración, cuando de la función o actividad de gobierno y la puramente administrativa se trata, es una cuestión que se ha entendido irresoluble, cuando no vana, para la doctrina que, desde tiempos inmemoriales, ha intentado proceder a esta delimitación sin conseguirlo, al menos con la dosis de unanimidad deseable», en GARRIDO CUENCA, N., *El acto de gobierno...*, *op. cit.*, pág. 601.

1. El artículo 37.2 LORAP: decisión política.

Comenzaré por el supuesto de que el Gobierno materialice la potestad atribuida por el artículo 37.2 LORAP dictando un reglamento. Nos encontramos ante un supuesto específico de ejercicio de la «potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las leyes» que el artículo 97 CE deposita, de forma genérica, en el Gobierno. La potestad reglamentaria es un instrumento ambivalente que el citado artículo 97 CE entrega al Gobierno, para que lo utilice al desarrollar sus dos genéricas funciones, directiva y ejecutiva, extraídas del mismo precepto constitucional.

En el supuesto que me ocupa, el reglamento *ex* artículo 37.2 LORAP, entiendo que se trata de una opción política del Gobierno, que debe decidir, ante el fracaso de la negociación colectiva, entre dictar un reglamento o dejar vía libre a otras alternativas.

Así, en caso de ruptura del proceso negociador, las alternativas que se ofrecen al Gobierno, de manera que no utilice la fórmula habilitada por el artículo 37.2 LORAP, son las siguientes: la Administración negociadora puede ceder a las pretensiones de los funcionarios descontentos, con o sin medidas de presión por parte de los servidores públicos; se puede desbloquear la situación de *impasse* a través de la negociación directa entre las partes en conflicto; o se puede solucionar el mismo con la ayuda de la intervención no dirimente de un tercer sujeto, conciliador o mediador.

Si la negociación colectiva fracasa por no haber otorgado el Gobierno la aprobación expresa y formal del Acuerdo alcanzado en la mesa negociadora, como exige el artículo 35 LORAP, haciendo depender de ello su validez y eficacia, el Gobierno puede, en vez de dictar un reglamento sustitutivo del Acuerdo frustrado, devolver el mismo a la mesa negociadora, con el objeto de que en la misma se superen los obstáculos que motivan la desaprobación gubernamental ⁴.

Por lo tanto, la decisión de dictar el reglamento que establezca las condiciones de trabajo de los funcionarios, cerrando el paso a las otras posibles vías de resolución de la crisis abierta, es una opción gubernamental de carácter netamente político ⁵.

⁴ Desde luego, observo con agrado la posibilidad de devolver el Acuerdo a la mesa de negociaciones, por ser muchísimo más respetuosa con la autonomía colectiva que la aplicación del artículo 37.2 LORAP. Se muestran favorables a la referida devolución DEL REY GUANTER, S., *Comentarios a la ley de órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones Públicas*, MAP, Madrid, 1988, pág. 244; FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J./ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., *La negociación colectiva de los funcionarios públicos*, ed. Cedecs, 1996, págs. 204-205; GÓMEZ CABALLERO, P., *Los Derechos Colectivos de los Funcionarios*, ed. Consejo Económico y Social, 1994, pág. 335. Especialmente contundente se muestra ROQUETA BUJ, R., *La negociación colectiva en la función pública*, ed. Tirant lo Blanch, 1996, pág. 384, afirmando que la devolución resulta obligada cuando la causa de la no aprobación estriba en que el Acuerdo ha sido firmado por un órgano administrativo incompetente, en la desviación con respecto a las instrucciones impartidas por el órgano de gobierno competente, o en la ilegalidad del Acuerdo.

⁵ En el mismo sentido, GARCÍA DE ENTERRÍA, E./ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, 11.ª ed., Civitas, Madrid, 2002, pág. 190, afirman que la promulgación del reglamento, como creación del Derecho, es «una decisión política». También SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *Principios de Derecho Administrativo*, vol. I, 3.ª ed., Ceura, Madrid, 2000, pág. 497, incluye el reglamento, en cuanto «acción de orden normativo», dentro de «la acción de dirección política del Gobierno».

La jurisprudencia del Tribunal Supremo subraya el carácter político del ejercicio de la potestad reglamentaria; el Gobierno decide si dicta o no un reglamento, acción para la que se encuentra previamente habilitado, en forma genérica por el artículo 97 CE, y, en nuestro caso, de manera específica por el artículo 37.2 LORAP. Así, podemos leer que «la puesta en marcha de la potestad reglamentaria con un determinado contenido es consecuencia un acto de Gobierno en uso de facultades de dirección política como órgano constitucional, e inmediatamente derivados de la Constitución, según el artículo 97 de la Suprema Norma, en las que lógicamente preponderan criterios de conveniencia y oportunidad política»⁶. Cosa distinta es cuando se trata de reglamentos que ya han nacido al mundo del Derecho, en cuyo supuesto entran de lleno en el terreno de las normas sometidas a control jurisdiccional, *ex* artículo 106.1 CE, concretamente en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo⁷.

Como ya se ha dicho, el artículo 37.2 LORAP se puede materializar, además de en reglamento, en proyecto de ley, cuando la negociación truncada verse sobre materia reservada a la ley. Creo que, con más claridad aún que en el supuesto del reglamento, cuando el Gobierno activa un proyecto de ley, presentándolo ante el Parlamento, está ejerciendo, *motu proprio*, su labor de director político, en el marco del artículo 97 CE. Desde luego, no parece fácil ni siquiera de sostener la otra opción, esto es, que la aprobación gubernamental de un proyecto de ley refleje la función ejecutiva, ya que estamos ante una actividad que se desarrolla, notoriamente, por iniciativa del propio Gobierno, y no del Poder Legislativo. Cuando la iniciativa legislativa se produce en el ámbito parlamentario, se debe seguir el cauce de la proposición de ley (art. 89 CE).

Así lo ha corroborado el propio Tribunal Constitucional, cuando se refiere a «la decisión de enviar a las Cortes un proyecto de Ley, u otras semejantes, a través de las cuales el Gobierno cumple también la función de dirección política que le atribuye el mencionado artículo 97 de la Constitución» (STC 45/1990, F. J. 2). Manifestación del supremo intérprete de la Carta Magna que encuentra cobijo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, cuando califica el supuesto que me ocupa como «actividad en la que predomina un principio de conveniencia y oportunidad política, cual es la "iniciativa legislativa", en orden a la aprobación y remisión de las Cortes Generales de un determinado "proyecto de Ley"» (STS 25-10-1990, F. J. 2, Ar. 7972)⁸.

⁶ STS 26-2-1993 (Ar. 1431), F. J. 2, la sentencia declara inadmisibile un recurso interpuesto contra la desestimación pre-sunta de la petición formulada ante el Consejo de Ministros en solicitud de que se reglamentara la situación estatutaria de los Delegados Profesionales Técnicos del Tribunal Tutelar de Menores, porque la puesta en marcha de la potestad reglamentaria del Gobierno es una actividad política no sujeta al control jurisdiccional.

⁷ Así, en idéntico sentido con respecto a la STS 26-2-1993 (Ar. 1431), el Tribunal Supremo vuelve a manifestar que «la puesta en marcha de la potestad reglamentaria es consecuencia de una actividad absolutamente discrecional del Gobierno, sólo controlable judicialmente una vez que se ejercita, pero que, en cuanto a la elección del momento de su ejercicio, no puede ser impuesta por esta Jurisdicción, al ser ello manifestación de la actividad de dirección política del Gobierno, inmediatamente derivada del artículo 97 de la Constitución», en la STS 24-4-1995 (Ar. 3235), F. J. 3.

⁸ Pronunciamiento jurisprudencial reiterado en la STS 1-12-1986 (Ar. 7101), F. J. 7, o en la STS 10-12-1991 (Ar. 9254), F. J. 2., donde se insiste en el carácter genuinamente político de la decisión gubernamental de someter un proyecto de ley a la aprobación del Parlamento.

En función de lo expuesto, entiendo que el ejercicio de la facultad atribuida por el artículo 37.2 LORAP, en forma de reglamento o proyecto de ley, constituye una *decisión política* del Gobierno ⁹. La voluntad del órgano gubernamental, por el contrario, puede decantarse por la utilización de otras alternativas, como la cesión a las pretensiones funcionariales, la negociación directa para desbloquear la situación, o la actuación de un mediador o conciliador, cuando haya ruptura en la mesa de negociación. También cabe la devolución del Acuerdo no aprobado a la mesa negociadora, cuando la crisis se deba a la no aprobación gubernamental.

En definitiva, la elaboración de un reglamento o de un proyecto de ley para establecer las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos, bajo el amparo del artículo 37.2 LORAP, es una actividad gubernamental que se inserta, en última instancia, en la dirección de la política interior (art. 97 CE).

Además de ello, estamos ante el ejercicio por parte del Gobierno de la dirección de la Administración pública (art. 97 CE), labor gubernativa que puede estar funcionalmente enderezada hacia el desarrollo de la dirección política, o de la función ejecutiva. En el supuesto que me ocupa, estamos ante la dirección de la Administración en el marco de la acción política, «ya que en los órganos de gobierno reside en última instancia la responsabilidad por la dirección política del complejo administrativo que debe incluir necesariamente la determinación de su organización y funcionamiento» ¹⁰.

Al mismo tiempo, reglamentos y proyectos de ley *ex* artículo 37.2 LORAP implican el ejercicio de la competencia gubernamental otorgada por el artículo 3.1 LMRFP: «*el Gobierno dirige la política de personal y ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria en materia de función pública de la Administración del Estado*». Este precepto legal consagra que el Gobierno «ejerce, también en materia de empleo público, las funciones que le atribuye en general el artículo 97 de la Constitución» ¹¹. Por consiguiente, el artículo 3.1 LMRFP refleja la dualidad funcional, directiva y ejecutiva, contenida en el artículo 97 CE. Pues bien, la acción prevista en el artículo 37.2 LORAP se enmarca en la primera de las funciones: la dirección política del personal.

⁹ En la doctrina científica podemos encontrar abundantes autores que afirman, de manera explícita, la naturaleza política de reglamentos y proyectos de ley. Así, EMBID IRUJO, A., en «La actividad de gobierno de las entidades locales y su control jurisdiccional. Nuevas reflexiones sobre el control de la actividad de gobierno de los poderes públicos», REAL, 258, 1993, pág. 258; GARCÍA FERNÁNDEZ, J., *El gobierno en acción*, CEC, 1995, pág. 191, con respecto a la potestad reglamentaria, y pág. 195, sobre los proyectos de ley; GARRIDO CUENCA, N., *El acto de gobierno...*, *op. cit.*, pág. 608, sobre reglamentos, y pág. 623, refiriéndose a proyectos de ley; LÓPEZ CALVO, J., *Organización...*, *op. cit.*, pág. 138; PÉREZ FRANCESCH, J.L., *El gobierno*, Tecnos, 1993, pág. 88; SÁNCHEZ AGESTA, L./ GOIG MARTÍNEZ, J.M., en ALZAGA VILLAAMIL, O. (dir.), AA.VV., *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Edersa, 1998, pág. 30.

¹⁰ Refiriéndose precisamente al supuesto del artículo 37.2 LORAP, MAURI MAJOS, J., «Problemas de la representación sindical y la negociación colectiva en la función pública. Convergencias y divergencias con el empleo privado», DA, 241-242, 1995, pág. 266.

¹¹ SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho de la función pública*, 3.ª ed., Tecnos, Madrid, 2001, pág. 102. En el mismo sentido, BARRACHINA, E., *La función pública. Su ordenamiento jurídico*, Parte General, I, ed. PPU, Barcelona, 1991, pág. 307.

2. El artículo 37.2 LORAP: intervención heterónoma del Gobierno.

En el artículo 37.2 LORAP, como hemos visto en el apartado anterior, se llama al Gobierno en calidad de órgano político, nítidamente diferenciado de la Administración, y no como ente ejecutivo-administrativo. Así, en puridad, el sujeto legitimado para establecer las condiciones de trabajo es *el Gobierno*, y no *la Administración pública*.

En lo que respecta a la potestad reglamentaria, el artículo 97 CE la residencia, clara y específicamente, en el Gobierno¹². El matiz, desde luego, es relevante, de manera que «la verdadera y genuina potestad reglamentaria, esto es, aquella mediante cuyo ejercicio se crea Derecho o se innova el ya creado, y precisamente a favor o en contra de los ciudadanos, otorgándoles nuevos derechos o imponiéndoles nuevas obligaciones, *sólo podrá ser ejercida por el Gobierno* y, en ningún caso, por la Administración»¹³. Por lo tanto, «la titularidad de derecho común de la potestad reglamentaria corresponde, en España, a los entes políticos primarios o territoriales»¹⁴.

Cuando la previsión del artículo 37.2 LORAP se materialice en un proyecto de ley, iniciativa netamente política, parece fuera de toda duda que el sujeto legitimado para la aprobación del mismo es, exclusivamente, el Gobierno, y en ningún caso la Administración pública. Así se deduce de la clara dicción literal del artículo 88 CE cuando dispone que «*los proyectos de ley serán aprobados en Consejo de Ministros, que los someterá al Congreso*»¹⁵.

¹² Elemento constitucional que recoge la Ley del Gobierno (Ley 50/1997, de 27 de noviembre), en su artículo 5.1 h).

¹³ DE LA MORENA Y DE LA MORENA, L., «El Gobierno en la Constitución: sus claves conceptuales», en AA.VV., *Gobierno y Administración en la Constitución*, Instituto de Estudios Fiscales, 1988, págs. 1.234-1.235.

¹⁴ SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *Principios de Derecho Administrativo*, op. cit., pág. 329. El autor explicita (págs. 329-330) que se refiere al Gobierno, en el ámbito estatal, a los Gobiernos autonómicos, en ese nivel territorial, y al Pleno de Ayuntamientos y Diputaciones provinciales, en el nivel local. En GARCÍA DE ENTERRÍA, E./ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, op. cit., pág. 179, se contiene la siguiente definición: «se llama reglamento a toda norma escrita dictada por la Administración». Aunque pudiera parecer lo contrario, ello no obsta a mi afirmación, ya que se está empleando una noción extensiva del concepto «Administración», como sinónimo de «Poder ejecutivo», comprensivo del Gobierno y de la propia Administración. Entiendo que la potestad reglamentaria, como facultad política para dictar un reglamento es, técnicamente, del Gobierno, y no de la Administración. La línea divisoria se difumina si se llega al estadio posterior; si nace el reglamento por haberlo decidido así el Gobierno. En este terreno, el reglamento ya materializado se imputa a la Administración territorial correspondiente, y queda sometido al control jurisdiccional ex artículo 106.1 CE. Pero el reglamento ha sido dictado por el Gobierno, no por la Administración a la que es posteriormente imputado. Por otro lado, resulta pertinente la afirmación de que «la atribución de la potestad reglamentaria al Gobierno "de acuerdo con la Constitución y las leyes" tiene una doble manifestación: su ejercicio bien por el Gobierno en pleno (Consejo de Ministros), bien por otros órganos gubernamentales (Presidente, Vicepresidente, Ministros)», ESPIN, E., en AA.VV., *Derecho Constitucional*, vol. II, 5.ª ed., Tirant lo Blanch, 2002, pág. 101. Lo cual supone que la potestad reglamentaria de los ministros, que se manifiesta a través de Órdenes Ministeriales, es ostentada por su cualidad de órganos políticos integrantes del Gobierno. De forma coherente con ese acento político determinante de la potestad reglamentaria de los Ministros, se indica que la Ley del Gobierno (Ley 50/1997, de 27 de noviembre) «marca una nítida separación formal entre Reglamentos propiamente dichos (aprobados por Real Decreto o por Orden Ministerial) y las disposiciones administrativas no reglamentarias, dictadas por los órganos superiores y directivos de la Administración», en GALLEGU ANABITARTE, A./ MENÉNDEZ REXACH, A., en, ALZAGA VILLAAMIL, O. (dir.), AA.VV., *Comentarios a la Constitución Española...*, op. cit., pág. 197, de manera que «las disposiciones internas, administrativas, dictadas por órganos no integrados en el Gobierno (circulares, instrucciones, etc.), no pueden ser consideradas normas reglamentarias, sino meras instrucciones o directrices internas, a los efectos de la organización del trabajo administrativo», ESPIN, E., en, AA.VV., *Derecho Constitucional*, vol. II, op. cit., pág. 102.

¹⁵ Circunstancia desarrollada, en el nivel legislativo, por el artículo 5.1 a) de la Ley del Gobierno (Ley 50/1997), que encomienda al Consejo de Ministros «*aprobar los proyectos de ley y su remisión al Congreso de los Diputados*».

Así pues, cuando el Gobierno interviene en función del artículo 37.2 LORAP, ya no estamos en el marco de la negociación colectiva, sino en un estadio posterior, tras el fracaso de la misma. El Gobierno no actúa como titular de determinadas competencias en materia de función pública, motivo por el que se exige, en los Acuerdos, su aprobación expresa y formal (art. 35 LORAP). Por eso, el artículo 37.2 habilita al Gobierno para determinar las condiciones de trabajo funcionariales no sólo en el supuesto de los Acuerdos frustrados, sino también de los Pactos no logrados¹⁶, que no versan sobre competencias del Gobierno, sino de órganos estrictamente administrativos¹⁷.

Por lo tanto, ante la crisis desencadenada por el fracaso en la negociación colectiva funcional, como consecuencia de la ruptura de las deliberaciones para alcanzar Acuerdos o Pactos, o de la no aprobación gubernamental de los Acuerdos, el Gobierno aparece en el escenario como responsable político de la situación, llevando a cabo una *intervención heterónoma* con respecto a las auténticas partes de la negociación truncada: funcionarios y Administración pública.

Hay quien entiende que la circunstancia prevista en el artículo 37.2 LORAP «representa, simplemente, la transformación de la Administración en su función, de parte "empleadora" a Estado dotado de *imperium*¹⁸. En la misma línea argumental, se sostiene que «la Administración pública, al intervenir como parte en la negociación colectiva de las condiciones de empleo de los funcionarios públicos, no lo hace sólo en tal condición sino que, simultáneamente y sin que sea material y jurídicamente posible lo contrario, lo hace también en cuanto garante de los intereses generales cuya tutela le viene encomendada... ello justifica la diferente posición de cada parte en la negociación y la atribución a una de ellas de facultades como la decisión administrativa en caso de fracaso de la negociación, que serían incompatibles con una negociación colectiva entre sujetos privados, jurídicamente iguales»¹⁹.

No comparto la tesis del párrafo precedente, que defiende que es la Administración el sujeto interviniente, tanto durante la negociación con los funcionarios (hasta aquí comparto plenamente), como, tras el fracaso de la misma, quien establece las condiciones de trabajo de los funcionarios.

¹⁶ De forma sorprendente, ROQUETA BUI, R., *La negociación colectiva en la función pública*, ed. Tirant lo Blanch, 1996, pág. 366, afirma, respecto al artículo 37.2 LORAP, que «en cuanto al significado de los términos "Gobierno" y "órganos de gobierno de las demás Administraciones Públicas" parece que por tal pretende la ley referirse no sólo al órgano de gobierno sino también a quienes negocian y firman los Acuerdos y los Pactos en nombre de la Administración, ya que no se altera el sistema de competencias en materia de personal. Por consiguiente, la competencia normativa debe ser ejercitada por aquel órgano que la tenga atribuida». No comparto tal parecer, que, entiendo, supone quebrantar la letra y el espíritu de la ley. Creo que la dicción literal del tan reiterado artículo 37.2 LORAP es lo suficientemente clara como para entender que la intervención que legitima recae, de manera exclusiva, sobre el órgano de gobierno, como responsable político de la Administración pública correspondiente.

¹⁷ Artículo 35 LORAP.

¹⁸ DEL REY GUANTER, S., *Comentarios a la ley de órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones Públicas*, MAP, Madrid, 1988, pág. 244. En el mismo sentido, desde una perspectiva comparada, exponiendo la problemática general de las relaciones de trabajo en la función pública, sin referirse, por lo tanto al artículo 37.2 LORAP, OZAKI, M., «Las relaciones de trabajo en la Administración Pública. Los conflictos de trabajo y su solución», *RIT*, vol. 106, 4, 1987, pág. 489, pone de relieve la doble función del Estado, por una parte como empleador y por otra como poder soberano.

¹⁹ GONZÁLEZ ORTEGA, S., «Los medios de solución de los conflictos colectivos en la función pública», en AA.VV., *Seminario sobre relaciones colectivas en la Función Pública*, ed. Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 1989, págs. 454-455.

Creo que en esta segunda fase interviene el Gobierno, como sujeto político, y no la Administración pública, desprovista de tal carácter. Para comenzar, la literalidad del artículo 37.2 LORAP es nítida: es el *Gobierno* el facultado para establecer las condiciones de trabajo ²⁰.

Además, lo que caracteriza a la Administración pública es su perfil de instrumento al servicio de los intereses generales (art. 103.1 CE), brazo ejecutor de fines del Estado, necesitado del Gobierno, como cerebro que lo dirige. Por consiguiente, entiendo que la Administración es, desde luego, parte empleadora, pero difícilmente podrá transformarse en ente soberano, al verse limitada por su esencia instrumental. Cuando las circunstancias que rodean al artículo 37.2 así lo requieran, no será la Administración sino el Gobierno quien se erigirá en sujeto adecuado para resolver la situación, como ente político dotado de la soberanía que le irradia, de manera explícita, el artículo 97 CE, otorgándole el carácter de órgano constitucional inmediato.

Con respecto al argumento de que la Administración es garante de los intereses generales, entiendo que el aparato administrativo es, en puridad, el instrumento del Estado destinado a servirlos, pero el máximo responsable político y garante de los mismos no es la propia Administración, mero brazo ejecutor, sino el Gobierno que la dirige, *ex* artículo 97 CE.

Mención específica merece, por negar expresamente lo que en este trabajo se sostiene, a saber, el carácter de intervención gubernamental heterónoma del supuesto contemplado en el artículo 37.2 LORAP, la consideración de que «aunque jurídicamente la parte pública no coincide con el Gobierno, la estrecha relación que entre ellos existe (art. 37.1 de la Ley 9/1987) no permite hablar propiamente de arbitraje en este caso, ya que la unilateral regulación por el Gobierno de las condiciones de trabajo previsiblemente vendrá a identificarse con la última oferta de la parte pública en la negociación, ya que el Gobierno no es respecto de las partes negociadoras un tercero imparcial, pues es quien dirige la política de personal y determina las instrucciones a que deben atenerse los representantes de la AP en la negociación» ²¹.

Coincido plenamente con la opinión transcrita, en lo que se refiere al artículo 37.1 LORAP, esto es, cuando el Gobierno imparte instrucciones a sus representantes en la negociación, no lo hace como tercero respecto del proceso negociador. Sin embargo, cuando el Gobierno actúe *ex* artículo 37.2 LORAP, si lo hace en calidad de tercero, se aparta del propio proceso de negociación colectiva, hay una solución de continuidad en la lógica del proceso negociador, que se ha roto, y no tiene por qué regular las condiciones de trabajo tomando necesariamente como referencia la última propuesta de la Administración pública en la mesa de negociación. El Gobierno no está vinculado por las ofertas de la parte administrativa durante la negociación pretérita, sino que es libre para determinar el contenido del reglamento (siempre con estricto respeto a las leyes, como normas de rango superior), o proyecto de ley.

²⁰ Gobierno del Estado, o, paralelamente, «órganos de gobierno de las demás Administraciones Públicas».

²¹ CARRERA ORTIZ, C., «Naturaleza y eficacia jurídica de la negociación colectiva en la Función pública en España», *REDT*, 38, 1989, pág. 276.

Por consiguiente, creo que, en realidad, determinación unilateral por parte de la Administración es la recogida en el artículo 34 LORAP, cuando se refiere a materias de no obligada negociación, y a aquellas que deben ser sometidas a consulta, preceptiva pero no vinculante. Por el contrario, hay una intervención heterónoma del Gobierno en el artículo 37.2 LORAP, como agente externo respecto de los sujetos negociadores: Administración y funcionarios públicos ²².

Sin embargo, son abundantes las explicaciones del artículo 37.2 LORAP como *determinación unilateral* de las condiciones de trabajo por parte de uno de los dos sujetos que participan en la misma: la Administración pública ²³. Destaca la valoración del artículo 37.2 LORAP como «límite "unilateral" a la autonomía sindical» ²⁴.

²² En ese sentido, LÓPEZ CALVO, J., *Organización...*, *op. cit.*, pág. 78, señala que el Gobierno, en su vertiente política, dirige la Administración «desde la posición diferenciada y externa que le otorga su origen democrático y su adicional trascendencia político-constitucional», faceta en la que se nos muestra como «órgano político exterior a ella».

²³ Creo que no resultará ocioso, sino más bien significativo, traer a colación esta larga lista de autores que califican el supuesto previsto en el artículo 37.2 como determinación unilateral, de manera explícita: ALFONSO MELLADO, C.L., «La negociación colectiva de los funcionarios públicos», RDS, 13, 2001, pág. 17; ALONSO OLEA, M./ CASAS BAAMONDE, M.E., *Derecho del Trabajo*, 20.ª ed. Civitas, Madrid, 2002, pág. 597; ARENILLA SÁEZ, M., *La negociación colectiva de los funcionarios públicos*, ed. La Ley, Madrid, 1993, pág. 197; BLASCO ESTEVE, A., «La negociación colectiva de los funcionarios públicos en la Administración Local», en MUÑOZ MACHADO (dir.), AA.VV., *Tratado de Derecho Municipal*, tomo II, ed. Civitas, Madrid, 1988, pág. 2.172; CARRERA ORTIZ, C. «Naturaleza y eficacia jurídica...», *op. cit.*, pág. 276; CAVAS MARTÍNEZ, F., «Leyes de presupuestos e intervencionismo estatal en la negociación colectiva del sector público», RTSS, julio-septiembre, 1992, pág. 36; DEL REY GUANTER, S., *Comentarios...*, *op. cit.*, pág. 243; DEL SAZ, S., *Contrato laboral y función pública*, ed. Marcial Pons, 1995, pág. 104; FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J./ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., *La negociación colectiva de los funcionarios públicos*, ed. Cedecs, 1996, pág. 238; GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., «Los derechos colectivos en el empleo público», en AA.VV., *Las relaciones laborales en las Administraciones públicas*, XI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, vol. II, MTAS, 2001, pág. 37; GÓMEZ CABALLERO, P., *Los Derechos Colectivos...*, *op. cit.*, pág. 334; GONZÁLEZ ORTEGA, S., «Los medios de solución...», *op. cit.*, pág. 451; KONINCKX FRASQUET, «Contenido y alcance de la negociación colectiva en el ámbito local tras la Ley 7/1990. Control judicial», *Revista General de Derecho*, 588, 1993, págs. 8.147-8.148; LÓPEZ GANDÍA, J., «La negociación colectiva de los funcionarios públicos», *Revista de Treball*, 8, 1988, pág. 23; MAIRAL JIMÉNEZ, M., *El derecho constitucional a la igualdad en las relaciones jurídicas de empleo público*, CEMCI, 1990, pág. 219; MARÍN ALONSO, I., *La negociación colectiva conjunta del personal laboral y funcionarial en la Administración pública. Los Acuerdos mixtos*, ed. Comares, 1999, pág. 480; MAURI MAJOS, J., «Problemas de la representación sindical...», *op. cit.*, pág. 266; PALOMAR OLMEDA, A., *Derecho de la función pública*, 6.ª ed., Dykinson, S.L. 2001, pág. 616; RIVERO LAMAS, J., «El proceso de laboralización de la Función Pública: aspectos críticos y límites», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 6-7, 1995, pág. 100; RODRÍGUEZ CARDO, I.A., «La negociación colectiva de los funcionarios públicos», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, 200, 1999, pág. 65; RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., «Hacia una negociación colectiva conjunta de trabajadores y funcionarios al servicio de la Administración pública», en AA.VV., *Las relaciones laborales en las Administraciones públicas*, XI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, vol. II, MTAS, 2001, pág. 142; RODRÍGUEZ RAMOS, M.ª J., *El estatuto de los funcionarios públicos*, ed. Comares, Granada, 1997, pág. 406; ROQUETA BUI, R., *La negociación colectiva...*, *op. cit.*, pág. 364; SALA FRANCO, T., en AA.VV., *Administración pública y sindicalismo*, IVAP, Oñati, 1988, pág. 68; SALA FRANCO, T./ ALBIOL MONTESINOS, I., *Derecho sindical*, 8.ª ed., Tirant lo Blanch, 2002, pág. 543; SERRANO ARGÜELLO, N., «Últimos pasos hacia una solución extrajudicial de conflictos "De determinación de las condiciones de trabajo" en el ámbito público», en AA.VV., *La solución extrajudicial de los conflictos laborales*, Junta de Castilla y León, 2001, pág. 659; TERRADILLOS ORMAETXEA, E./ MARTÍNEZ GAYOSO, M.N., «Retos y perspectivas de la negociación colectiva en las Administraciones Públicas Vascas», en LANDA ZAPIRAIN (coord.), en AA.VV., *La negociación de las condiciones de trabajo de los empleados públicos al servicio de las Administraciones Públicas Vascas*, Dykinson, 2003, pág. 48; VALDÉS DAL-RÉ, F., «Los derechos de negociación colectiva y de huelga de los funcionarios públicos», *REDT*, 86, 1997, pág. 855.

²⁴ RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER, M., «La negociación colectiva de los funcionarios públicos en la Ley 9/1987», *RL*, tomo II, 1987, pág. 58.

En todo caso, la tesis que mantengo conlleva una consecuencia trascendental. Si la vía del artículo 37.2 LORAP consiste en una intervención heterónoma por parte del Gobierno, que se impone a las partes en conflicto, ello implica sacrificar la autonomía colectiva, base del entero modelo de negociación colectiva, neutralizando asimismo el propio derecho de libertad sindical de los funcionarios públicos. Por lo tanto, el establecimiento unilateral de las condiciones de trabajo por parte del Gobierno, *ex* artículo 37.2 LORAP, según mi interpretación, implica, de suyo, orillar el derecho de negociación colectiva de los funcionarios y, con él, su derecho fundamental de libertad sindical ²⁵.

Esta situación suscita la siguiente pregunta: ¿cuál es la *ratio iuris* del artículo 37.2 LORAP, de tal entidad que se superponga la intervención heterónoma del Gobierno al derecho de negociación colectiva de los funcionarios? La respuesta que se dé a este interrogante constituirá el límite al derecho de negociación colectiva de los funcionarios públicos. A esta cuestión trataré de responder en los siguientes apartados.

III. EL LÍMITE DEL DERECHO A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

Ya parto del supuesto de que la potestad recogida en el artículo 37.2 LORAP ostenta carácter de intervención heterónoma limitadora de la autonomía colectiva de las partes en conflicto.

En principio, «la valoración que puede hacerse de los procedimientos heterónomos de solución de conflictos colectivos en relación con la autonomía de las partes y, asimismo, respecto de la función que deben cumplir los grupos intermedios, es *inicialmente negativa*, en cuanto que limitan, en mayor o menor medida, aquéllas» ²⁶, de manera que «el reconocimiento constitucional de la autonomía colectiva, junto a otros derechos y libertades, implica como es sabido que el Estado no pueda imponer con carácter general la solución obligatoria de los conflictos colectivos» ²⁷. En conclusión, «la relación autonomía-intervencionismo no es absoluta, pero el intervencionismo posible tendrá que ejercerse en el marco y respeto de la autonomía reconocida» ²⁸.

²⁵ La jurisprudencia constitucional ha dejado sentado que la vulneración del derecho a la negociación colectiva de los funcionarios públicos supone violación de su derecho fundamental de libertad sindical. En tal sentido, por todas, STC 80/2000.

²⁶ DE LA VILLA GIL, L.E./ GARCÍA BECEDAS, G./ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., *Instituciones de Derecho del Trabajo*, 2.ª ed., Ceura, Madrid, 1991, pág. 436. La cursiva es mía.

²⁷ ROMÁN VACA, E., «El arbitraje en los conflictos colectivos de trabajo. Algunas cuestiones procesales y su tratamiento judicial», *RL*, 9, 1993, pág. 360.

²⁸ MATÍA PRIM, J./ SALA FRANCO, T./ VALDÉS DAL-RÉ, F./ VIDA SORIA, J., *Huelga, cierre patronal y conflictos colectivos*, Civitas, 1982, pág. 199. En la página 202 se subraya que el intervencionismo heterónomo sólo puede aparecer en escena en circunstancias excepcionales, y procurar ser lo menos incisivo posible sobre el espacio de la autonomía colectiva reconocida.

El artículo 37.2 LORAP legaliza el límite al ejercicio del derecho de negociación colectiva funcional. Atendiendo a la literalidad del mismo, parece que el mero fracaso de la negociación colectiva, en su doble vertiente de ruptura de las deliberaciones en la mesa negociadora, o desaprobación gubernamental del Acuerdo, constituye el supuesto de hecho legitimador de la intervención decisoria del Gobierno.

Sin embargo, no puedo admitir esa tesis. El escenario al que conduce el fracaso de la negociación es el de un conflicto colectivo de intereses. Pues bien, *ex* Convenio 151 OIT, habrá que entender, en esa tesitura, que la solución del mismo debe residenciarse en fórmulas derivadas de la autonomía colectiva de las partes en conflicto ²⁹.

El fracaso del intento negociador es condición necesaria, pero no suficiente para que intervenga el Gobierno. Por lo tanto, debe haber otro motivo, y, además, debe revestir relevancia constitucional. Nos encontramos ante un claro límite a la autonomía colectiva, y conviene tener presente que «la limitación o el control de la autonomía colectiva, sea a través de uno u otro tipo de procedimientos, no constituyen fines en sí mismos. Al encauzar sus manifestaciones, al limitar o controlar sus medios de exteriorización, al sustituir su poder normativo por otras instancias, el Estado se dirige a la obtención de otros objetivos más amplios, no siempre identificables en un primer examen» ³⁰.

Por lo tanto, el auténtico límite sustancial del derecho a la negociación colectiva funcional constituye la *ratio iuris* de la intervención gubernamental heterónoma habilitada por el artículo 37.2 LORAP.

En el ámbito de los funcionarios públicos, hay una íntima conexión entre su derecho de negociación colectiva legal y el derecho de libertad sindical constitucional del que son peculiarmente titulares. Ese vínculo conlleva la protección del primero en el regazo del segundo, por lo que, para indagar sobre los límites de aquél, deben estudiarse los límites de éste. Se trata de un límite de tipo inmanente, ya que no aparece explicitado ni en el artículo 28.1 CE ni en el artículo 37.2 LORAP ³¹.

Desde luego, creo firmemente, con el Tribunal Constitucional, que «la no expresión por parte del legislador de un límite a un derecho constitucional expresamente configurado como tal no significa sin más su inexistencia, sino que ese límite puede derivar directamente del reconocimiento constitucional o legal, o de ambos a la vez, de otro derecho que pueda entrar en colisión con aquél» ³².

²⁹ Artículo 8 Convenio 151 OIT: «La solución de los conflictos que se planteen con motivo de la determinación de las condiciones de empleo se deberá tratar de lograr, de manera apropiada a las condiciones nacionales, por medio de la negociación entre las partes o mediante procedimientos independientes e imparciales, tales como la mediación, la conciliación y el arbitraje, establecidos de modo que inspiren la confianza de los interesados».

³⁰ RODRÍGUEZ-SAÑUDO, F., *La intervención del Estado en los conflictos colectivos de trabajo*, IGO, Sevilla, 1972, pág. 276. No coincido con la afirmación posterior del autor, en la página 316, cuando afirma que la sustitución de la autonomía por imposibilidad de acuerdo entre las partes no constituye limitación en sentido propio, porque las partes han tenido ocasión de alcanzar un acuerdo. El supuesto que plantea, aunque hace 30 años, es idéntico al del artículo 37.2 LORAP que estamos estudiando. Creo que la falta de acuerdo entre las partes, en principio, no autoriza a extraer el conflicto colectivo de su ámbito de influencia, y si su autonomía colectiva se viera sustituida, estaríamos ante una clara limitación.

³¹ En última instancia, como indica, PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Curso de derechos fundamentales*, Univ. Carlos III, 1999, pág. 589, «los límites de los derechos se refieren a las situaciones comprendidas en el supuesto de hecho del derecho», pero mi problema es que no aparece en la dicción literal del artículo 37.2 LORAP, por lo que busco ese límite inmanente.

³² STC 77/1985, F. J. 9.

En lo que respecta a la intervención gubernamental *ex* artículo 37.2 LORAP, limitadora de la negociación colectiva, *ergo*, de la libertad sindical funcionarial, se cumple claramente el requisito de «la necesidad de previa habilitación legal para cualquier tipo de injerencia o restricción por parte del ejecutivo en el ámbito del ejercicio de los derechos fundamentales»³³.

Por consiguiente, el motivo jurídico que justifique la sustitución de la autonomía colectiva de funcionarios y Administración pública por la determinación gubernamental de condiciones de trabajo, en cuanto límite de la libertad sindical funcionarial, deberá mostrar rango equiparable al mismo.

IV. MOTIVOS QUE EVENTUALMENTE JUSTIFICAN LA LIMITACIÓN DEL DERECHO A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

Continuemos avanzando por el camino que nos debe llevar a descubrir la auténtica *ratio iuris* de la intervención gubernamental determinante de las condiciones de trabajo que habilita el artículo 37.2 LORAP. Observemos los diferentes motivos que se arguyen³⁴.

1. La supremacía de la Administración pública.

En coherencia con la muy extendida inteligencia de la facultad otorgada por el artículo 37.2 LORAP como *determinación unilateral por parte de la Administración pública*³⁵, se sostiene que la razón de tal potestad estriba en la supremacía de la Administración frente a la contraparte en la negociación colectiva: los funcionarios públicos que la sirven.

³³ AGUIAR DE LUQUE, L., «Dogmática y teoría jurídica de los derechos fundamentales en la interpretación de éstos por el Tribunal Constitucional español», *Revista de Derecho Político*, 18-19, 1983, pág. 29.

³⁴ Una de las hipótesis que se apunta, como *ratio iuris* del artículo 37.2 LORAP, es la de su virtualidad para salvar el perjuicio del vacío legal resultante del fracaso en la negociación colectiva. Así lo cree BARRACHINA, E., *La función pública. Su ordenamiento jurídico*, Parte Especial, II, vol. 1, ed. PPU, Barcelona, 1991, pág. 342. Por su parte, ROQUETA BUI, R., *La negociación colectiva...*, *op. cit.*, pág. 364, tras señalar la supremacía de la Administración como motivo principal de la determinación gubernamental de las condiciones de trabajo, sostiene que «el bloque de legalidad, en ausencia de Acuerdos y Pactos, se reduce a la ley; ley que en la mayoría de los casos no podrá ser aplicada sin el complemento indispensable de aquéllos. Lo cual produciría efectos negativos graves sobre el funcionamiento de los servicios públicos gestionados por los funcionarios públicos afectados por el conflicto de intereses». Creo, a este respecto, que la cobertura de vacíos legales es una consecuencia de la intervención gubernamental *ex* artículo 37.2 LORAP, pero consideramos que no puede ser esgrimida como causa de la misma. Al igual que ocurre en el ámbito de las relaciones jurídico-laborales, la laguna legal derivada del fracaso en la mesa negociadora se puede sortear mediante la vigencia prorrogada del *status* anterior, plasmado en el correspondiente Acuerdo, Pacto, o, en su caso, reglamento.

³⁵ *Vid.* al respecto, la nota 23, donde se aporta una extensísima relación de autores que se alinean, de forma explícita, en esa posición.

Este elemento diferencial de la supremacía de una de las partes está claramente reflejado en la siguiente reflexión: «la negociación colectiva de los funcionarios, a diferencia de la negociación colectiva laboral, está presidida por una notable desigualdad posicional que privilegia a la Administración, permitiéndole afirmar su supremacía en todo momento durante la negociación»³⁶.

En lo que respecta, específicamente, al artículo 37.2 LORAP, se insiste en la misma idea. Así, se defiende que «la determinación de las condiciones de empleo de los funcionarios públicos pertenece originariamente a la Administración pública en razón de la implicación en la misma de intereses generales... en la medida en que esa forma de regulación (la negociación colectiva) no sea efectiva, no produzca sus resultados en forma de acuerdo, la Administración pública recupera su originaria facultad normativa, regulando por sí misma y unilateralmente esas mismas condiciones de empleo»³⁷.

Debo mostrar mi rechazo a la tesis de la supremacía de la Administración sobre los funcionarios, como argumento que sostenga la determinación gubernamental de condiciones de trabajo. Trataré de justificarlo.

Desde una perspectiva general, el planteamiento de la supremacía originaria de la Administración, que late sobre el entero proceso de negociación colectiva, nos retrotrae a la época preconstitucional. En efecto, estamos ante el esquema clásico de la supremacía especial-sujeción especial³⁸, como elementos configuradores de la relación entre Administración y funcionarios públicos.

³⁶ PARADA VÁZQUEZ, J.R., *Derecho Administrativo. Organización y empleo público*, tomo II, 15.ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2002, pág. 542.

³⁷ GONZÁLEZ ORTEGA, S., «Los medios de solución de los conflictos colectivos en la función pública», en AA.VV., *Seminario sobre relaciones colectivas en la Función Pública*, ed. Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 1989, pág. 455. Este autor, en el mismo lugar, afirma que «la Administración pública carece de intereses particulares, siendo así que sus intereses de parte en la negociación se confunden con los generales que está obligada a tutelar. Ello justifica la diferente posición de cada parte en la negociación y la atribución a una de ellas de facultades como la decisión administrativa en caso de fracaso de la negociación, que serían incompatibles con una negociación colectiva entre sujetos privados, jurídicamente iguales». El propio autor reconoce un punto débil de la argumentación, al referirse a la no utilización de la misma en el ámbito de la negociación colectiva entre la Administración y el personal laboral a su servicio. También, haciendo descansar el artículo 37.2 LORAP sobre la supremacía de la Administración, BLASCO ESTEVE, A., «La negociación colectiva de los funcionarios públicos en la Administración Local», en MUÑOZ MACHADO (dir.), AA.VV., *Tratado de Derecho Municipal*, tomo II, ed. Civitas, Madrid, 1988, pág. 2.172; LÓPEZ GANDÍA, J., «La negociación colectiva de los funcionarios públicos», *Revista de Treball*, 8, 1988, pág. 23; SALA FRANCO, T./ROQUETA BUI, R., *Los Derechos sindicales de los funcionarios públicos*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pág. 277. Insistiendo en la tesis de la supremacía originaria de la Administración, que se gira sobre sí misma y vuelve a invocarla en caso de fracaso en la negociación colectiva, ROQUETA BUI, R., *La negociación colectiva en la función pública*, ed. Tirant lo Blanch, 1996, pág. 364, entiende que «una vez fracasada la negociación, la Administración Pública se transforma en su función de parte "empleadora" a Estado dotado de "imperium" para garantizar los intereses generales». En la jurisprudencia también podemos encontrar la explicación de «la situación de supremacía de una de las partes», en la STS 22-10-1993, F. J. 6 (Ar. 7544). Mientras, en las SSTS 13-4-1998 (Ar. 4619), F. J. 2; 4-5-1998 (Ar. 4835), F. J. 2, y 21-3-2002 (Ar. 4319), F. J. 8, se hace referencia a la posibilidad que el artículo 37.2 LORAP brinda al Gobierno para que determine las condiciones de trabajo, en el supuesto de que la negociación fracase, sin efectuar ningún comentario sobre la *ratio iuris* de la misma.

³⁸ Aludiendo, a la «supervivencia de elementos de supremacía especial de la Administración pública en situaciones como las del artículo 37.2 LORAP», RODRÍGUEZ RAMOS, M.ª J., *El estatuto de los funcionarios públicos*, ed. Comares, Granada, 1997, pág. 406.

Este planteamiento ha sido superado, en el ámbito de las relaciones colectivas, a través del reconocimiento de la libertad sindical a los funcionarios públicos (art. 28.1 CE), y posterior atribución a los mismos del derecho a la negociación colectiva.

Ciertamente, en la relación entre ambos sujetos hay que distinguir la relación orgánica de la relación de servicio. La primera supone la investidura del funcionario como titular del órgano, por lo que no hay dos sujetos con recíprocos derechos y obligaciones. Por ello, la negociación colectiva gira en torno a la relación de servicio, sustancialmente similar a la relación laboral, para determinar de manera consensuada las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos.

Pues bien, en el ámbito de la relación orgánica, la LORAP prevé materias respecto de las cuales no es obligatoria la negociación; la Administración las puede determinar de modo unilateral (art. 34 LORAP). Por el contrario, entiendo que, en el terreno de la relación de servicio, la misma ley reguló el ejercicio de tal derecho en unos términos que se basan en la simetría de ambas partes negociadoras, por lo que, en este espacio, no tiene cabida la supremacía de la Administración.

Por consiguiente, más allá del clásico principio de la supremacía especial administrativa, y de su mantenimiento en el ámbito de la relación individual del funcionario, el actual sistema jurídico-positivo reconoce y regula un auténtico derecho de negociación colectiva entre dos partes, a efectos de la misma, sustancialmente iguales.

También se debe rebatir la relación entre supremacía de la Administración y artículo 37.2 LORAP desde el punto de vista de que ese precepto legal no habilita para la determinación de condiciones de trabajo a la Administración, sino al Gobierno, por lo que no estamos ante una determinación unilateral, sino ante una intervención heterónoma.

Otro argumento complementario, en el mismo sentido, sería que el derecho de negociación colectiva funcional se inserta en su derecho fundamental de libertad sindical y, como consecuencia de su potencialidad jurídico-constitucional, el límite que se pretenda oponer a su ejercicio deberá revestir, asimismo, categoría de derecho fundamental. Pues bien, no creo que el principio de la supremacía administrativa, genéricamente, aparezca en el apartado constitucional dedicado a los derechos fundamentales y libertades públicas, por lo que carece de virtualidad suficiente para erigirse en límite válido al ejercicio del derecho de negociación colectiva de los funcionarios públicos.

La cuestión más atendible que plantean, a mi entender, los defensores de la supremacía administrativa, es la de los intereses generales, guía de la actividad de la Administración pública *ex* artículo 103.1 CE, como elemento diferencial entre las dos partes negociadoras.

Más abajo estudiaré el tema del interés público como límite de la autonomía colectiva en la función pública, pero no desde la estrecha perspectiva de la finalidad a la que debe servir la Administración, lo cual llevaría a considerar su posición preeminente con respecto a los funcionarios. Por el contrario, creo que, en la negociación colectiva con los funcionarios, la Administración pública actúa como parte empleadora, en situación de paridad con respecto a la contraparte. Por lo

tanto, el ángulo que utilizaré será el de los intereses generales de terceros sujetos ajenos a las cuestiones que se ventilan en la mesa negociadora, como límite a la autonomía colectiva sobre la que se cimienta la misma.

2. El interés público.

Algunos autores sostienen que la posibilidad que otorga el artículo 37.2 al Gobierno, para que determine por sí mismo las condiciones de trabajo, sólo puede ser utilizada cuando, además del fracaso de la negociación colectiva, ello resulte justificado por motivos de interés público. Se trata del supuesto en el que el interés general se vea perjudicado por el conflicto colectivo resultante de la no llegada a buen puerto de la negociación, como consecuencia del hundimiento del intento negociador ³⁹.

Conviene matizar que, en este contexto, se entiende el interés público como el interés de la sociedad, que trasciende el ámbito de la negociación colectiva entre funcionarios y Administración, y no el interés público del que es portadora esta última, puesto que «la autoridad pública "asume la condición de parte de la relación laboral"... cuando se produce un conflicto laboral el interés de la Administración es el interés común de todo empleador, puesto que el interés protegido por la norma constitucional como límite al ejercicio de aquel derecho fundamental no es el de la organización que gestiona el servicio, sino el de los usuarios que lo disfrutan» ⁴⁰.

2.1. El interés público: concepto político difuso.

El concepto del interés público es una noción antigua de carácter exquisitamente político, de manera que «la cuestión de los intereses generales de la comunidad social fue planteada ya con absoluta precisión en la antigua Grecia, y desde entonces ha sido un faro ideológico que ha iluminado ininterrumpidamente el pensamiento político europeo» ⁴¹.

³⁹ Mantiene esta posición DEL REY GUANTER, S., *Comentarios a la ley de órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones Públicas*, MAP, Madrid, 1988, pág. 244; GÓMEZ CABALLERO, P., *Los Derechos Colectivos de los Funcionarios*, ed. Consejo Económico y Social, 1994, pág. 336; MAURI MAJOS, J., «Problemas de la representación sindical y la negociación colectiva en la función pública. Convergencias y divergencias con el empleo privado», *DA*, 241-242, 1995, págs. 266-267; MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., «La sentencia de la Audiencia Nacional sobre el incremento retributivo de los funcionarios: crónica de un conflicto anunciado», *JL*, 2, 2001, págs. 73-74.

⁴⁰ ORTEGA ÁLVAREZ, L., «Reflexiones en torno a una revisión de los planteamientos generales de la relación de empleo público», *REDA*, 26, 1980, págs. 425-426. Introduzco esta cita literal por considerarla netamente pertinente a los efectos de mi discurso, aunque se trate del posicionamiento del Tribunal Constitucional italiano en una sentencia de 1962, con motivo de una huelga de funcionarios públicos, donde la alusión al derecho fundamental se refiere al de libertad sindical de los funcionarios. En sentido contrario al expuesto, entre los defensores de la supremacía administrativa como *ratio iuris* del artículo 37.2 LORAP, debemos subrayar a GONZÁLEZ ORTEGA, S., «Los medios de solución...», *op. cit.*, pág. 453 y ss., quien afirma, de manera explícita, que la previsión del artículo 37.2 LORAP puede ser ejecutada sin previa afectación al interés público.

⁴¹ NIETO, A., «La Administración sirve con objetividad los intereses generales», en AA.VV., *Estudios sobre la Constitución española en homenaje al prof. García Enterría*, ed. Civitas, 1991, pág. 2.188. El autor insiste en la idea en la pág. 2.186, afirmando que «los intereses generales han preocupado a la cultura política desde Platón».

El interés público, *volonté générale* en versión rousseauiana de la ilustración francesa, lleva a pensar en los intereses superiores de la comunidad, en el interés del pueblo ⁴². A partir de ahí, ulteriores concreciones resultan sumamente complicadas ⁴³. En cualquier caso, nos encontramos ante un concepto político, de naturaleza metajurídica ⁴⁴.

En lo que respecta a la indefinición del concepto que se está analizando, si planteamos la cuestión de la delimitación del interés público, la respuesta a obtener puede alcanzar la contundencia de que «ni la ciencia ni la práctica política están hoy en condiciones de determinar cuáles son los intereses generales ni de precisar su papel exacto en la vida del Estado» ⁴⁵. En definitiva, se trata de intereses indefinibles objetivamente, porque no existe criterio objetivo que se pueda utilizar para ese fin ⁴⁶.

Por si el panorama descrito no fuera bastante oscuro, hay que constatar las críticas de fondo que recibe el concepto de interés público, llegando a negar su propia existencia ontológica, al entender que «desde siempre y más a medida que se desarrolla el proceso de burocratización a nivel socio-económico y el consiguiente intervencionismo estatal, los intereses privados han venido actuando públicamente, recubiertos con el manto legitimador del interés público» ⁴⁷.

Así, se denuncia que, tras el velo del interés público se esconden, en realidad, intereses sociales sectoriales elevados a la categoría de interés general, con el consiguiente respaldo de los poderes públicos ⁴⁸.

⁴² En este sentido, BAYLOS GRAU, A., *Derecho de huelga y servicios esenciales*, 2.ª ed., Tecnos, Madrid, 1988, pág. 112; TORRENTE GARI, S., *El ejercicio del derecho de huelga y los servicios esenciales*, Cedecs, 1996, pág. 210.

⁴³ ORTEGA ÁLVAREZ, L., «Reflexiones...», *op. cit.*, pág. 427, asegura que, hoy en día, servicios como sanidad, educación, o extinción de incendios muestran un evidente interés público.

⁴⁴ *Vid.*, al respecto, NIETO, A., «La Administración...», *op. cit.*, págs. 2.189-2.190.

⁴⁵ NIETO, A., *ibid.*, pág. 2.189. En el mismo sentido, BAYLOS GRAU, A., *Derecho de huelga...*, *op. cit.*, pág. 112, se refiere a las múltiples aplicaciones del interés público, como concepto abstracto. En el mismo sentido, MATÍA PRIM, J./ SALA FRANCO, T./ VALDÉS DAL-RE, F./ VIDA SORIA, J., *Huelga, cierre patronal...*, *op. cit.*, pág. 135, ponen de relieve el «multívoco significado de los intereses generales».

⁴⁶ Ésta es la conclusión a la que llega NIETO, A., en la reflexión final que colma su obra, «La Administración...», *op. cit.*, pág. 2.251.

⁴⁷ SÁNCHEZ MORÓN, M., *La participación del ciudadano en la Administración pública*, CEC, 1980, pág. 130. En la misma página, el mencionado autor critica la teoría liberal que distingue, de manera simplista, entre interés privado e interés público, y concluye que la fórmula del interés público ha funcionado como cláusula general legitimadora de la acción pública. Así, desde una perspectiva amplia, ORTEGA ÁLVAREZ, L., «Reflexiones...», *op. cit.*, pág. 430, comenta que «el Derecho público se ha caracterizado por contemplar a la persona estatal desde una posición de privilegio frente al resto de los ciudadanos... y le ha permitido hacer cosas tan graves como matar, encarcelar y declarar guerras. La justificación de todo ello ha sido tradicionalmente la salvaguardia del bien común o, más técnicamente, del interés público». En la misma dirección, indicando que los intereses generales no preceden a los distintos intereses sociales, sino que se deducen de los mismos, MATÍA PRIM, J./ SALA FRANCO, T./ VALDÉS DAL-RE, F./ VIDA SORIA, J., *Huelga, cierre patronal...*, *op. cit.*, págs. 203-204.

⁴⁸ En ese sentido, subrayando la heterogeneidad de intereses públicos, BAYLOS GRAU, A., *Derecho de huelga...*, *op. cit.*, págs. 113-115; ORTEGA ÁLVAREZ, L., «Reflexiones...», *op. cit.*, pág. 426 y ss. TORRENTE GARI, S., *El ejercicio del derecho de huelga...*, *op. cit.*, pág. 213, afirma que «el interés público es semejante al individual, la única diferencia es que el primero es el resultado sumatorio de un número mayoritario de intereses coincidentes, y el segundo pertenece a una persona o grupo minoritario de personas que pretende su logro individual y que lo detenta de forma separada, sin llegar a constituir una mayoría mancomunada, es, pues, diferencia cuantitativa y no cualitativa, y ésa es la única razón de prevalencia, sin otro tipo de contraposición... por todo ello no tendría un contenido abstracto, identificable con el interés general».

2.2. El interés público: límite de la autonomía colectiva.

Más allá de la volatilidad del concepto de interés público y su polivalencia, como acabamos de ver, se trata de una noción política interesante a los efectos del presente estudio. Ello es así porque suele ser esgrimida como límite de la autonomía colectiva, justificando una intervención heterónoma pública, en general, aplicable tanto a las relaciones laborales como a las funcionariales.

El planteamiento es sencillo, y lo comparto. El interés público guarda una entidad superior a los intereses privados, sean individuales o colectivos⁴⁹. Por lo tanto, cuando, en el marco de un conflicto colectivo, las consecuencias del mismo trascienden los intereses privados de las partes contendientes para dañar el interés público, se abre la puerta a la intervención heterónoma pública, eclipsando y sustituyendo a la autonomía colectiva como fuente de solución del conflicto⁵⁰.

El propio Tribunal Constitucional ha avalado explícitamente la intervención heterónoma pública, haciendo retroceder a la autonomía colectiva, ante la irrupción del interés público, cuando señala que «la justificación puede hallarse en el daño que el puro juego de las voluntades particulares y las situaciones que de él deriven, puede irrogar a los intereses generales»⁵¹.

La controvertida categoría de los intereses públicos o generales juega en concreto como límite externo al derecho de huelga, siguiendo la argumentación ya expuesta. La clave estriba en su mayor atendibilidad, con respecto a los intereses desde luego legítimos, pero privados, de los huelguistas⁵².

⁴⁹ BAYLOS GRAU, A., *Derecho de huelga...*, op. cit., pág. 110, indica que «el Estado personifica el interés general, pues es él quien asegura las condiciones de existencia de la colectividad», por encima de los intereses privados, tanto de carácter individual como de dimensión colectiva.

⁵⁰ En ese sentido se manifiestan, DE LA VILLA GIL, L.E./ GARCÍA BECEDAS, G./ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., *Instituciones de Derecho del Trabajo*, op. cit., pág. 436; OJEDA AVILÉS, A., *Derecho sindical*, 7.ª ed., Tecnos, 1995, pág. 564.

⁵¹ STC 11/1981, F. J. 24. Sin embargo, en un recurso de amparo solicitando la tutela de la libertad de expresión, el Alto Tribunal consideró ficticia la contraposición entre el interés privado que subyace a la misma, y el interés público que la limita, porque «tanto los derechos individuales como sus limitaciones, en cuanto éstas derivan del respeto a la Ley y a los derechos de los demás, son igualmente considerados por el artículo 10.1 de la Constitución como "fundamento del orden político y de la paz social"» (STC 159/1986, F. J. 6). En la misma línea, BALBIN, C., «El control de los actos políticos», en AA.VV., *Fundamentos y alcances del control judicial de Constitucionalidad*, CEC, 1991, pág. 40, sostiene que «negar los derechos de los individuos por oposición a los derechos de la comunidad sería una inconsecuencia lógica porque se estarían desconociendo los principios de justicia sobre los que esa misma comunidad se desarrolla». Desde luego, lo ideal es armonizar los intereses privados y públicos en presencia, pero creo correcta la posición de la STC 11/1981, haciendo primar el interés público, en caso de conflicto, sobre los intereses colectivos privados.

⁵² Señalando la prevalencia del interés público sobre el interés de los huelguistas, en un interesante supuesto de colisión entre el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y el derecho a la huelga de los abogados en el turno de oficio, la STS 29-5-1995, F. J. 2 (Ar. 4395), mantiene que las actividades de defensa letrada de ese turno «protegen intereses generales, mientras que con la huelga se tratan de defender intereses que, por muy respetables y fundados que sean, afectan al Grupo que la plantea». En la doctrina científica, en el mismo sentido, GOÑI SEIN, J.L., «La responsabilidad civil del sindicato por huelga», *REDT*, 43, 1990, pág. 424; TORRENTE GARI, S., *El ejercicio del derecho de huelga...*, op. cit., pág. 211 y ss. Por su parte, BAYLOS GRAU, A., *Derecho de huelga...*, op. cit., pág. 122 y ss., sostiene que no es cierto que el interés de la comunidad sea superior al derecho de huelga, porque no debe considerarse al usuario como tercero ajeno al conflicto, sino que hay un interés coincidente en los huelguistas y en la comunidad, en torno a la mejora del servicio. Creo que tal coincidencia de intereses en torno a la calidad del servicio es cierta, en abstracto, pero entiendo que es conveniente subrayar, en caso de conflicto, la preeminencia del interés público, del que es titular la comunidad.

El fenómeno que estoy analizando se refleja, a mi entender, en el arbitraje obligatorio regulado en el artículo 10.1 DLRT, aplicable exclusivamente en el ámbito de las relaciones laborales. Este arbitraje supone un claro límite al derecho de huelga y, por extensión, al principio de autonomía colectiva, mediante la intervención heterónoma del Gobierno que los huelguistas deben, necesariamente, acatar⁵³.

Pues bien, semejante medio extraordinario de poner fin a una huelga puede ser decidido por el Gobierno cuando la huelga esté afectando gravemente el interés público. Así lo sostuvo el Tribunal Constitucional (STC 11/1981, F. J. 24)⁵⁴. De esta manera, se entiende que, aunque el artículo 10.1 DLRT no lo diga de forma explícita, el interés público es lo que late en su interior, dotándolo de sentido⁵⁵.

2.3. El interés público y la intervención gubernamental prevista en el artículo 37.2 LORAP.

Como se ha observado más arriba, cabe entender que el interés público es el que guía y otorga razón de ser a la determinación gubernamental de condiciones de trabajo *ex* artículo 37.2 LORAP.

⁵³ Circunstancias que no pasan inadvertidas a la doctrina, así, BALLESTER PASTOR, M.A., *El arbitraje laboral*, MTSS, Madrid, 1993, pág. 25; DE LA VILLA GIL, L.E./ GARCÍA BECEDAS, G./ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., *Instituciones de Derecho del Trabajo*, *op. cit.*, pág. 445; DEL REY GUANTER, S., «Los medios de solución de conflictos colectivos de intereses y jurídicos», *RL*, 16-17, 1992, págs. 219 y 261; GOMEZ CABALLERO, P., «El derecho de huelga en la función pública», *REDT*, 27, 1986, pág. 412; GONZALEZ ORTEGA, S., «Los medios de solución...», *op. cit.*, pág. 417; HERNÁNDEZ VIGUERAS, J., *La solución de los conflictos en el sistema de relaciones laborales*, MTSS, Madrid, 1992, pág. 436; MATÍA PRIM, J./ SALA FRANCO, T./ VALDÉS DAL-RÉ, F./ VIDA SORIA, J., *Huelga, cierre patronal...*, *op. cit.*, pág. 135; VIDA SORIA, J./ GALLEGU MORALES, A., en, ALZAGA VILLAAMIL, O. (dir.), AA.VV., *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Edersa, 1998, pág. 365. Crítica el arbitraje obligatorio la siguiente declaración del Comité de Libertad Sindical, referida a una huelga de ferroviarios indios, y plenamente aplicable a nuestro supuesto: «parecería que en este caso las garantías destinadas a compensar la prohibición de la huelga no bastan puesto que en última instancia es el Gobierno quien acepta o no el procedimiento de arbitraje. Una situación semejante puede crear un clima de tensión poco propicio al desarrollo de relaciones de trabajo armoniosas» (149.º informe, caso núm. 793, quejas contra el Gobierno de la India, párrafo 136). Por su parte, CAMPS RUIZ, L.M., en SALA FRANCO, T. (dir.), AA.VV., *Problemas aplicativos del estatuto de los trabajadores*, Universidad de Alicante, 1982, pág. 61, entiende que, mediante el arbitraje obligatorio, «el Gobierno no impide el ejercicio de la huelga, sino que pone en marcha un mecanismo que al solucionar el conflicto de fondo hará inútil o ilegítima la huelga». El argumento no me invita a modificar el diagnóstico, porque la huelga no es un fin en sí mismo, sino un medio para la defensa de los intereses de los trabajadores, y éstos son decididos por el Gobierno, por lo que se viola la autonomía colectiva, aunque no se prohíba expresamente el ejercicio del derecho de huelga.

⁵⁴ Se trata de la mención al daño que el juego de las voluntades particulares puede irrogar a los intereses generales, donde el máximo intérprete de la Carta Magna se refiere, precisamente, al artículo 10.1 DLRT.

⁵⁵ Defendiendo el interés público como *ratio iuris* del artículo 10.1 DLRT, BALLESTER PASTOR, M.A., *El arbitraje laboral...*, *op. cit.*, pág. 24; BAYLOS GRAU, A., *Derecho de huelga...*, *op. cit.*, pág. 113; MONEREO PÉREZ, J.L. (COORD.), AA.VV., *Derecho de huelga y conflictos colectivos. Estudio crítico de la doctrina jurídica*, Comares, 2002, págs. 497-498, quien sostiene que el Gobierno debería conceder audiencia previa a las partes implicadas; RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., en, AA.VV., *Solución extrajudicial de conflictos laborales*, CES, Madrid, 1995, pág. 20. Destacando por su firme defensa de la legitimidad del interés público como fundamento del arbitraje obligatorio, previsto en el artículo 10.1 DLRT, DEL REY GUANTER, S., «Los medios de solución de conflictos...», *op. cit.*, págs. 19-20. Por el contrario, se muestran muy reacios, en general, a la validación del interés público como puerta que se abre para la intervención gubernamental, MATÍA PRIM, J./ SALA FRANCO, T./ VALDÉS DAL-RÉ, F./ VIDA SORIA, J., *Huelga, cierre patronal...*, *op. cit.*, pág. 201, donde llegan a afirmar que «la conversión de todo conflicto en un problema público que facultaría un más agudo intervencionismo, o la creencia en una permanente contradicción entre intereses privados expresados en el conflicto, e intereses generales –ideas que tienden a repetirse con excesiva frecuencia– se sitúan en un planteamiento ideológico contradictorio con los fundamentos constitucionales». Creo, desde luego, que la cláusula del interés público debe ser utilizada con corrección, pero también que debe existir.

Debo manifestar que comparto ese criterio. Entiendo que el mencionado precepto legal, en su literalidad, contiene una habilitación de carácter formal al Gobierno, para que, cuando fracase la negociación colectiva, supla el vacío resultante y determine las condiciones de trabajo funcionariales en discusión.

Ahora bien, esa facultad gubernamental necesita el complemento de la habilitación sustancial, consistente en que el conflicto colectivo de intereses creado afecte de manera grave al interés público, de forma que el Gobierno intervenga como garante del mismo, poniendo en cuarentena el derecho de negociación colectiva de los funcionarios. Estamos ante una competencia política típica del Gobierno, puesto que «gobernar es decidir sobre los objetivos y los medios para conseguir el bien público, como decía LOCKE»⁵⁶.

Llegados a este punto, el obstáculo insoslayable con el que tropezamos es el de la indeterminación del concepto de interés público; concepto eminentemente político, difuso, como hemos visto *supra*. Se afirma que es la defensa del interés público la que legitima la intervención del Gobierno, pero no sabemos en qué consiste. Por lo tanto, «para que la noción de bien común o interés público sea operativa es necesario delimitarla jurídicamente»⁵⁷. De esta manera, «una vez más, y como siempre, el Derecho persigue sus fines con técnicas propias, pero utilizando elementos conceptuales ajenos: el interés general, elaborado por el pensamiento político, se juridifica a través de la norma»⁵⁸.

Pues bien, puestos a buscar el interés público en el reino jurídico, debemos hacerlo en la Constitución⁵⁹. Debe ser un elemento que limite el derecho de libertad sindical de los funcionarios públicos, y debe tener categoría equiparable, o superior, a ese derecho fundamental.

⁵⁶ SÁNCHEZ AGESTA, L., *Sistema político de la Constitución Española de 1978*, 7.ª ed., Edersa, 1993, págs. 267-268. Por consiguiente, estamos en el terreno de la dirección política gubernamental. Manifestando explícitamente que el Gobierno, en el ejercicio de su actividad política, sirve a los intereses públicos, SANTAMARÍA PASTOR, J.A., «Gobierno y Administración: una reflexión preliminar», *DA*, 215, 1988, págs. 76-77. En la misma dirección, BELTRÁN DE FELIPE, M., *Discrecionalidad administrativa y constitución*, Tecnos, 1995, pág. 167; GARRIDO CUENCA, N., *El acto de gobierno*, CEDECS, 1998, pág. 464; MARTÍN VALVERDE, A., «Los límites del derecho de huelga en la Administración Pública», *REDC*, 18, 1986, pág. 40, indican que la voluntad política del Gobierno define los intereses generales. No sin acierto, RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER, M., «En torno a la huelga en los servicios esenciales», *RL*, 7, 1987, pág. 39, advierte del peligro de que se confunda el interés público con los intereses políticos del Gobierno. Por su parte, GARCÍA FERNÁNDEZ, J., *El gobierno en acción*, CEC, 1995, pág. 133, afirma que, en el marco constitucional, la finalidad de la acción gubernamental no consiste en el servicio al bien común, idea de raíz escolástica, sino en la materialización de principios y valores constitucionales. Entiendo que se trata de una diferencia de nivel de concreción; en realidad, el Gobierno sirve tanto al concepto político difuso del interés público como a los elementos constitucionales en los que se juridifica, debiendo atender primariamente a éstos, y quedando el interés general como objetivo mediato.

⁵⁷ SAINZ MORENO, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Civitas, 1976, pág. 315.

⁵⁸ NIETO, A., «La Administración...», *op. cit.*, pág. 2.213.

⁵⁹ *Ibid.*, pág. 2.214, sostiene que «la doctrina es unánime en la afirmación de que el concepto y alcance de los intereses generales ha de buscarse exclusivamente en la Constitución». BAYLOS GRAU, A., *Derecho de huelga...*, *op. cit.*, pág. 114, afirma que la ley es la «vía natural» para fijar los intereses públicos. Habrá que interpretarlo en el sentido de desarrollo legal de la previa delimitación constitucional. Lo mismo cabe decir respecto de las palabras de TORRENTE GARI, S., *El ejercicio del derecho de huelga...*, *op. cit.*, pág. 212, cuando sostiene que el interés común sólo puede definirse por vía legal o jurisprudencial, con ayuda de la doctrina.

Por consiguiente, es en la Constitución donde se debe indagar, y encontraremos en ella mencionados al interés público y conceptos afines treinta veces⁶⁰. Así, estamos ante la «facultad atribuida por la Constitución al Estado para definir el interés general, concepto abierto e indeterminado llamado a ser aplicado a las diversas materias» (STC 68/1984, F. J. 4). Cuando el Alto Tribunal se refiere al Estado, en este caso, debemos entender que se está dirigiendo a los órganos del mismo en los que se reside la capacidad de decisión política: Parlamento y Gobierno⁶¹. En el supuesto que me interesa, artículo 37.2 LORAP, el llamado a la definición del interés público es el segundo.

Más allá de la vaguedad del concepto, después de haber considerado al interés público como *ratio iuris* del artículo 37.2 LORAP, se debe profundizar en la inteligencia de esa noción política, buscando su traducción jurídica en el específico ámbito que me interesa; la limitación de la autonomía colectiva, de la libertad sindical y, por ende, del derecho a la negociación colectiva de los funcionarios públicos. Y ello porque «no basta, sin más, la afirmación de un interés público para justificar el sacrificio del derecho»⁶².

2.4. El interés público y los servicios esenciales de la comunidad.

Pues bien, si analizamos detenidamente la Constitución, observamos que, en el ámbito del derecho de libertad sindical, la traslación jurídica del interés público opuesto que limita ese derecho fundamental no se encuentra en el propio artículo 28.1 CE, sino que viene expresada en forma de *asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad* (art. 28.2 CE). La fórmula se repite en el artículo 37.2 CE, donde la expresión *mantenimiento* se ve sustituida por el término *funcionamiento*.

⁶⁰ Según cuenta NIETO, A., en, «La Administración...», *op. cit.*, pág. 2.187. Así, el panorama no parece muy halagüeño. Cuando se juridifica el interés público, queda convertido en un concepto jurídico indeterminado, NIETO, A., en la misma obra, en página 2.247 lo llega a calificar como «típico concepto jurídico indeterminado». Más adelante, en la página 2.252, afirma que «las normas nunca nos dicen en qué consisten los intereses generales, sino únicamente para qué valen». En la página 2.248 el autor sostiene que el interés público no está definido ni constitucional ni legalmente, de manera que la Administración es la responsable de su determinación en los supuestos concretos. Estoy de acuerdo con la primera parte del aserto, pero creo que la referencia a la Administración debería ser sustituida, técnicamente, por la alusión al Gobierno, que es quien define políticamente los intereses generales. Desde luego, en el supuesto que me ocupa (art. 37.2 LORAP), la competencia corresponde, claramente, al segundo.

⁶¹ «Efectivamente, los intereses públicos se definen por los órganos de dirección política y se expresan en la pirámide normativa. La Administración se subordina así al Parlamento, en cuanto que elabora y aprueba las leyes y al Gobierno», SÁNCHEZ MORÓN, M., «Notas sobre la función administrativa en la Constitución española de 1978», en GARCÍA DE ENTERRÍA, E./ PREDIERI, A. (dirs.), AA.VV., *La Constitución española de 1978: estudio sistemático*, 2.ª ed., 4.ª reimp., Civitas, Madrid, 1984, pág. 645.

⁶² Refiriéndose, en general, a los derechos fundamentales, en expresión que plenamente comparto, FERNÁNDEZ SEGADO, F., «La teoría jurídica de los derechos fundamentales en la doctrina constitucional», *REDC*, 39, 1993, pág. 244. En la misma línea, la STC 22/1984, F. J. 3, considera que «existen, ciertamente, fines sociales que deben considerarse de rango superior a algunos derechos individuales, pero ha de tratarse de fines sociales que constituyan en sí mismos valores constitucionalmente reconocidos y la prioridad ha de resultar de la propia Constitución». La sentencia se refiere al derecho fundamental de inviolabilidad del domicilio. También, en relación, concretamente, al derecho fundamental de huelga, TORRENTE GARI, S., *El ejercicio del derecho de huelga...*, *op. cit.*, pág. 214, afirma que el interés público «debería tener, para limitar el derecho de huelga, un contenido concreto reconocible en cada supuesto; pues en otro caso, sólo justifica excesos de poder». Mientras, en torno al mismo derecho, BALLESTER PASTOR, M.A., *El arbitraje laboral...*, *op. cit.*, pág. 62, explica el recelo que el controvertido concepto de interés general provoca en la OIT, por ser objeto de una interpretación demasiado extensiva.

Por lo tanto, los servicios esenciales aparecen anudados, en la Constitución, al derecho de huelga y a los conflictos colectivos. Creo que los servicios esenciales son los que limitan el supuesto que me interesa, el derecho de negociación colectiva funcionarial, abriendo la puerta a la intervención heterónoma del Gobierno, *ex* artículo 37.2 LORAP, que disuelve el conflicto colectivo de intereses entre funcionarios y Administración pública, nacido del fracaso del proceso de negociación colectiva.

De esta manera, entiendo que, en el ámbito de la actividad sindical, el interés público, como concepto político potencialmente limitador de la misma, es convertido *ope constitutione* en el concepto jurídico *mantenimiento (funcionamiento) de los servicios esenciales de la comunidad*. La idea de que los servicios esenciales son la traducción jurídica del concepto político multívoco *interés público* en el terreno sindical, encuentra un amplio aval, tanto en la interpretación del Tribunal Constitucional, como en las manifestaciones de la doctrina científica ⁶³.

Sin embargo, hay un sector doctrinal que no lo entiende así, y considera que la alusión constitucional a *la comunidad* no es equiparable al interés público, sino que se refiere a un círculo más reducido, como es el de los concretos usuarios de los servicios afectados por el conflicto colectivo ⁶⁴. En sentido contrario, entiendo que el mantenimiento de los servicios esenciales es

⁶³ Así, en la STC 123/1990, F. J. 5, encontramos la significativa mención al «interés general de que los servicios esenciales se mantengan en funcionamiento». En la misma línea, STC 23/1997, F. J. 6. En la jurisprudencia ordinaria, la STS 15-2-2002 (Ar. 3560), F. J. 5, liga ambos conceptos al utilizar la expresión «intereses generales esenciales». Por su parte, CRUZ VILLALÓN, J., «La intervención de la autoridad gubernativa (laboral) en la fijación de los servicios mínimos», *RL*, tomo I, 1988, pág. 411, se refiere a los «intereses generales de la comunidad». Por su parte, MONTOYA MELGAR, A., «El Estado y la autonomía colectiva», *AL*, 22, 1989, pág. 286, califica el establecimiento de garantías para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad como «típica función de orden público». Refrendando la conexión entre interés público y mantenimiento de servicios esenciales, BAYLOS GRAU, A., *Derecho de huelga...*, *op. cit.*, pág. 119; DEL REY GUANTER, S., «Evolución general y problemática fundamental de las relaciones colectivas en la función pública», en AA.VV., *Seminario sobre relaciones colectivas en la Función Pública*, ed. Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 1989, pág. 61; GONZÁLEZ BIEDMA, *Derecho de huelga y servicios de mantenimiento y seguridad en la empresa*, Civitas, 1992, pág. 28; OJEDA AVILÉS, A., *Compendio de Derecho sindical*, Tecnos, 1998, pág. 206; RIVERO LAMAS, J., «La huelga en los servicios esenciales: complejidad del supuesto y opciones legislativas», *RFDUC*, 17, 1993, pág. 219; SORIANO DÍAZ, R.-L., «Las limitaciones al ejercicio de los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978», en AA.VV., *Derechos económicos, sociales y culturales*, Murcia, 1981, págs. 211-213. DÄUBLER, W., «La huelga en la Constitución española», en AA.VV., *Los trabajadores y la Constitución*, CDT, 1980, pág. 87, sostiene que «la formulación está elegida con habilidad psicológica, pues fuerza a todo crítico en la posición impopular de querer poner en peligro la existencia de la comunidad». No creo que pueda achacarse, en este punto, ninguna intencionalidad desviada al constituyente. Simplemente, ha utilizado un término acorde con el elemento público, y la dificultad para adoptar posiciones contrarias al mismo no deriva de la formulación constitucional, sino del interés público que la referencia a la comunidad refleja.

⁶⁴ En ese sentido STS 17-3-1984, cdo. 5 (Ar. 1462). En la doctrina científica, siguen esa línea ALARCÓN CARACUEL, M.R., «Un posible modelo de regulación de la huelga que afecte a servicios esenciales de la comunidad», *RL*, 19, 1991, pág. 250; MARTÍN VALVERDE, A., «La doctrina general sobre el derecho de huelga en la sentencia del Tribunal Constitucional 11/1981», en AA.VV., *Jurisprudencia constitucional y relaciones laborales. Homenaje a D. Francisco Tomás y Valiente*, La Ley, 1997, pág. 104; TORRENTE GARI, S., *El ejercicio del derecho de huelga...*, *op. cit.*, pág. 210; VALDÉS DAL-RÉ, F., «Sobre la fundamentación de las limitaciones del derecho de huelga en los servicios esenciales de la comunidad», *RL*, 13, 1998, págs. 9-10.

un elemento constitucional dirigido a la preservación de los intereses del entero cuerpo social, potencial perjudicado por las alteraciones en la prestación de esos servicios. Se trata de proteger un genuino interés público.

Creo que la estrecha conexión entre los dos conceptos que estoy manejando, se refleja, asimismo, en el supuesto anteriormente contemplado del arbitraje obligatorio laboral, *ex* artículo 10.1 DLRT. Así, considerando el interés público como *ratio iuris* del arbitraje obligatorio, entiendo, que, tras la depuración constitucional de ese concepto político, lo jurídicamente correcto es defender el necesario mantenimiento de los servicios esenciales para la comunidad como fundamento de derecho del señalado arbitraje obligatorio ⁶⁵.

La doctrina del Comité de Libertad Sindical de la OIT también camina en esa dirección, «a este respecto, el Comité subraya que la imposición del arbitraje obligatorio sólo es admisible con respecto a huelgas en los servicios esenciales en el sentido estricto del término o en caso de crisis nacional aguda» ⁶⁶.

En definitiva, interés público y servicios esenciales para la comunidad constituyen las dos caras, política y jurídica, de la moneda limitadora de la libertad sindical.

Para intentar demostrar que, en la exigencia constitucional de la prestación de los servicios esenciales de la comunidad, se encuentra la *ratio iuris* del artículo 37.2 LORAP que estaba buscando, deviene necesario un análisis de ese concepto de la Carta Magna con cierto detenimiento. A ello dedicaré el siguiente apartado.

⁶⁵ En el mismo sentido, BAYLOS GRAU, A., que entiende el interés público como fundamento del arbitraje obligatorio, defiende que su ámbito de aplicación debe coincidir con los servicios esenciales de la comunidad, en BAYLOS GRAU, A., «El arbitraje obligatorio que pone fin a la huelga en servicios esenciales», *PJ*, 11, 1988, pág. 132. El propio título del artículo resulta suficientemente significativo. Por su parte, DEL REY GUANTER, S., apunta en la misma dirección, aunque tímidamente, cuando afirma que «la consideración de un servicio determinado como servicio esencial debería llevar a una mayor facilidad para la imposición de la obligatoriedad», en DEL REY GUANTER, S., *Los medios extrajudiciales de solución de conflictos de trabajo en la función pública*, MAP, Madrid, 1991, pág. 110; también, entendiendo que el interés público y los servicios esenciales para la comunidad son los elementos que guían la aplicación del arbitraje obligatorio MONEREO PÉREZ, J.L. (coord.), AA.VV., *Derecho de huelga y conflictos colectivos...*, *op. cit.*, págs. 92 y 259.

⁶⁶ 275.º informe, casos núms. 1.434 y 1.477, quejas contra el Gobierno de Colombia, párrafo 197. Asimismo, en el 295.º informe, caso núm. 1.718, queja contra el Gobierno de Filipinas, párrafo 297, «el Comité recuerda que el arbitraje obligatorio para poner término a un conflicto colectivo de trabajo y a una huelga sólo es aceptable cuando lo han pedido las dos partes implicadas en el conflicto o en los casos en que la huelga puede ser limitada, e incluso prohibida, es decir, en los casos de conflicto en los servicios esenciales». Doctrina del CLS, ligando arbitraje obligatorio con servicios esenciales, sobre la que el órgano internacional insiste ante sendas quejas presentadas contra el Gobierno de Colombia; 236.º informe, caso núm. 1.140, párrafo 144; 284.º informe, caso núm. 163, párrafo 398; 292.º informe, caso núm. 1.625, párrafo 73. Igualmente, en el supuesto de quejas contra el Gobierno del Perú; 248.º informe, casos núms. 1.363 y 1.367, párrafo 169; 286.º informe, casos núms. 1.648 y 1.650, párrafo 461.

3. La prestación de los servicios esenciales para la comunidad ⁶⁷.

Los servicios esenciales para la comunidad son una noción nacida en el seno de la Constitución, y ha sido el Tribunal Constitucional quien ha asumido, como le corresponde, la responsabilidad de delimitar su concepto ⁶⁸. La elaboración jurisprudencial ha girado, principalmente, en torno al derecho fundamental de huelga, partiendo de la alusión contenida en el artículo 28.2 CE.

En este trabajo, sin embargo, me interesa abordar el concepto de servicios esenciales desde una perspectiva más general, como condicionante no sólo del derecho de huelga, sino de la actividad sindical globalmente considerada. Será ese enfoque amplio, que trascienda el derecho de huelga, el que posibilitará, en su caso, demostrar que el mantenimiento de los servicios esenciales late en el artículo 37.2 LORAP.

3.1. El concepto de los servicios esenciales para la comunidad.

Estamos ante una noción que el constituyente toma de la normativa internacional emanada de la OIT ⁶⁹. El Comité de Libertad Sindical de la OIT ha acuñado el concepto de los servicios esenciales en torno a «la existencia de una amenaza evidente e inminente para la vida, la seguridad o la salud de toda o parte de la población» ⁷⁰, subrayando, al mismo tiempo, que «lo que se entiende por servicios esenciales en el sentido estricto de la palabra depende en gran medida de las condiciones propias de cada país» ⁷¹.

⁶⁷ Prefiero utilizar la fórmula «servicios esenciales para la comunidad», en lugar de la que ofrece la Constitución; *servicios esenciales de la comunidad*. Creo que la primera expresión refleja con más rigor la circunstancia de que la comunidad es la destinataria de los servicios. También utilizan esta expresión, ligerísimamente alejada de la literalidad constitucional, de manera que no creo relevante a efectos sustanciales, ALONSO OLEA, M./CASAS BAAMONDE, M.E., *Derecho del Trabajo*, 18.ª ed. Civitas, Madrid, 2000, pág. 1.060; SALA FRANCO, T./ALBIOL MONTESINOS, I., *Derecho sindical...*, *op. cit.*, pág. 434 y ss.

⁶⁸ Subrayando ese aspecto, ALARCÓN CARACUEL, M.R., «Un posible modelo...», *op. cit.*, pág. 257; ALONSO OLEA, M./CASAS BAAMONDE, M.E., *Derecho del Trabajo...*, *op. cit.*, págs. 1.057-1.058; RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M., «El derecho de huelga en los servicios esenciales. Planteamientos jurisprudenciales recientes», *Revista de Treball*, 14, 1990, pág. 11; RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., «La huelga en los servicios esenciales y el papel de la jurisprudencia constitucional», en, AA.VV., *Jurisprudencia constitucional y relaciones laborales. Estudios en homenaje a D. Francisco Tomás y Valiente*, La Ley-Actualidad, Madrid, 1997, pág. 121.

⁶⁹ Así lo indican BAYLOS GRAU, A., *Derecho de huelga...*, *op. cit.*, pág. 101; RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., «En torno a la huelga...», *op. cit.*, pág. 39.

⁷⁰ 279.º informe, caso núm. 1.576, queja contra el Gobierno de Noruega, párrafo 114. HODGES-AEBERHARD, J./ODERO DE DIOS, A., «Los principios del Comité de Libertad Sindical relativos a las huelgas», *RIT*, vol. 106, 4, 1987, pág. 520, explican la evolución que ha experimentado el concepto de servicio esencial en el seno de la OIT, donde comenzó considerándose como tal el que «podría ocasionar perjuicios públicos» o «graves perjuicios a la colectividad nacional», hasta el concepto actual, establecido desde 1983 (230.º informe, caso núm. 1.173, queja contra el Gobierno del Canadá (Columbia Británica), párrafo 577).

⁷¹ 265.º informe, caso núm. 1.438, queja contra el Gobierno del Canadá, párrafo 398. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., en «La huelga en los servicios esenciales y el papel de la jurisprudencia constitucional», en, AA.VV., *Jurisprudencia constitucional y relaciones laborales...*, *op. cit.*, pág. 120, ya advertía de que «la normativa internacional tiene una utilidad bastante limitada para aclarar el concepto de servicios esenciales, puesto que, como el Comité de Libertad Sindical

Desde luego, se trata de un concepto jurídico indeterminado (STC 53/1986, F. J. 3)⁷², porque «no es posible encontrar una definición ontológica de servicio esencial»⁷³. Así, la Constitución nos ofrece un concepto en el que caminan parejos su relevancia y su indefinición.

La consideración de tal o cual servicio como esencial para la comunidad deberá decidirse en función de determinados criterios espaciales y temporales, de manera que «no cabe una definición del mismo que tenga valor absoluto y carácter atemporal»⁷⁴. No podemos obviar que «el elemento de la esencialidad del servicio está fundado sobre juicios valorativos y, por consiguiente, la noción incorpora una buena dosis de elasticidad. Los servicios esenciales de la comunidad se presentan, en suma, como un concepto susceptible de apropiarse diversos contenidos en atención a los contextos histórico, social, económico y normativo, al desarrollo de las necesidades de la población y a los cambios culturales»⁷⁵.

Tempranamente se produjo un loable esfuerzo doctrinal, tendente a trazar las líneas que delimiten el flexible concepto de los servicios esenciales para la comunidad⁷⁶. Así, se sugirió una doble acepción; estricta y amplia. La primera, girando en torno a la idea de los servicios de inaplazable necesidad o de interés vital, por atender necesidades sociales trascendentales⁷⁷. Mientras, la noción amplia hace referencia a las actividades que satisfagan necesidades de la población conectadas con derechos fundamentales de los ciudadanos, aunque no alcancen la categoría de inaplazables o ininterrumpibles⁷⁸.

reconoce, es una noción que en gran medida depende de las condiciones propias y de las tradiciones de cada país». Sin embargo, en MONEREO PÉREZ, J.L. (coord.), AA.VV., *Derecho de huelga y conflictos colectivos...*, op. cit., págs. 270-274, se apuesta por la noción acuñada por el CLS, en torno a la vida, la salud y la seguridad de las personas, y para reforzar el argumento se trae a colación el artículo 10.2 CE.

⁷² Evidencia reiteradamente puesta de relieve; así, recientemente, STS 9-12-2002 (Rec. 5895/1999) F. J. 3 y, en la doctrina científica, ALONSO OLEA, M./ CASAS BAAMONDE, M.E., *Derecho del Trabajo...*, op. cit., pág. 1.057; BAYLOS GRAU, A., *Derecho de huelga...*, op. cit., pág. 101; CRUZ VILLALÓN, J., «La intervención de la autoridad gubernativa...», op. cit., pág. 410; MARTÍN VALVERDE, A., «Los límites del derecho de huelga...», op. cit., pág. 43. SORIANO DÍAZ, R.-L., «Las limitaciones...», op. cit., págs. 198-199, sitúa el motivo de la referida indeterminación, acertadamente, en el consenso entre distintas sensibilidades políticas que rodeó la elaboración de la norma constitucional.

⁷³ VIDA SORIA, J./ GALLEGO MORALES, A., en, ALZAGA VILLAAMIL, O. (dir.), AA.VV., *Comentarios a la Constitución...*, op. cit., pág. 352. ZORRILLA RUIZ, M.M., «Garantías precisas para el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad», *RFDUC*, 17, 1993, pág. 29, afirma que «es esencial aquello sin lo cual algo que hasta el momento viene siendo pasa a dejar de ser. Sin el mantenimiento de los servicios esenciales una comunidad pierde su sustantividad en el seno de la sociedad –a cuya integración ha cooperado– y se ve degradada a la condición de simple colectividad o grupo inorgánico, anterior al proceso de su perfección organizadora». Lo cual, jurídicamente, sigue sugiriendo enormes dudas.

⁷⁴ MARTÍNEZ EMPERADOR, R., «Garantía de servicios esenciales y fijación de servicios mínimos según la jurisprudencia ordinaria y constitucional», *AL*, 37, 1992, pág. 660.

⁷⁵ VALDÉS DAL-RÉ, F., «El derecho de huelga en los servicios esenciales de la comunidad», en, AA.VV., *Relaciones socio-laborales. Aspectos jurídicos, económicos y sociales*, Universidad de Salamanca, 1993, pág. 323. También, insistiendo en la elasticidad del concepto, RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER, M., «En torno a la huelga...», op. cit., pág. 38.

⁷⁶ Me refiero a MARTÍN VALVERDE, A., «El derecho de huelga en la Constitución de 1978», *RPS*, 121, 1979, págs. 232-233.

⁷⁷ *Id.*, pág. 233, expone como materialización de los mismos los servicios sanitarios de urgencia, los bomberos, jueces, policías, o el suministro de agua, gas y electricidad.

⁷⁸ *Ibid.*, se apuntan, como ejemplos de la acepción amplia, los centros de enseñanza, los transportes, los medios de comunicación de masas, y la Administración pública.

El Tribunal Constitucional, en la primera sentencia donde define los servicios esenciales, lo hace partiendo de la anterior distinción, así, en la histórica STC 26/1981, F. J. 10, podemos leer que «existen por lo menos dos conceptos, a los que se ha llamado, aunque tal vez no muy exactamente, amplio y estricto. De acuerdo con una primera idea, "servicios esenciales" son aquellas actividades industriales o mercantiles de las que derivan prestaciones vitales o necesarias para la vida de la comunidad. De esta manera, en la definición de los servicios esenciales entrarían el carácter necesario de las prestaciones y su conexión con atenciones vitales. De acuerdo con una segunda concepción, un servicio no es esencial tanto por la naturaleza de la actividad que se despliega como por el resultado que con dicha actividad se pretende. Más concretamente, por la naturaleza de los intereses a cuya satisfacción la prestación se endereza. Para que el servicio sea esencial deben ser esenciales los bienes e intereses satisfechos. Como bienes e intereses esenciales hay que considerar los derechos fundamentales, las libertades públicas y los bienes constitucionalmente protegidos. A nuestro juicio, esta línea interpretativa, que pone el acento en los bienes y en los intereses de la persona –y no la primera que se mantiene en la superficie de la necesidad de las organizaciones dedicadas a llevar a cabo las actividades– es la que debe ser tenida en cuenta, por ser la que mejor concuerda con los principios que inspira la Constitución»⁷⁹.

Debo manifestar mi asentimiento ante este concepto, acuñado por el Tribunal Constitucional. En efecto, creo acertado el criterio que determina los servicios esenciales en función de la categoría de los intereses que satisface, de forma que alcancen ese *status* los que sirvan al ejercicio y disfrute de derechos fundamentales, libertades públicas, y bienes constitucionalmente protegidos⁸⁰.

Sin duda, ha sido el de los bienes que la Constitución protege el pronunciamiento que ha suscitado mayores recelos y debate, «problemas, todos ellos surgidos de la indeterminación del concepto de bien constitucionalmente protegido y de la consiguiente relativización del contenido de los derechos fundamentales que tal indeterminación puede traer consigo»⁸¹. Ciertamente, resulta una

⁷⁹ A pesar de que diga lo contrario, el Tribunal Constitucional acoge lo que MARTÍN VALVERDE, A., «El derecho de huelga...», *op. cit.*, págs. 232-233, concibió como acepción amplia, y no la estricta, como acertadamente subrayan ALARCÓN CARACUEL, M.R., «Un posible modelo...», *op. cit.*, pág. 254; VIVERO SERRANO, J.B., *La huelga en los servicios esenciales*, Lex Nova, 2002, págs. 135-136. El Alto Tribunal nunca se ha apartado, desde 1981, de esta doctrina. Así lo atestiguan las SSTC 51/1986, F. J. 2; 53/1986, F. J. 3; 27/1989, F. J. 1; 43/1990, F. J. 5; 8/1992, F. J. 2; 148/1993, F. J. 5.

⁸⁰ El juicio del Tribunal Constitucional, en los términos en los que ha sido expuesto, ha recibido una favorable acogida doctrinal, como puede observarse en ALONSO OLEA, M./CASAS BAAMONDE, M.E., *Derecho del Trabajo...*, *op. cit.*, pág. 1.057; BAYLOS GRAU, A., *Derecho de huelga...*, *op. cit.*, pág. 104; BLASCO ESTEVE, A., «La huelga de los funcionarios públicos», en, AA.VV., *Estudios sobre la Constitución española en homenaje al prof. García Enterría*, ed. Civitas, 1991, pág. 2.642; GARCÍA BLASCO, J., *El derecho de huelga en España: calificación y efectos jurídicos*, Bosch, 1983, pág. 94.

⁸¹ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L./DE OTTO PARDO, I., *Derechos fundamentales y Constitución*, Civitas, 1988, pág. 116. VIVERO SERRANO, J.B., *La huelga en los servicios esenciales*, *op. cit.*, pág. 130 y ss., tras defender la idoneidad de los derechos fundamentales como parámetro para definir los servicios esenciales, critica, por su evanescencia, la utilización de la categoría de los bienes constitucionalmente protegidos. También MONEREO PÉREZ, J.L., «La huelga como derecho constitucional: la técnica específica de organización jurídico-constitucional de la huelga (y II)», *Temas Laborales*, 28, 1993, págs. 78-79, critica la noción de bienes constitucionales como límite del derecho de huelga, porque pueden alterar el orden preferencial de derechos que dispone la Constitución, a través del cual los derechos fundamentales reflejan valores superiores del ordenamiento jurídico. El Tribunal Constitucional introduce este concepto en el debate jurídico en la STC 11/1981, F. J. 7, cuando indica que los bienes constitucionales son susceptibles de limitar derechos fundamentales. En la doctrina se reiteran las críticas al controvertido concepto que estoy tratando, por la posibilidad que su

tarea sencilla la identificación jurídico-positiva de los derechos fundamentales y las libertades públicas, únicamente hay que ceñirse al apartado constitucional que enumera los mismos (arts. 15 a 29 CE), pero... ¿cuáles son, concretamente, los *bienes constitucionalmente protegidos*?

En mi opinión, es correcto el planteamiento del supremo intérprete de la norma fundamental, cuando evita circunscribirse al listado taxativo de derechos fundamentales y libertades públicas contenido en la Sección 1.ª del Capítulo II del Título I CE. Conviene manejar el concepto de servicios esenciales con cierta flexibilidad, dada la complejidad y riqueza de la Carta Magna, norma política básica que contiene los principios fundamentales de convivencia. Ahora bien, sólo considero aceptables, como guía para determinar los servicios esenciales de la comunidad, aquellos bienes amparados por la Constitución que estén conectados con derechos o libertades de rango fundamental⁸². De manera contraria a ese criterio, algunos autores apuestan por un concepto flexible de bienes constitucionalmente protegidos, entendiendo acertada la doctrina de la no necesidad de que se encuentren ligados a derechos fundamentales⁸³.

indeterminación abre a la utilización abusiva del mismo. Así, TORRENTE GARI, S., *El ejercicio del derecho de huelga...*, *op. cit.*, pág. 203, se refiere a la utilización de nociones tan ambiguas como el bienestar general o la incidencia en la economía nacional. Un caso sonado fue el de la STC 362/1993, que consideró servicio esencial el prestado por el Museo del Prado, en base a fundamentos jurídicos como la necesidad de tutelar el acceso a la cultura (art 44.1 CE), reconociendo explícitamente que «no impide la calificación como esencial de una actividad la circunstancia de que el bien protegido al cual sirve se encuentre en un distinto nivel de protección respecto del derecho de huelga, que tiene carácter fundamental» (F. J. 6). Criticando específicamente la esencialidad del Museo del Prado, GARATE CASTRO, J., «Derecho de huelga y servicios esenciales», *REDT*, 75, 1996, pág. 15; VALDÉS DE LA VEGA, B., «Los bienes constitucionalmente protegidos como límite al derecho de huelga», *REDT*, 46, 1991; OJEDA AVILÉS, A., *Compendio de Derecho sindical*, *op. cit.*, págs. 207-208. También en dirección crítica, BAYLOS GRAU, A., *Derecho de huelga...*, *op. cit.*, págs. 105 y ss.; BLASCO ESTEVE, A., «La huelga de los funcionarios públicos», en AA.VV., *Estudios sobre la Constitución...*, *op. cit.*, págs. 2.644-2.645; CABEZA PEREIRO, J., «Argumentos sobre el derecho de huelga en los servicios esenciales de la comunidad», *RDS*, 15, 2001, pág. 232; VALDÉS DAL-RÉ, F., «El derecho de huelga en los servicios esenciales de la comunidad», en AA.VV., *Relaciones sociolaborales...*, *op. cit.*, págs. 325-326; VIVERO SERRANO, J.B., «Servicios esenciales y Administraciones públicas», en AA.VV., *Las relaciones laborales en las Administraciones públicas*, XI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, MTAS, vol. II, 2001, págs. 185-186.

⁸² Entiendo que todo límite de un derecho fundamental, en este caso del derecho de libertad sindical funcional, debe ostentar igual o superior entidad constitucional, por lo que el bien constitucional, indirectamente, ha de alcanzar el nivel de los derechos fundamentales. De ello dependerá «si su constitucionalidad se traduce en resistencia frente al derecho fundamental, en oponibilidad frente a éste», MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L./ DE OTTO PARDO, I., *Derechos fundamentales...*, *op. cit.*, pág. 124. En el mismo sentido, exigiendo la relación entre bien constitucional y derecho fundamental o libertad pública, BALAGUER CALLEJÓN, M.L., «El contenido esencial del derecho de huelga», *Revista de Derecho Político*, 34, 1991, pág. 130; BAYLOS GRAU, A., *Derecho de huelga...*, *op. cit.*, pág. 119; GARATE CASTRO, J., «Derecho de huelga y servicios esenciales», *op. cit.*, págs. 14-15; TORRENTE GARI, S., *El ejercicio del derecho de huelga...*, *op. cit.*, pág. 199; PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Curso de derechos fundamentales...*, *op. cit.*, págs. 592-593, quien aporta ejemplos como la salvaguardia del orden político y la paz social, el libre desarrollo de la personalidad, o la independencia del poder judicial. Resulta llamativa la STC 53/1986, F. J. 3, cuando sostiene que «para la jurisprudencia constitucional, en suma, el límite que el artículo 28.2 CE instituye trae causa en la correlativa satisfacción de otros derechos y libertades constitucionalmente protegidos y en la *preservación de los bienes de idéntica significación*». La cursiva es mía. Contrasta este criterio, que sitúa a los bienes constitucionales al nivel de los derechos fundamentales, con el mantenido en otras ocasiones por el mismo órgano del Estado, por ejemplo, en el paradigmático supuesto del Museo del Prado (STC 362/1993), que he comentado en la página anterior.

⁸³ En este sentido, Díez Sánchez, J.J., *El derecho de huelga de los funcionarios públicos*, Civitas, Madrid, 1990, págs. 104-105; Sala Franco, T./ Albiol Montesinos, I., *Derecho sindical...*, *op. cit.*, pág. 435; Satrustegui, M., en AA.VV., *Derecho Constitucional*, vol. I, 5.ª ed., Tirant lo Blanch, 2002, pág. 418. También es el criterio que mantiene el Magistrado DE MENDIZABAL ALLENDE, R., en el voto particular, apdo. 6, que formula a la STC 362/1993. Por su parte,

En definitiva, entiendo que deben ser considerados como servicios esenciales para la comunidad, en sentido jurídico-constitucional, aquellos que, de manera directa o indirecta, se dirijan a la satisfacción de derechos fundamentales y libertades públicas⁸⁴. Por lo tanto, se trata de un instrumento constitucional polivalente, que apunta al conjunto de derechos fundamentales⁸⁵.

Como lógica consecuencia de lo anterior, el Tribunal Constitucional ha manifestado que «*a priori*, no existe ningún tipo de actividad productiva que, por sí, pueda ser considerada como esencial. Sólo lo serán aquellas que satisfacen derechos o bienes constitucionalmente protegidos, y en la medida y con la intensidad con que los satisfagan» (STC 51/1985, F. J. 2)⁸⁶. Coincido con el parecer del Alto Tribunal, al entender que ninguna actividad será, por sí misma, constitucionalmente esencial, porque sólo podremos valorar la esencialidad tras someter el servicio al examen de su funcionalidad, esto es, *a posteriori*.

Sin embargo, la declaración tajante de que no hay servicios esenciales para la comunidad *a priori*, ha sido objeto de severas críticas, achacándose al Tribunal «el defecto de tratar indiferentemente conceptos diferentes y objetivamente diferenciables, cuales son, por una parte, los servi-

RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M., en «El derecho de huelga en los servicios esenciales...», *op. cit.*, pág. 12, sostiene que «pese a alguna opinión doctrinal en contra, queda claro que para el Tribunal Constitucional resultan tutelables no solamente los derechos fundamentales, sino otros derechos o bienes no fundamentales», y alude a la necesidad de tutelar algunos como la protección de la salud (art. 43.1 CE), el derecho a la cultura (art. 44.1 CE), o el medio ambiente adecuado (art. 45.1 CE). Respecto al primero de estos ejemplos, creo que se trata de un supuesto atendible, por su conexión con el derecho a la integridad física (art. 15.1 CE).

⁸⁴ OJEDA AVILÉS, A., *Compendio de Derecho sindical*, *op. cit.*, pág. 209, defiende con vehemencia que sólo pueden alcanzar la cualidad de servicios esenciales para la comunidad «aquéllos, y exclusivamente aquéllos, referidos a los derechos de las personas», esto es, derechos fundamentales de la persona. En la página 210 propone, en base al criterio señalado, que serían servicios esenciales los que giren en torno a la alimentación básica, la energía, los medios de comunicación, y la protección contra las enfermedades y las agresiones del entorno. Por otro lado, ante la afirmación, que plenamente comparto, de BAYLOS GRAU, A., *Derecho de huelga...*, *op. cit.*, pág. 102, en torno a la opinión doctrinal extendida de que «los servicios esenciales serían aquellos que satisfacen necesidades de la población conectadas con los derechos fundamentales de los ciudadanos», llama la atención la ácida crítica contenida en MARTÍNEZ MARÍN, A., *El buen funcionamiento de los servicios públicos*, Tecnos, 1990, pág. 56, donde este autor sostiene que se trata de una noción «en gran modo imprecisa, aunque sólo fuera por la presencia del bárbaro término para el mundo jurídico de "conectar"; pero sobre todo porque resulta inoperativa en múltiples casos para calificar un servicio concreto de esencial o no esencial». No comparto ese parecer, porque la expresión aludida recoge un concepto muy extendido de servicio esencial, en el que me alíneo, y no aprecio barbarismo jurídico alguno en el término *conectar*.

⁸⁵ Como indica BLASCO ESTEVE, A., «La huelga de los funcionarios públicos», en AA.VV., *Estudios sobre la Constitución...*, *op. cit.*, pág. 2.642, el Tribunal Constitucional «se decanta por una interpretación finalista del concepto en función del resultado perseguido por el servicio o actividad».

⁸⁶ Doctrina posteriormente reiterada en las SSTC 43/1990, F. J. 5; 8/1992, F. J. 2; 148/1993, F. J. 5. Así, se pone de relieve que «el objeto de la tutela constitucional no son, en suma, las actividades que cubren necesidades vitales para la incolumidad de la sociedad; lo son los derechos fundamentales y los bienes jurídicos protegidos por la Constitución», en palabras de VALDÉS DAL-RÉ, F., «El derecho de huelga en los servicios esenciales de la comunidad», en AA.VV., *Relaciones sociolaborales...*, *op. cit.*, pág. 324. También, mostrándose de acuerdo con la línea de pensamiento del TC, en esta materia, DURÁN LÓPEZ, F., «Servicios esenciales y servicios mínimos en la función pública», en AA.VV., *Seminario sobre relaciones colectivas en la Función Pública*, ed. Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 1989, págs. 381-382; TORRENTE GARI, S., *El ejercicio del derecho de huelga...*, *op. cit.*, pág. 191. Mientras, ALONSO OLEA, M., «Huelga y mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad. El estado de la cuestión», *REDT*, 58, 1993, pág. 203, muestra sus reservas ante la «dudosísima negación de que "haya actividad productiva que, por sí, pueda considerarse esencial"».

cios esenciales y, por otra, las garantías que para el mantenimiento de los mismos puedan adoptarse... son éstas, y no aquellos, los que no toleran apriorísticas precisiones»⁸⁷. Por consiguiente, el legislador podría libremente optar por la elaboración de una lista taxativa de servicios esenciales⁸⁸.

No estoy de acuerdo con la posibilidad de confeccionar una lista legal de servicios esenciales para la comunidad, por entender que no cabe su delimitación apriorística. Ahora bien, entre los defensores de tal posibilidad teórica, las posiciones se dividen entre los que creen mejor no utilizar ese sistema, para permitir mayor flexibilidad y adaptabilidad a las variables circunstancias⁸⁹; los que dudan, a la vista de las ventajas e inconvenientes de la lista⁹⁰; y quien aboga por la elaboración de la misma⁹¹.

En función del concepto de servicios esenciales para la comunidad que se ha expuesto, nacido en el seno del Tribunal Constitucional, no hay lugar para confundirlo con los servicios públicos⁹². Como se ha señalado, con brillantez, «servicio público y servicio esencial no son nociones equivalentes».

⁸⁷ VALDÉS DAL-RÉ, F., «El derecho de huelga en los servicios esenciales de la comunidad», en AA.VV., *Relaciones sociolaborales...*, *op. cit.*, pág. 327. Manifiesta claramente, en contra del criterio del Tribunal Constitucional, que los servicios esenciales pueden ser identificados, salvo excepciones, *a priori*, VIVERO SERRANO, J.B., *La huelga en los servicios esenciales*, *op. cit.*, págs. 138-139.

⁸⁸ *Ibid.* Compartiendo la opinión de que el Tribunal Constitucional confunde servicios esenciales con garantías de mantenimiento de los mismos, y, por lo tanto, cabría implantar el sistema de lista cerrada para determinar los servicios esenciales, GARATE CASTRO, J., «Derecho de huelga y servicios esenciales», *op. cit.*, págs. 11-12; RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M., «El derecho de huelga en los servicios esenciales...», *op. cit.*, pág. 13, quien pone como ejemplos los servicios sanitarios, la educación, o el transporte. RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., «La huelga en los servicios esenciales y el papel de la jurisprudencia constitucional», en AA.VV., *Jurisprudencia constitucional y relaciones laborales...*, *op. cit.*, pág. 121, denuncia que «entre nosotros no siempre es claro, cuando se cuestionan servicios mínimos establecidos en un caso de huelga, si lo que se discute es el alcance de esos servicios o la imposición de unos determinados servicios en una empresa o actividad».

⁸⁹ Así, GARATE CASTRO, J., «Derecho de huelga y servicios esenciales», *op. cit.*, pág. 13; GARCÍA BLASCO, J., *El derecho de huelga...*, *op. cit.*, págs. 94-95; TORRENTE GARI, S., *El ejercicio del derecho de huelga...*, *op. cit.*, pág. 194. Utilizando un sorprendente tono, profundamente desproporcionado, ZORRILLA RUIZ, M.M., «Garantías precisas para el mantenimiento de los servicios esenciales...», *op. cit.*, pág. 229, afirma que «la tentativa de reducir los servicios esenciales de la comunidad al repertorio de una lista convencional, tasada y sujeta a demasiadas dificultades para su ampliación se convierte en una operación de terrorismo intelectual». A nivel internacional, el criterio de la Comisión de Expertos de la OIT consiste, como señala ODERO, A., «El derecho de huelga en la función pública y en los servicios esenciales: los principios de la OIT», *RL*, 1, 1999, pág. 175, en que «a juicio de la Comisión, sería poco conveniente, e incluso imposible, pretender elaborar una lista completa y definitiva de los servicios que pueden considerarse como esenciales».

⁹⁰ SALA FRANCO, T., «La huelga en servicios esenciales para la comunidad», *Revista de Treball*, 19-20, 1992, pág. 14. Este autor entiende que, al determinar los servicios esenciales, tanto la excesiva rigidez como la desmesurada flexibilidad producen inseguridad jurídica. VIVERO SERRANO, J.B., *La huelga en los servicios esenciales*, *op. cit.*, pág. 141 y ss., apuesta por una fórmula mixta, que combine la definición de servicios esenciales mediante una cláusula general con la enumeración de los mismos.

⁹¹ A favor de la definición de determinadas actividades como servicios esenciales, CASSAGNE, J.C., *La huelga en los servicios esenciales*, Civitas, 1993, págs. 58-59.

⁹² De manera explícita, la STC 53/1986, F. J. 3, se refiere a los «servicios esenciales de la comunidad», concreción que no cabe elaborar en atención a la titularidad, pública o privada, del servicio en cuestión sino a través del carácter del bien satisfecho». Principio que ya había adelantado la STC 26/1981, F. J. 8. En el mismo sentido se pronuncia la jurisprudencia ordinaria, así, por todas, SSTS 19-2-1991, F. J. 5 (Ar. 3176); 16-1-1995, F. J. 4 (Ar. 421). Desde luego, la delimitación del concepto de servicio público parece una cuestión compleja: «la *publicatio*, o calificación de una actividad como servicio público, es la decisión del poder público de garantizar, asumiéndola, la prestación de una actividad de interés general, en condiciones de igualdad. Se ha dicho, por ello, que servicio público no es más que lo que el legislador califique como tal; una noción voluntarista, subjetiva y hasta arbitraria», CHINCHILLA MARÍN, C., «El servicio público, ¿amenaza o garantía para los derechos fundamentales?», en AA.VV., *Estudios sobre la Constitución española en homenaje al prof. García Enterría*, tomo II, ed. Civitas, 1991, pág. 959.

tes o intercambiables, pudiéndose representar gráficamente la relación recíproca entre ambos conceptos evocando la imagen de dos planos secantes con una zona de intersección, compuesta por los servicios esenciales gestionados tanto por la Administración pública como en régimen de derecho privado, a cada extremo de la cual, y fuera ya de esa zona común se encuentran otras dos áreas integradas, respectivamente, por los servicios públicos y privados faltos de la nota de esencialidad. La cualidad de servicio público no interviene en la delimitación de lo que debe entenderse como servicio esencial ni aporta singularidad en la conformación del límite constitucional»⁹³. Como ejemplo gráfico, se puede afirmar que «con toda seguridad, una huelga de panaderos es más grave para el mantenimiento de esos servicios esenciales que la huelga de los funcionarios del Ministerio de Cultura»⁹⁴.

Por lo tanto, servicios públicos y servicios esenciales son conceptos que operan en planos distintos, sin perjuicio de que, a menudo, se crucen. En todo caso, no se trata de una relación de género a especie, en virtud de la cual todos los servicios públicos deban considerarse, *per se*, esenciales⁹⁵. Los servicios públicos, al igual que los privados, pueden ser esenciales o carecer de esa cualidad.

El concepto de servicios esenciales para la comunidad que he analizado me permite continuar sosteniendo la tesis de partida. En efecto, cuando se produzca el fracaso en la negociación colectiva funcionarial, por haberse roto el proceso negociador, o por el rechazo gubernamental de la aprobación de un Acuerdo, el conflicto colectivo de intereses subsiguiente deberá poner en riesgo algún servicio esencial para la comunidad.

En nuestro caso, al tratarse de servicios prestados por funcionarios, estaremos siempre ante servicios públicos. Teniendo en cuenta que no hay servicios esenciales *a priori*, el servicio público en cuestión deberá satisfacer derechos fundamentales o libertades públicas, directamente, o, de modo indirecto, desempeñar la función de servir bienes constitucionales ligados a derechos de carácter fundamental.

⁹³ VALDÉS DAL-RÉ, F., «El derecho de huelga en los servicios esenciales de la comunidad», en AA.VV., *Relaciones socio-laborales...*, *op. cit.*, págs. 328-329. Circunstancia tempranamente advertida por EMBID IRUJO, A., «La problemática actual de la huelga de funcionarios», *REDA*, 19, 1978, pág. 605. Posteriormente, han sido numerosas las manifestaciones doctrinales subrayando que no se deben confundir los servicios esenciales con los servicios públicos. En ese sentido, ALONSO OLEA, M./ CASAS BAAMONDE, M.E., *Derecho del Trabajo...*, *op. cit.*, pág. 1.057, señalando que la cuestión se ha convertido en un lugar común en la jurisprudencia; BLASCO ESTEVE, A., «La huelga de los funcionarios públicos», en AA.VV., *Estudios sobre la Constitución...*, *op. cit.*, pág. 2.642; GARCÍA BLASCO, J., *El derecho de huelga...*, *op. cit.*, pág. 95; MATÍA PRIM, J./ SALA FRANCO, T./ VALDÉS DAL-RÉ, F./ VIDA SORIA, J., *Huelga, cierre patronal...*, *op. cit.*, pág. 139; MONEREO PÉREZ, J.L. (coord.), AA.VV., *Derecho de huelga y conflictos colectivos...*, *op. cit.*, págs. 89-90; OJEDA AVILÉS, A., *Compendio de Derecho sindical*, *op. cit.*, pág. 207; SAGARDOY BENGOCHEA, J.A., «La huelga en servicios esenciales de la comunidad», *RFDUC*, 17, 1993, pág. 191; VIDA SORIA, J./ GALLEGU MORALES, A., en ALZAGA VILLAAMIL, O. (dir.), AA.VV., *Comentarios a la Constitución...*, *op. cit.*, pág. 353; VIVERO SERRANO, J.B., «Servicios esenciales y Administraciones públicas», en AA.VV., *Las relaciones laborales en las Administraciones públicas...*, *op. cit.*, págs. 181 y ss.

⁹⁴ SUÁREZ GONZÁLEZ, F., «El Derecho del Trabajo en la Constitución», en AA.VV., *Lecturas sobre la Constitución española*, II, UNED, 1978, pág. 206.

⁹⁵ En ese sentido, CASSAGNE, J.C., *La huelga en los servicios esenciales...*, *op. cit.*, pág. 53. En contra, defendiendo la relación de género a especie, Díez SÁNCHEZ, J.J., *El derecho de huelga de los funcionarios públicos...*, *op. cit.*, pág. 109; MARTÍNEZ MARÍN, A., *El buen funcionamiento de los servicios públicos...*, *op. cit.*, págs. 53-54; ORTEGA ÁLVAREZ, L., *Los derechos sindicales de los funcionarios públicos*, ed. Tecnos, Madrid, 1983, pág. 178. En algunas ocasiones se encuentran expresiones desprovistas del necesario rigor conceptual, como «garantía del funcionamiento de los servicios públicos», cuando, en realidad, se quiere hacer referencia al mantenimiento del concepto constitucional que estamos estudiando; *servicios esenciales*, como sucede en SANTAMARÍA PASTOR, J.A., en, GARRIDO FALLA, F. (dir.), AA.VV., *Comentarios a la Constitución*, Civitas, 1980, pág. 650.

Así, cabe pensar, por ejemplo, en servicios como la policía local ⁹⁶, donde encontramos funcionarios cuya labor sirve, entre otros, a la satisfacción de los derechos a la libertad y a la seguridad, fundamentales *ex* artículo 17 CE; o un conflicto colectivo en el seno del Personal al servicio de la Administración de Justicia ⁹⁷, que afectaría al derecho fundamental de obtener la tutela efectiva de Jueces y Tribunales (art. 24 CE).

3.2. La ponderación entre el ejercicio del derecho de negociación colectiva de los funcionarios públicos y el mantenimiento de los servicios esenciales para la comunidad: sacrificio del derecho.

En el supuesto que me interesa, en torno al artículo 37.2 LORAP, cuando el conflicto colectivo entre la Administración y los funcionarios públicos afecte negativamente a los servicios esenciales para la comunidad, hay que proceder a la operación de ponderar el derecho a la negociación colectiva de los funcionarios, *ergo*, su derecho de libertad sindical, frente a los derechos fundamentales que el servicio esencial en cuestión satisfaga. Así, «es necesario conjugar un equilibrio entre el interés de la colectividad, el disfrute de los derechos de los ciudadanos y el ejercicio de los derechos específicos de las partes en conflicto» ⁹⁸.

Derecho de negociación colectiva funcional, y servicios esenciales para la comunidad, son instrumentos dirigidos al disfrute de derechos fundamentales; el primero mira a la libertad sindical, mientras que los segundos están dirigidos, de manera más o menos directa, al goce efectivo del abanico de derechos fundamentales y libertades públicas diseñado por la Constitución (arts. 15 a 29 CE). Por consiguiente, se debe proceder a una ponderación entre herramientas al servicio de derechos fundamentales, mediante «la inserción del valor específico que represente el derecho fundamental de que se trate dentro del orden de valores constitucional para establecer su importancia relativa con respecto a otros bienes igualmente protegidos por la Constitución y resolver desde esta perspectiva el problema de la validez de una determinada incidencia en el derecho fundamental considerado» ⁹⁹.

En principio, cuando en el escenario jurídico se produce la colisión entre derechos de carácter fundamental, el equilibrio debe buscarse sobre la base del respeto al contenido esencial de los mismos. Así, «a la hora de ponderar los derechos y sus posibles colisiones entre unos y otros, ha de

⁹⁶ La circunstancia de que los policías locales «no podrán ejercer en ningún caso el derecho de huelga» (art. 6.8 LO 2/1986, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado), no impide a la consideración de servicio esencial de su prestación profesional.

⁹⁷ Considerando expresamente como servicio esencial el desempeñado por estos funcionarios, STS 7-11-1995 (Ar. 8131).

⁹⁸ GARCÍA BLASCO, J., *El derecho de huelga...*, *op. cit.*, págs. 96-97. También, subrayando la necesidad de equilibrar los distintos derechos en liza, RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER, M., «Órgano competente y motivación en la determinación de los servicios esenciales en caso de huelga», *RL*, 17, 1990, pág. 23.

⁹⁹ PAREJO ALFONSO, L., en «El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional: a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981», *REDC*, 3, 1981, págs. 175-176. La misma idea se refleja en PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Curso de derechos fundamentales...*, *op. cit.*, pág. 595, cuando afirma que «la ponderación entre derechos, en el marco de una interpretación sistemática de la Constitución es el cauce para establecer, el derecho preferido en el caso concreto, desde la perspectiva del límite del derecho ajeno».

tenerse en cuenta este límite, por encima del cual un derecho fundamental no puede ser restringido. La ponderación de derechos fundamentales así entendida, es la relación entre los Derechos Fundamentales desde sus contenidos esenciales en cuanto derechos»¹⁰⁰.

Al aplicar el referido principio genérico a nuestro supuesto, la clave estriba en que el derecho a la negociación colectiva de los funcionarios públicos no forma parte del contenido esencial de su derecho fundamental de libertad sindical, sino del contenido adicional del mismo.

Entiendo que el artículo 28.1, como fruto de la libertad sindical, reconoce el derecho de los funcionarios a la participación en la determinación de sus propias condiciones de trabajo. Por consiguiente, la determinación gubernamental heterónoma de esas condiciones, *ex* artículo 37.2 LORAP, respeta el contenido esencial de la libertad sindical funcionarial, porque la participación se ha producido en el curso del proceso de negociación, si bien, tras la frustración del mismo, las condiciones de trabajo no se deciden mediante consenso entre funcionarios y Administración pública.

Así pues, al enfrentar el derecho de negociación colectiva con los servicios esenciales para la comunidad, la ponderación se encuentra determinada por el contenido esencial del derecho fundamental de libertad sindical de los funcionarios públicos, matriz de su derecho a la negociación colectiva. Al encontrarse éste extramuros del contenido esencial de aquél, los servicios esenciales imponen su supremacía sobre el derecho de negociación colectiva, de manera que resulta sacrificado al verse sustituido por la determinación gubernamental heterónoma de condiciones de trabajo, *ex* artículo 37.2 LORAP.

La situación es distinta cuando los servicios esenciales deben ser armonizados con el derecho fundamental de huelga; es el supuesto más profusamente estudiado por la doctrina, tanto judicial como científica, expresamente previsto en el artículo 28.2 CE. En este caso el derecho de huelga no se sacrifica, sino que, respetando el contenido esencial de ambos elementos, se mantienen los servicios esenciales de manera que ofrezcan una cobertura mínima de los derechos fundamentales que satisfacen, mientras que la huelga debe albergar suficiente capacidad de presión sobre el empresario¹⁰¹.

¹⁰⁰ BALAGUER CALLEJÓN, M.L., «El contenido esencial del derecho de huelga», *op. cit.*, págs. 125-126. De la misma manera, TORRENTE GARI, S., *El ejercicio del derecho de huelga...*, *op. cit.*, pág. 204, apunta como límite los contenidos esenciales de los derechos, en función de su naturaleza, protección y rango.

¹⁰¹ Por lo tanto, «la consideración de un servicio como esencial no significa la supresión del derecho de huelga de los trabajadores ocupados en tal servicio, sino la previsión de las "garantías precisas" para su mantenimiento, término este que, sin necesidad de recurrir a otro canon hermenéutico que el que brinda la interpretación lexicológica, excluye aquellas garantías ordenadas al funcionamiento normal. Mantener un servicio implica la prestación de los trabajos necesarios para la cobertura mínima de los derechos, libertades o bienes que el propio servicio satisface, pero sin alcanzar el nivel de rendimiento habitual» (STC 53/1986, F. J. 3). Siguiendo la misma línea jurisprudencial, SSTC 27/1989, F. J. 1; 43/1990, F. J. 5; STS 17-5-1989, F. J. 6 (Ar. 3784). La STC 51/1986, F. J. 5, pone de relieve que «en el propio artículo 28.2 de la Constitución se utiliza la expresión mantenimiento, que dista de equivaler lingüísticamente a desarrollo regular del servicio. El criterio restrictivo, favorable al ejercicio del derecho de huelga, ha de tener en cuenta que ésta ha de mantener una capacidad de presión suficiente como para lograr sus objetivos frente a la Empresa, en principio destinataria de la medida de conflicto, pero no debe serle añadida la presión adicional del daño innecesario que sufre la propia comunidad». ALONSO OLEA, M., «Huelga y mantenimiento de los servicios esenciales...», *op. cit.*, pág. 202, explica que asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales para la comunidad «debe ser siempre compensado y equilibrado y siempre atender, en consecuencia a sus dos vertientes: respetar el contenido esencial del derecho de huelga, como fundamental que es, y respetar el derecho esencial también y "prioritario" además de la comunidad a que se mantengan los servicios

Más allá de la perspectiva técnico-jurídica, en torno al contenido esencial de los derechos fundamentales, no cabe duda de que los servicios esenciales para la comunidad gozan de prioridad con respecto al derecho de negociación colectiva de los funcionarios públicos. Creo plenamente aplicable, en este aspecto, la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional subrayando el carácter prioritario de los servicios esenciales frente al derecho de huelga, cuando manifiesta que «el derecho de los trabajadores de defender sus intereses mediante la utilización de un instrumento de presión en el proceso de producción de bienes o servicios, cede cuando con ello se ocasiona o se puede ocasionar un mal más grave que el que los huelguistas experimentarían si su reivindicación o pretensión no tuviera éxito. Es claro que ocurre así cuando se impide o se obstaculiza gravemente el funcionamiento de lo que la Constitución llama "servicios esenciales de la comunidad". En la medida en que la destinataria y acreedora de tales servicios es la comunidad entera y los servicios son al mismo tiempo esenciales para ella, la huelga no puede imponer el sacrificio de los intereses de los destinatarios de los servicios esenciales. *El derecho de la comunidad a estas prestaciones vitales es prioritario respecto del derecho de huelga*»¹⁰².

para ella esenciales». En el mismo sentido, por todos, MARTÍN VALVERDE, A., «El derecho de huelga...», *op. cit.*, pág. 233; OJEDA AVILÉS, A., *Compendio de Derecho sindical, op. cit.*, pág. 211; VIDA SORIA, J./ GALLEGU MORALES, A., en ALZAGA VILLAAMIL, O. (dir.), AA.VV., *Comentarios a la Constitución...*, *op. cit.*, pág. 352. Desde luego, creo que no se trata de que existan determinados servicios que, por ser esenciales para la comunidad, no puedan verse afectados por el derecho de huelga, como indica BARRACHINA, E., *La función pública. Su ordenamiento jurídico*, Parte Especial, II, vol. 1, ed. PPU, Barcelona, 1991, pág. 364, aunque, excepcionalmente, el juicio que se realice ponderando el derecho de huelga y los derechos fundamentales necesitados de la prestación de servicios esenciales, sí que puede llevar a decidir el sacrificio del primero, por ejemplo, en el caso de la UCI de un hospital, como señala SAGARDOY BENGOCHEA, J.A., «La huelga en servicios esenciales de la comunidad», *op. cit.*, pág. 193; en el mismo sentido, GARATE CASTRO, J., «Derecho de huelga y servicios esenciales», *op. cit.*, págs. 19-20; MARTÍN VALVERDE, A., «La doctrina general sobre el derecho de huelga en la sentencia del Tribunal Constitucional 11/1981», en AA.VV., *Jurisprudencia constitucional y relaciones laborales...*, *op. cit.*, pág. 104; RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., «La huelga en los servicios esenciales y el papel de la jurisprudencia constitucional», en AA.VV., *Jurisprudencia constitucional y relaciones laborales...*, *op. cit.*, pág. 120; VIVERO SERRANO, J.B., *La huelga en los servicios esenciales, op. cit.*, págs. 170-172. Con anterioridad a la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional, sosteniendo la no equivalencia entre los términos *mantenimiento* y *funcionamiento*, la jurisprudencia del Tribunal Supremo consideró que ambos escondían el mismo significado: «no es aceptable la distinción que el Tribunal *a quo* hace entre "mantenimiento" y "funcionamiento" del servicio para llegar a consecuencias que no son compartidas por esta Sala de apelación, por entender que los vocablos "mantenimiento" que utiliza el artículo 28.2, y el de "funcionamiento" que emplea el artículo 37 del texto constitucional, referidos ambos para asegurar los servicios esenciales de la comunidad, son conceptos equivalentes de igual significado, utilizados por el legislador indistintamente para expresar en todo caso, que se tomarían las medidas "necesarias" en la Ley que regule el ejercicio del derecho a la huelga, para asegurar los servicios esenciales afectados, debiendo significarse, por otra parte, que incluso el vocablo "mantenimiento" expresa una idea más amplia que la de "funcionamiento" por ser evidente que el mantenimiento de un servicio ferroviario precisa del funcionamiento de determinados elementos técnicos para su conservación y puesta a punto, no están sin funcionar», en palabras de la STS 24-9-1980 (Ar. 3248), cdo. 2. Doctrina que también podemos encontrar en las SSTs 11-7-1980 (Ar. 2950), cdo. 6; 24-9-1980 (Ar. 3249), cdo. 1; 13-10-1980 (Ar. 3745), cdo. 1, y a la que en su momento se adhirió CAMPS RUIZ, L.M., en SALA FRANCO, T. (dir.), AA.VV., *Problemas aplicativos del estatuto de los trabajadores, op. cit.*, pág. 69. Doctrina que se debe entender superada por el posterior criterio mantenido por el Tribunal Constitucional, entendiéndolo *mantenimiento* como nivel de prestación de servicios adecuado a la cobertura mínima de los derechos a satisfacer, en virtud del artículo 5.1 LOPJ (LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial), que dispone lo siguiente: *La Constitución es la norma suprema del ordenamiento Jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos.*

¹⁰² STC 11/1981, F. J. 18. La cursiva es mía. Criterio posteriormente reiterado en las SSTC 51/1986, F. J. 2; 53/1986, F. J. 3; 43/1990, F. J. 5; 123/1990, F. J. 5. El Tribunal Supremo recoge esta doctrina, así, por todas, SSTs 28-9-2001 (Ar. 8598) F. J. 5; 25-4-2002 (Ar. 5008), F. J. 3.

Pues bien, de forma paralela a la doctrina del Tribunal Constitucional, cuando subraya la prioridad del mantenimiento de los servicios esenciales frente al derecho de huelga, sostengo la primacía de los mismos con respecto al derecho de negociación colectiva de los funcionarios públicos. El motivo de fondo es el mismo en ambos supuestos: la supeditación del interés colectivo, privado, al interés público presente en la comunidad ¹⁰³.

3.3. El Gobierno como garante de los servicios esenciales para la comunidad.

Se estudiará, en este apartado, la cuestión del sujeto que debe garantizar la prestación de los servicios esenciales para la comunidad; el agente que debe proceder a la ponderación, descrita en el apartado anterior, entre el derecho de negociación colectiva funcional y el derecho de la comunidad a recibir los servicios para ella esenciales, por satisfacer sus derechos fundamentales y libertades públicas.

En el artículo 37.2 LORAP, el legislador ha encomendado al Gobierno, estatal, autonómico, o local, la labor de determinar las condiciones de trabajo, en el contexto de un conflicto colectivo de intereses entre funcionarios y Administración pública. Por consiguiente, para que la tesis de que la *ratio iuris* de ese precepto consiste en la necesidad de proteger los servicios esenciales para la comunidad sea válida, debemos preguntarnos si es correcto atribuir al Gobierno la función de garantizarlos.

Pues bien, la Constitución no indica quién debe preservar los mencionados servicios. En el artículo 28.1, fuente mediata del derecho de negociación colectiva de los funcionarios, no se mencionan expresamente los servicios esenciales para la comunidad, y, donde la Carta Magna se refiere a los mismos (arts. 28.2 y 37.2 CE), impone a la ley el mandato de que los garantice; ahí va implícita la habilitación, para que sea el legislador quien determine el sujeto al que se atribuye la referida función garantista.

La previsión en orden al mantenimiento de los servicios esenciales en caso de huelga (art. 28.2 CE), encuentra su desarrollo legal en el artículo 10.2 DLRT, que atribuye la función de garantizarlos a la *Autoridad gubernativa* ¹⁰⁴. El Tribunal Constitucional ha convalidado expresamente este precepto preconstitucional, haciéndolo encajar en el artículo 28.2 CE ¹⁰⁵. Se le ha reprochado, al supre-

¹⁰³ El interés público actúa como límite de la autonomía colectiva, como hemos observado *supra*.

¹⁰⁴ El mencionado precepto dice así: *Cuando la huelga se declare en empresas encargadas de la prestación de cualquier género de servicios públicos o de reconocida e inaplazable necesidad y concurren circunstancias de especial gravedad, la Autoridad gubernativa podrá acordar las medidas necesarias para asegurar el funcionamiento de los servicios. El Gobierno, asimismo, podrá adoptar a tales fines las medidas de intervención adecuadas.*

¹⁰⁵ STC 11/1981, F. J. 18, al afirmar que la prescripción legal que estoy tratando «se encuentra en clara correlación con la norma constitucional y no puede por ello ser tildada de inconstitucional. En algún sentido, el artículo 10 del Real Decreto-Ley 17/1977 es más estricto que el artículo 28 de la Constitución, pues no se refiere sólo a servicios esenciales, sino a servicios de reconocida e inaplazable necesidad cuando además ocurren circunstancias de especial gravedad, fórmula esta que no es difícil de englobar en la primera. La última parte del precepto (asegurar el funcionamiento de los servicios y adoptar las medidas de intervención adecuadas), aunque a primera vista pueda parecer algo más amplia que la del artículo 28, se reconduce sin demasiada dificultad al texto constitucional, en el sentido de que los servicios a mantener

mo intérprete de la Carta Magna, que esté avalando la deslegalización de la materia, operada a través del artículo 10.2 DLRT, porque transfiere al Gobierno, en blanco, la responsabilidad del mantenimiento de los servicios esenciales para la comunidad, elemento que el artículo 28.2 CE no reside en el órgano gubernamental, sino en la ley, que deberá ser orgánica (art. 53.1 CE) ¹⁰⁶.

El Tribunal Constitucional ha respaldado decididamente la legitimidad del Gobierno para ostentar la potestad de garantizar los servicios esenciales para la comunidad ¹⁰⁷. También se puede sostener que la atribución de la tarea de garantizar los servicios esenciales al Gobierno es una opción constitucionalmente correcta, pero no la única posibilidad ¹⁰⁸. Creo acertada esta última aseveración, porque el constituyente ni siquiera insinúa tal potestad gubernamental (arts. 28.2 y 37.2 CE).

Por lo tanto, cabe entender que el artículo 37.2 LORAP y el artículo 10.2 DLRT caminan de forma paralela, habilitando al Gobierno para que garantice, de la manera que estime conveniente, los servicios esenciales para la comunidad. El primer supuesto es el objeto de este estudio, mientras que el segundo es el que ha sido profusamente tratado por la doctrina jurisprudencial y científica. Así, pues, en los siguientes apartados analizaré, sobre todo, las valoraciones sobre la intervención del Gobierno en torno al ejercicio del derecho de huelga. Esos argumentos me resultarán plenamente útiles para procurar respaldar mi tesis, en torno a la garantía de los servicios esenciales como *ratio iuris* de la intervención gubernamental *ex* artículo 37.2 LORAP.

3.3.1. La responsabilidad política del Gobierno.

«Es a la autoridad gubernativa a quien corresponde asegurar la preservación de los derechos o bienes constitucionales comprometidos... en un servicio esencial para la comunidad» (STC 233/1997, F. J. 2). Esa función de garantía se atribuye al Gobierno por ser el órgano del Estado que encarna la máxima responsabilidad política (art. 97 CE).

son los esenciales», criterio reiterado con posterioridad (así, SSTC 26/1981, F. J. 8; 233/1997, F. J. 2). Esta manifestación del Alto Tribunal ha recibido algunas críticas, como el elevado voluntarismo que le achaca OJEDA AVILÉS, A., *Compendio de Derecho sindical*, *op. cit.*, pág. 207, o, en tono más agudo, la consideración de que «hemos cegado los ojos para leer el artículo 28.2 de la Constitución allí donde la norma vigente expresa lo que expresa el artículo 10 del Real Decreto-Ley, asistidos en nuestra alucinación por el Tribunal Constitucional y por su fundamentación jurídica de 1981», en opinión de CABEZA PEREIRO, J., «Argumentos sobre el derecho de huelga...», *op. cit.*, págs. 233-234.

¹⁰⁶ En ese sentido, CAMPS RUIZ, L.M., en SALA FRANCO, T. (dir.), AA.VV., *Problemas aplicativos del estatuto de los trabajadores*, *op. cit.*, págs. 56-57; Díez SÁNCHEZ, J.J., *El derecho de huelga de los funcionarios públicos...*, *op. cit.*, págs. 118-119; DURÁN LÓPEZ, F., «El régimen legal de la huelga tras la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981», *RPS*, 134, 1982, pág. 70; SANTAMARÍA PASTOR, J.A., en GARRIDO FALLA (dir.), AA.VV., *Comentarios a la Constitución...*, 3.ª ed., *op. cit.*, pág. 675; GÓMEZ CABALLERO, P., «El derecho de huelga en la función pública», *op. cit.*, págs. 414-415; ORTEGA ÁLVAREZ, L., *Los derechos sindicales de los funcionarios públicos*, *op. cit.*, págs. 192-193.

¹⁰⁷ STC 11/1981, F. J. 18: «Atribuir a la autoridad gubernativa la potestad para establecer las medidas necesarias para asegurar el funcionamiento de los servicios mínimos no es inconstitucional, en la medida en que ello entra de lleno dentro de las previsiones del artículo 28.2 de la Constitución y además es la manera más lógica de cumplir con el precepto constitucional».

¹⁰⁸ Posición que mantiene ALARCÓN CARACUEL, M.R., «Un posible modelo...», *op. cit.*, pág. 253.

Creo, desde luego, que es una decisión de carácter político la que el artículo 37.2 LORAP encomienda al Gobierno, al imponerle la tarea de ponderar los legítimos intereses en juego, pudiendo privar a los funcionarios públicos de su derecho a la negociación colectiva, cuando lo considere como un sacrificio inevitable, en aras a la protección de los servicios esenciales para la comunidad ¹⁰⁹.

En ese sentido, cabe subrayar que en el ejercicio de la facultad de dirección política, corresponde al Gobierno garantizar los derechos de la sociedad, solucionando las situaciones de crisis que se puedan plantear, mediante respuestas políticas rápidas ¹¹⁰.

Se trata de una decisión genuinamente política, de manera que «constituye una garantía de los ciudadanos y de sus derechos fundamentales el que las limitaciones que éstos puedan sufrir, en aras del mantenimiento de los servicios esenciales, hayan de ser establecidas por el Gobierno o por un órgano que ejerza potestad de Gobierno. Y ello es así en atención a que la responsabilidad por la obstaculización de los derechos cívicos, además de ser una responsabilidad jurídica, es también, y es fundamentalmente, una responsabilidad política, que debe ser residenciada por cauces políticos y debe producir los necesarios efectos políticos. Privar a un conjunto de ciudadanos en un caso concreto de un derecho constitucional, como es el reconocido en el artículo 28 de la Constitución, es algo que sólo puede ser llevado a cabo por quien tiene responsabilidades y potestad de gobierno» (STC 26/1981, F. J. 11) ¹¹¹.

¹⁰⁹ Así, «la defensa de la neutralidad y de la responsabilidad política singularizan la identificación subjetiva de la Autoridad competente como condición imprescindible para garantizar el recto uso del ejercicio de la potestad como composición armónica del enfrentamiento de derechos, preservando su ejercicio moderado», como indica TORRENTE GARI, S., «La competencia del Estado y de las Comunidades Autónomas en el establecimiento de servicios mínimos», *RDS*, 1, 1998, pág. 137. MONEREO PÉREZ, J.L. (coord.), AA.VV., *Derecho de huelga y conflictos colectivos...*, op. cit., págs. 277-278, insiste sobre la necesidad de que sea una autoridad política la responsable de mantener los servicios esenciales, sin que, en este ámbito, quepan decisiones unilaterales del empresario o Administración pública empleadora. En ese sentido, la STS 16-10-2001 (Ar. 8605) niega capacidad para determinar los servicios mínimos al Rector de la UNED, por tratarse de una autoridad que carece de la requerida naturaleza política. ZORRILLA RUIZ, M.M., «Garantías precisas para el mantenimiento de los servicios esenciales...», op. cit., pág. 228, en opinión que comparto, califica el mandato constitucional de garantizar los servicios esenciales como competencia de orden público o de seguridad pública. La labor política de garantizar los servicios esenciales para la comunidad concuerda con la idea de que «desde el punto de vista material, el gobierno es una actividad-función política (de configuración social), lo que vale decir de carácter creativo y decisivo en relación con los fines de la comunidad total y los medios para alcanzarlos, comportando el ejercicio del correspondiente poder para su consecución», PAREJO ALFONSO, L., «¿Existe una reserva constitucional de "ejecución"?», *Cuadernos de Derecho Público*, 1, 1997, pág. 32. El Gobierno, cuando garantiza los servicios esenciales, es un «órgano representativo de la sociedad», en expresión de PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., *Derecho sindical español*, 5.ª ed., Tecnos, Madrid, 1994, pág. 331; una «autoridad... gestora del bien común», como indica GARCÍA MURCIA, J., «Huelga en servicios esenciales», *REDT*, 39, 1989, pág. 494. En el mismo sentido, JIMÉNEZ ASENSIO, R., «La dirección de la Administración Pública como función del Gobierno», *REVAP*, 34, II, 1992, recuerda que una de las acepciones clásicas del término *gobierno* gira en torno al bienestar de la sociedad.

¹¹⁰ El ejercicio gubernamental de la previsión contenida en el artículo 37.2 LORAP implica la adopción de una decisión política, de la misma manera que en el supuesto del arbitraje obligatorio ex artículo 10.1 DLRT, como indica MONEREO PÉREZ, J.L. (coord.), AA.VV., *Derecho de huelga y conflictos colectivos. Estudio crítico de la doctrina jurídica*, Comares, 2002, págs. 480-481, quien entiende que se trata de una facultad gubernamental, en función de la valoración política del supuesto de hecho que se realice, ejerciendo la dirección política interior ex artículo 97 CE, como fórmula para garantizar la paz social y los derechos de los ciudadanos.

¹¹¹ El párrafo transcrito se refiere al derecho de huelga. Curiosamente, resulta literalmente útil si entendemos la alusión al artículo 28 de la Constitución de manera amplia, comprendiendo, más allá del derecho a la huelga, el derecho de libertad sindical, en el que se incardina el derecho a la negociación colectiva de los funcionarios públicos. Insistiendo en la responsabilidad política del Gobierno en orden a la garantía de los servicios esenciales, STC 27/1989, F. J. 2, STS 17-5-1989, F. J. 5 (Ar. 3784).

El artículo 37.2 LORAP se dirige al Gobierno del Estado, autonómico, o local, en función del ámbito de la negociación colectiva, y del subsiguiente conflicto colectivo entre funcionarios públicos y Administración. Creo que no cabe la delegación en favor de otros órganos, porque la LORAP, también cuando les encomienda la aprobación expresa y formal (art. 35), se refiere exclusivamente al supremo órgano político de cada entidad territorial: Estado, Comunidad Autónoma, o Entidad Local ¹¹².

Por lo tanto, la decisión política de ejercer la facultad de determinar de las condiciones de trabajo, posibilidad habilitada por el artículo 37.2 LORAP, se enmarca en la responsabilidad exclusiva del Gobierno ¹¹³. Es él quien debe valorar, en función de su percepción del riesgo o erosión que sufran los servicios esenciales para la comunidad, si deja la resolución del conflicto colectivo en manos de las partes contendientes, Administración y funcionarios, o si, por el contrario, materializa la referida prescripción legal, cerrando el conflicto de manera autoritaria, mediante la determinación heterónoma de las condiciones de trabajo.

3.3.2. Responsabilidad del Gobierno y no de la Administración pública.

Hay que distinguir entre las funciones de corte político y las de orden administrativo que desempeña el Gobierno. En lo que respecta al carácter de la intervención gubernamental prevista en el artículo 37.2 LORAP, el Gobierno actúa como órgano político, y no como órgano que dirige la Administración, al estilo del Consejo de administración de una empresa privada.

Por consiguiente, el garante de los servicios esenciales para la comunidad es el perfil político del Gobierno, y no su faceta administrativa. En efecto, «el sujeto de la atribución no es genéricamente la Administración pública, sino aquellos órganos del Estado que ejercen potestades de Gobierno»

¹¹² Distinto es el supuesto de la imposición de servicios mínimos en las huelgas, donde se sostiene que cabe la delegación, siempre que recaiga sobre otro órgano dotado de carácter político. En ese sentido, STC 11/1981, F. J. 18, CRUZ VILLALÓN, J., «La intervención de la autoridad gubernativa...», *op. cit.*, pág. 420; GARATE CASTRO, J., «Derecho de huelga y servicios esenciales», *op. cit.*, págs. 23-24. Así, PALOMEQUE LÓPEZ, M.C./ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., *Derecho del Trabajo*, 10.ª ed., Ceura, 2002, pág. 607, especifica que pueden fijar servicios mínimos los Delegados del Gobierno, pero no los Subdelegados del Gobierno, que sustituyen a los antiguos Gobernadores Civiles, por estar rigurosamente sometidos a los primeros y no ostentar suficiente entidad política; mientras, OJEDA AVILÉS, A., *Derecho sindical*, *op. cit.*, pág. 497, añade las Comisiones Delegadas del Gobierno.

¹¹³ Obviamente, la garantía de los servicios esenciales para la comunidad no puede dejarse en manos de la empresa (en nuestro caso, Administración pública), como indican las SSTC 53/1986, F. J. 5; 27/1989, F. J. 3; 8/1992, F. J. 4; 233/1997, F. J. 2. No coincido con la doctrina del TC, contenida en las tres últimas sentencias mencionadas, en el aspecto de achacar falta de imparcialidad a la empresa. Entiendo que, desde la perspectiva de los servicios esenciales para la comunidad, la empresa (Administración pública) no es parte; las partes son los funcionarios y la comunidad, o, en los supuestos de huelga, huelguistas y comunidad. Por otra parte, en el ámbito del artículo 37.2 LORAP, que estoy estudiando, no tiene cabida el debate suscitado en el ámbito de la huelga, en torno a la necesidad de que el Gobierno, antes de imponer los servicios mínimos, consulte, al respecto, a huelguistas y empresarios, sobre todo a los primeros; en el supuesto que me interesa no hay elemento equiparable a los servicios mínimos, porque la ponderación entre el derecho de negociación colectiva funcional y los derechos satisfechos por los servicios esenciales para la comunidad deriva en el sacrificio del primero.

(STC 26/1981, F. J. 8), de manera que «la facultad de mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad queda así reservada a los órganos de gobierno del Estado, reserva que se convierte en "una garantía de los ciudadanos"» (STC 53/1986, F. J. 5) ¹¹⁴.

3.3.3. La imparcialidad del Gobierno.

Otro aspecto que fortalece la legitimación del Gobierno en el marco del artículo 37.2 LORAP es su carácter imparcial, de manera que actúa como árbitro entre el interés de los funcionarios públicos de negociar sus condiciones de trabajo y el interés de la comunidad en torno a la prestación de los servicios para ella esenciales.

De manera paralela al artículo 37.2 LORAP, en el supuesto del artículo 10.2 DLRT el Tribunal Constitucional ha subrayado «que la decisión sobre la adopción de las garantías de funcionamiento de los servicios no puede ponerse en manos de ninguna de las partes implicadas, sino que debe ser sometida a un tercero imparcial» (STC 11/1981, F. J. 18), de manera que «a la hora de garantizar los servicios esenciales de la comunidad, la autoridad gubernativa no puede velar por los meros intereses empresariales de las empresas o entes que prestan el servicio, sino que su tarea se endereza única y exclusivamente a preservar los derechos o bienes constitucionales que satisface el servicio en cuestión» (STC 233/1997, F. J. 2) ¹¹⁵.

En nuestro caso, donde el Tribunal Constitucional dice «empresa» debemos situar a la Administración pública. *Prima facie*, parece complicado pretender que el Gobierno se muestre imparcial, situándose entre funcionarios y comunidad, sin prestar atención a los intereses de la Administración pública, parte del conflicto, máxime si tenemos en cuenta que intervienen el Gobierno y la Administración pública del mismo ámbito territorial (estatal, autonómico, o local).

¹¹⁴ Doctrina totalmente consolidada del Tribunal Constitucional, reflejada también en las SSTC 11/1981, F. J. 18; 33/1981, F. J. 6; 122/1990, F. J. 2; 233/1997, F. J. 2. En estas resoluciones, el Alto Tribunal se refiere, concretamente, al artículo 10.2 DLRT, en el ámbito de la huelga, consideraciones que entiendo perfectamente extrapolables al objeto de mi tesis, en torno al llamamiento al Gobierno que realiza el artículo 37.2 LORAP. Un buen ejemplo de aplicación de la referida doctrina podemos encontrar en la STS 18-10-2002 (Ar. 10152), donde se declara la incompetencia del director general de correos y telégrafos para establecer los servicios mínimos en caso de huelga, debido a su carácter administrativo, «sin ser "autoridad gubernativa"» (F. J. 4).

¹¹⁵ En la doctrina, son reiterados los pronunciamientos que ponen de relieve la imparcialidad del Gobierno respecto de huelguistas y comunidad, en el ejercicio de la función de garantizar los servicios esenciales, característica que entiendo se repite en el artículo 37.2 LORAP, cuando el Gobierno se sitúa entre la comunidad y los funcionarios protagonistas de un conflicto colectivo de intereses con la Administración. Así, CRUZ VILLALÓN, J., «La intervención de la autoridad gubernativa...», *op. cit.*, pág. 416; GARATE CASTRO, J., «Derecho de huelga y servicios esenciales», *op. cit.*, pág. 17; GARCÍA MURCIA, J., «Huelga en servicios esenciales», *op. cit.*, pág. 494; RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER, M., «Órgano competente y motivación...», *op. cit.*, pág. 23. El contrapunto lo pone ALARCÓN CARACUEL, M.R., «Un posible modelo...», *op. cit.*, págs. 249-250, cuando afirma que el Gobierno no es imparcial, sino parte interesada, porque representa a los usuarios afectados por el conflicto. No coincido con ese parecer, porque entiendo que el Gobierno también debe velar por el derecho de negociación colectiva de los funcionarios, hasta el límite del mantenimiento de los servicios esenciales para la comunidad, e, igualmente, en el supuesto tratado por este último autor, el Gobierno debe tutelar el derecho de huelga.

Pues bien, aunque pueda parecer difícil en la práctica, entiendo que el Gobierno no debe atender a los intereses de la Administración pública, entendida ésta en su vertiente empleadora, como parte del conflicto colectivo frente a los funcionarios ¹¹⁶. En su función de garantizar los servicios esenciales, el Gobierno debe actuar de manera imparcial, sopesando los intereses de los funcionarios y de la comunidad.

La imparcialidad debe traducirse en la necesaria objetividad que debe guiar la apreciación gubernamental de que el conflicto colectivo entre Administración y funcionarios está perjudicando los servicios esenciales para la comunidad. Si el Gobierno, en sede política, así lo aprecia, orillará el derecho a la negociación colectiva de los funcionarios y cerrará el conflicto determinando por sí mismo las condiciones de trabajo, con el objetivo de garantizar los mencionados servicios esenciales (art. 37.2 LORAP).

3.3.4. El Gobierno responsable: estatal, autonómico, o local.

El artículo 37.2 LORAP habilita para la determinación heterónoma de las condiciones de trabajo al correspondiente Gobierno, local, autonómico, o estatal, en función del ámbito del conflicto. Pues bien, para que mi tesis sea válida, todos ellos deberán ser competentes en orden a la preservación de los servicios esenciales para la comunidad. Creo que así es.

En efecto, la politicidad, como principal nota característica, concurre en los Gobiernos de los tres órdenes territoriales mencionados. Todos ellos ostentan responsabilidad política en su respectivo ámbito de actuación, y deben garantizar la prestación de los servicios esenciales para la comunidad.

Así, el Tribunal Constitucional, en el contexto del derecho de huelga, doctrina que entiendo aplicable a nuestro supuesto, al girar el objeto de la misma en torno a los sujetos que deben garantizar los servicios esenciales, ha manifestado que «cuando se trata de servicios, que considerados

¹¹⁶ La problemática es la misma en los supuestos de huelgas de funcionarios, donde se trata de «que las medidas adoptadas velen por la preservación de los derechos y bienes de los ciudadanos y no por los meros intereses empresariales, lo que es aplicable incluso en el supuesto de que la autoridad gubernativa en cuestión llegara a ser la destinataria última de las reivindicaciones de los huelguistas» STC 233/1997, F. J. 3. El mismo criterio se maneja en la STC 27/1989, F. J. 3, en el supuesto de una huelga en el INSALUD. La doctrina destaca la dificultad de que la actuación gubernamental sea realmente imparcial en las huelgas que se desarrollen en las Administraciones públicas, así, CRUZ VILLALÓN, J., «La intervención de la autoridad gubernativa...», *op. cit.*, pág. 417 y ss.; DURÁN LÓPEZ, F., «Servicios esenciales y servicios mínimos en la función pública», en AA.VV., *Seminario sobre relaciones colectivas en la Función Pública*, *op. cit.*, pág. 383; RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M., «El derecho de huelga en los servicios esenciales...», *op. cit.*, págs. 15-16; VALDÉS DAL-RÉ, F., «El derecho de huelga en los servicios esenciales de la comunidad», en AA.VV., *Relaciones sociolaborales...*, *op. cit.*, pág. 337; VIVERO SERRANO, J.B., «Servicios esenciales y Administraciones públicas», en AA.VV., *Las relaciones laborales en las Administraciones públicas...*, *op. cit.*, pág. 197. BLASCO ESTEVE, A., «La huelga de los funcionarios públicos», en AA.VV., *Estudios sobre la Constitución...*, *op. cit.*, pág. 2.649, radical, entiende que la Administración actúa como juez y parte. Comparto, sin duda, la idea de que no es fácil la imparcialidad del Gobierno en estos casos, pero, en sede teórico-jurídica, creo que la Constitución obliga al Gobierno a ser imparcial y no inclinarse hacia la Administración pública. Distinción entre Gobierno y Administración que entiendo clave en este contexto, para contraponer la actividad política del Gobierno como garante de los servicios esenciales, frente al carácter funcionalmente empresarial de la Administración pública.

conjuntamente se comprenden en el área de competencias autonómicas... el velar por su regular funcionamiento corresponde a la titularidad y a la responsabilidad de las autoridades autonómicas» (STC 33/1981, F. J. 5), porque «la autoridad gubernativa con competencias en un determinado servicio es quien mejor puede apreciar si dicho servicio es o no esencial para la Comunidad, en el sentido de si su eventual paralización afecta o menoscaba intereses y bienes constitucionalmente protegidos, siendo obviamente muy superiores las dificultades que una autoridad sin competencias sobre el servicio puede tener para ponderar lo anterior» (STC 233/1997, F. J. 6) ¹¹⁷.

En lo que respecta a la necesaria imparcialidad del Gobierno, se ha dicho con absoluta claridad que «tan imparcial es, en el área de sus respectivas competencias, la autoridad gubernativa del Estado como la autoridad gubernativa de la Comunidad Autónoma» (STC 233/1997, F. J. 3) ¹¹⁸.

En el ámbito local, ha sido el Tribunal Supremo quien ha reconocido la competencia de los alcaldes para garantizar la prestación de los servicios esenciales ¹¹⁹. Tratándose de autoridades políticas, resulta plenamente coherente la atribución a los mismos de la responsabilidad de garantizar los servicios locales esenciales para la comunidad ¹²⁰.

3.4. Los servicios esenciales para la comunidad como cláusula general del Estado Social.

De forma notoria, el estudio de los servicios esenciales, desde la jurisprudencia y la doctrina, se realiza anudado al derecho de huelga. Este hecho puede justificarse porque la huelga representa el peligro más incisivo en torno a los mencionados servicios, lo que conlleva que los operadores jurídicos suelen estudiar ambos elementos conjuntamente.

¹¹⁷ Competencia potencial de los Consejos de Gobierno autonómicos que se reitera en las SSTC 27/1989, F. J. 2; 122/1990, F. J. 2.

¹¹⁸ Aceptando, sin objeciones, la competencia de los Gobiernos autonómicos en la materia, ALONSO OLEA, M./CASAS BAAMONDE, M.E., *Derecho del Trabajo...*, op. cit., págs. 1.063-1.064; Díez SÁNCHEZ, J.J., *El derecho de huelga de los funcionarios públicos...*, op. cit., pág. 122; TORRENTE GARI, S., «La competencia del Estado y de las Comunidades Autónomas...», op. cit., pág. 137.

¹¹⁹ Como podemos constatar en las SSTS 10-5-1986 (Ar. 2363), F. J. 5; 15-4-1987 (Ar. 2946), F. J. 1; 19-7-1989 (Ar. 5393), F. J. 1. En el mismo sentido, ALONSO OLEA, M./CASAS BAAMONDE, M.E., *Derecho del Trabajo...*, op. cit., pág. 1.063-1.064; Díez SÁNCHEZ, J. J., *El derecho de huelga de los funcionarios públicos...*, op. cit., pág. 122; GARCÍA MURCIA, J., «Huelga en servicios esenciales», op. cit., pág. 492.

¹²⁰ Así, PARRA MUÑOZ, J.F., en el reciente trabajo que lleva el significativo título de «Reivindicación de la función política de los gobiernos locales», AA, 5, 2003, pág. 127, subraya que el gobierno local, en el ejercicio de su función política, debe garantizar la prestación de los servicios públicos obligatorios y de todos aquellos que demanden los ciudadanos y constituyan una necesidad real; fórmula que no parece difícil de casar con el concepto de los servicios esenciales para la comunidad. Sin embargo, CRUZ VILLALÓN, J., «La intervención de la autoridad gubernativa...», op. cit., pág. 423, se muestra contrario a la competencia de los Alcaldes de garantizar los servicios esenciales, alegando su falta de imparcialidad, porque tenderían al mantenimiento del servicio local, sin guardar el debido respeto al derecho de huelga. Se trata del debate, ya comentado, en torno a que, más allá de las dificultades, hay que escindir la parte política y la parte empresarial, para que el órgano de Gobierno actúe políticamente. También BAYLOS GRAU, A., *Derecho de huelga...*, op. cit., págs. 181-182, muestra su recelo hacia las competencias municipales en materia de servicios esenciales, y afirma que según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la faceta política y la empresarial son inescindibles. Si nos remitimos a la STC 233/1997, F. J. 3, vemos que se apuesta por lo contrario; por distinguir las dos vertientes, criterio que comparto. OJEDA AVILÉS, A., *Derecho sindical*, 6.ª ed., Tecnos, 1992, pág. 485, también critica la consideración del Alcalde como autoridad gubernativa.

Sin embargo, al abordar el estudio de los servicios esenciales para la comunidad, creo que el panorama resulta más completo si los consideramos como elemento constitucional, directamente ligado a la noción de Estado Social, que impregna, como ésta, toda la Carta Magna.

En efecto, la «garantía de los servicios esenciales, al ser el núcleo esencial del Estado Social de Derecho, subyace a todo el ordenamiento constitucional, habiendo de considerarse presente en todos sus elementos»¹²¹. El concepto político *Estado Social* gira en torno a la intervención del Estado en pro del desarrollo de la sociedad, de manera que «en el Estado Social de Derecho los poderes públicos asumen la responsabilidad de proporcionar a la generalidad de los ciudadanos las prestaciones y servicios públicos adecuados para subvenir sus necesidades vitales, es decir, vela por lo que la doctrina germana ha calificado de "procura existencial" (*Daseinvorsorge*)»¹²².

Por consiguiente, la íntima conexión entre Estado Social y servicios esenciales para la comunidad se evidencia porque «ningún campo y ninguna dimensión de la vida individual y colectiva, ni siquiera el orden de los derechos fundamentales y las libertades públicas, están excluidos de la acción de los poderes públicos»¹²³. Como he estudiado *supra*, los servicios esenciales para la comunidad están dirigidos, precisamente, a la satisfacción de los derechos fundamentales y libertades públicas constitucionales.

El instrumento más directo que utiliza el Estado Social para el cumplimiento de los fines señalados es el de los servicios públicos, los cuales «son el reducto y la parte más estimable del Estado Social. Consiguientemente, defender el buen funcionamiento de aquéllos es asegurar la conquista histórica, hoy constitucionalizada, de éste»¹²⁴.

En lo que respecta a la relación entre servicio público y servicio esencial para la comunidad, he analizado la cuestión más arriba, sosteniendo que no se deben confundir ambos conceptos. Los servicios esenciales para la comunidad, en función de su potencialidad para satisfacer derechos fundamentales y libertades públicas, tienen un perfil característico que los dota de entidad propia, al igual que los servicios públicos, de manera que son diferentes, lo que no obsta a que, a menudo, en un servicio coincidan ambos calificativos jurídicos.

¹²¹ MARTÍN VALVERDE, A., «Los límites del derecho de huelga...», *op. cit.*, pág. 43.

¹²² PÉREZ LUÑO, A.E., *Los derechos fundamentales*, 7.ª ed., Tecnos, 1998, pág. 193. Se trata de «la responsabilización efectiva por las condiciones de vida en sociedad de las estructuras del poder público constituido», en expresión de PAREJO ALFONSO, L., «El Estado social administrativo: algunas reflexiones sobre la "crisis" de las prestaciones y los servicios públicos», *RAP*, 153, 2000, pág. 217. Por su parte, SCHMITT, C., *La defensa de la Constitución*, Tecnos, 1983, pág. 136, nos ilustra sobre la trascendencia del Estado Social de la siguiente manera: «la sociedad convertida en Estado, se transforma en Estado económico, Estado cultural, Estado previsor, Estado bienhechor, Estado benéfico; el Estado resultante de la autoorganización de la sociedad no puede ya separarse realmente de ella y abarca todo lo social, es decir, todo aquello que guarda relación con la convivencia humana. En él no existe ya sector alguno frente al cual pueda observar el Estado una neutralidad incondicional en el sentido de la no intervención». MARTÍNEZ MARÍN, A., *El buen funcionamiento de los servicios públicos...*, *op. cit.*, pág. 17, subraya el sentido del Estado social en torno a la satisfacción de los intereses sociales, mediante los servicios públicos.

¹²³ PAREJO ALFONSO, L., «El Estado social administrativo...», *op. cit.*, pág. 248.

¹²⁴ MARTÍNEZ MARÍN, A., *El buen funcionamiento de los servicios públicos...*, *op. cit.*, pág. 17. Servicios públicos dirigidos a «satisfacer la necesidad humana insatisfecha por la iniciativa privada», según se indica en la página 21 de la misma obra.

Por lo tanto, sabemos que, en principio, tan esencial puede ser un servicio público como otro de carácter privado. Sin embargo, coincido con el criterio de que «los servicios públicos están fuertemente teñidos de interés social... esta nota de interés social, así como su destinación al público en general, les confiere una cierta presunción favorable a la esencialidad de los mismos, o al menos, los sitúa de entrada más cerca del carácter esencial que si se tratara de actividades privadas. Ello no significa que sean por sí mismos y necesariamente servicios esenciales, pero entiendo que su posición de partida al respecto no puede ser la misma que la de las actividades enteramente privadas, y ello sin apartarnos del concepto objetivo de servicios esenciales»¹²⁵.

Teniendo en cuenta que los servicios públicos plasman, en parte, el contenido social del Estado, creo defendible cierta presunción de esencialidad de los mismos, porque estos últimos también están impregnados de carácter social, al servir a los derechos fundamentales y libertades públicas constitucionales, emanados asimismo en el contexto del Estado Social.

Elemento de conexión evidente entre servicios públicos y esenciales es el clásico principio, de origen francés, de la continuidad de los servicios públicos. Esta regla se basa en la idea de que el servicio público es de tal importancia para la colectividad que no puede interrumpirse un solo instante, de manera que la continuidad se erige en una de las características esenciales del mismo¹²⁶. Pues bien, el derecho positivo constitucional vigente ha sustituido el clásico principio de la continuidad de los servicios públicos por el necesario mantenimiento de los servicios esenciales para la comunidad¹²⁷.

La sustitución de principios no se ha producido sobre el mismo centro de imputación normativa. El vigente mandato constitucional de que se presten los servicios esenciales para la comunidad acoge a los servicios públicos esenciales, quedando fuera de su ámbito los que no ostenten el segundo carácter, así como a los servicios esenciales en régimen privado de prestación¹²⁸.

¹²⁵ BLASCO ESTEVE, A., «La huelga de los funcionarios públicos», en AA.VV., *Estudios sobre la Constitución...*, op. cit., págs. 2.642-2.643. La SAN 7-11-2000 (Ar. 2585), F. J. 4, *obiter dicta* entiende que los servicios prestados por los funcionarios públicos tienen carácter esencial para la comunidad. Sosteniendo una posición frontalmente opuesta, VALDÉS DAL-RÉ, F., «El derecho de huelga en los servicios esenciales de la comunidad», en AA.VV., *Relaciones sociolaborales...*, op. cit., pág. 329, niega presunción de esencialidad a los servicios prestados por funcionarios públicos.

¹²⁶ Remitiéndome a un clásico, encontramos la expresión de la trascendencia y de la consiguiente ininterrumpibilidad de los servicios públicos en los siguientes términos: «on aperçoit dès lors la notion de service public: c'est toute activité dont l'accomplissement doit être assuré, réglé et contrôlé par les gouvernants, parce que l'accomplissement de cette activité est indispensable à la réalisation et au développement de l'interdépendance sociale, et qu'elle est de telle nature qu'elle ne peut être réalisée complètement que par l'intervention de la force gouvernante. Cette activité est d'une importance telle pour la collectivité qu'elle ne peut pas être interrompue un seul instant», DUGUIT, L., *Traité de Droit Constitutionnel*, Tome II, troisième ed., Ancienne Librairie Fontemoing & cie., Paris, 1928, pág. 61.

¹²⁷ En ese sentido, ARENILLA SÁEZ, M., *La negociación colectiva de los funcionarios públicos*, ed. La Ley, Madrid, 1993, pág. 197; Díez SÁNCHEZ, J. J., *El derecho de huelga de los funcionarios públicos*, op. cit., pág. 111; ORTEGA ÁLVAREZ, L., *Los derechos sindicales de los funcionarios públicos*, op. cit., pág. 178; SALA ARQUER, J.M., «Las conexiones entre el Derecho Administrativo y el Derecho del Trabajo», en PEDRAJAS MORENO, A. (coord.), AA.VV., *Puntos críticos interdisciplinarios en las relaciones laborales*, Lex Nova, Valladolid, 2000, pág. 184.

¹²⁸ Posición que he defendido al analizar el concepto de servicios esenciales para la comunidad, *supra*. Por ello, discrepo de la opinión de MARTÍNEZ MARÍN, A., *El buen funcionamiento de los servicios públicos...*, op. cit., pág. 49 y ss., porque este autor sostiene que los artículos 28.2 y 37.2 han constitucionalizado el principio de continuidad de los servicios públi-

Desde el ángulo de los servicios esenciales para la comunidad, el binomio Estado Social-servicio público que hemos observado, nos lleva, desde un punto de vista orgánico, ante el ente encargado de la prestación de esos últimos servicios: la Administración pública ¹²⁹. En efecto, «la Administración es la pieza capital en el cumplimiento del principio social propio de ese Estado» ¹³⁰.

Simultáneamente, la mayoría de la actividad de la Administración pública consiste en la prestación de servicios esenciales para la comunidad ¹³¹. El factor humano que posibilita el funcionamiento de la maquinaria administrativa está constituido por los funcionarios públicos, por ello íntimamente unidos a los servicios esenciales, de manera que «ciertamente, no puede decirse que, por definición, todo trabajo desarrollado por funcionarios públicos afecte directamente derechos esenciales de los ciudadanos. Pero lo cierto es que, también por la propia definición y sentido de lo que es la Función Pública en un Estado que se define como "Social", gran parte de las actividades de los funcionarios van a tener una repercusión intensa en el público. Dentro de esa mayoría de actividades afectantes directamente al público habrá un núcleo importante que, además, afecte a derechos esenciales de los ciudadanos» ¹³². En definitiva, «muy pocos servicios (y por consiguiente los funcionarios que en ellos trabajan) van a quedar fuera del ámbito de los servicios esenciales» ¹³³.

cos, de forma coherente con su entendimiento de que todos los servicios públicos son esenciales. Mantengo la discrepancia, por el mismo motivo, con respecto a CASSAGNE, J.C., *La huelga en los servicios esenciales...*, *op. cit.*, pág. 50, cuando afirma que «la fuerza expansiva del principio de continuidad termina por extenderse a la regulación de una serie de actividades de interés general distintas a los servicios públicos tradicionalmente considerados. Nace entonces una nueva categoría: los servicios esenciales». Por su parte, PALOMAR OLMEDA, A., *Derecho de la función pública*, 6.ª ed., Dykinson, 2001, pág. 574, sin distinguir entre ambos conceptos, se refiere, en el contexto de la huelga, a «la necesaria continuidad del servicio público». En el sentido que defiende, RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., «La huelga en los servicios esenciales y el papel de la jurisprudencia constitucional», en AA.VV., *Jurisprudencia constitucional y relaciones laborales...*, *op. cit.*, pág. 122, observa que el nuevo concepto de servicios esenciales para la comunidad supone «un cierto giro copernicano respecto a una visión más anclada en la idea del servicio público».

¹²⁹ Servicio objetivo a los intereses generales que caracteriza y otorga razón de existir a la Administración pública.

¹³⁰ PAREJO ALFONSO, L., *Estado social y Administración pública: los postulados constitucionales de la reforma administrativa*, Civitas, 1983, pág. 110, remitiéndose a FORSTHOFF. En el mismo sentido MARTÍNEZ MARÍN, A., *El buen funcionamiento de los servicios públicos...*, *op. cit.*, pág. 22, refiriéndose al servicio público, afirma que «el régimen jurídico servicial es una necesidad jurídica exigida por una Administración servicial como modo de legitimar su propia existencia en el Estado social y democrático de Derecho».

¹³¹ En ese sentido, DURÁN LÓPEZ, F., «Servicios esenciales y servicios mínimos en la función pública», en AA.VV., *Seminario sobre relaciones colectivas en la Función Pública*, *op. cit.*, pág. 382. SÁNCHEZ MORÓN, M., «Notas sobre la función administrativa en la Constitución...», *op. cit.*, pág. 678, afirma, en términos comparativos, que, como es lógico, la Administración presta un mayor número de servicios esenciales que la empresa privada. Por su parte, MARTÍNEZ MARÍN, A., *Régimen jurídico de los funcionarios*, 2.ª ed., Tecnos, 2001, pág. 107, sostiene que «todos los servicios públicos son esenciales –por esta razón se les ha reservado al sector público en virtud del art. 128.2 de la Constitución–». Mientras, en opinión que comparto, VIVERO SERRANO, J.B., *La huelga en los servicios esenciales*, *op. cit.*, págs. 113-114, indica que los servicios esenciales a los que se refieren, respectivamente, los artículos 28.8 y 128.2 CE son conceptos relacionados, pero diferentes; el primero pretende proteger los intereses de los afectados por el servicio, mientras que el segundo presenta un perfil económico, permitiendo al Estado intervenir en la economía. Por consiguiente, no todos los servicios públicos son esenciales.

¹³² DEL REY GUANTER, S., «Evolución general y problemática fundamental de las relaciones colectivas en la función pública», en AA.VV., *Seminario sobre relaciones colectivas...*, *op. cit.*, pág. 61.

¹³³ GÓMEZ CABALLERO, P., «El derecho de huelga en la función pública», *op. cit.*, pág. 414. En la misma dirección, BORRAJO DACRUZ, E., «El derecho de huelga de los funcionarios públicos en la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril 1981», *REDC*, 2, 1981, pág. 140.

Estamos girando sobre el eje de los servicios esenciales para la comunidad, observando los elementos que se sitúan en torno al mismo, estrechamente relacionados entre sí: Estado Social, servicio público, Administración pública, y funcionarios. Los servicios esenciales cobran sentido en el marco del Estado Social, el cual se materializa, principalmente, a través de los servicios públicos, que son prestados por la Administración pública, como ente instrumental, que se nutre, a su vez, del esfuerzo de los funcionarios.

Con la expresada concatenación de elementos quiero demostrar, uniendo los dos extremos, que a la mayoría de los servicios que prestan los funcionarios les corresponde el calificativo jurídico-constitucional de *esenciales*. Por lo tanto, en el ámbito de la negociación colectiva entre la Administración pública y los funcionarios, las condiciones de trabajo que se discuten, a menudo se referirán a servicios esenciales para la comunidad.

Cuando se frustra la negociación, por no llegar a buen puerto las deliberaciones entre las partes, o porque el Gobierno rechaza el Acuerdo que se le somete para su aprobación, y nos encontramos ante el consiguiente conflicto colectivo, éste afecta directamente a ambas partes negociadoras y, en función de los servicios públicos afectados, a menudo, mediatamente, a los servicios esenciales para la comunidad. Así, estos servicios frecuentemente, sin estar nombrados, laten con fuerza tras el telón del artículo 37.2 LORAP.

En este apartado hemos observado cómo la noción constitucional de los servicios esenciales para la comunidad cobra sentido en el contexto del Estado Social que la propia Norma Fundamental diseña. Por lo tanto, son servicios consustanciales al modelo de Estado constitucionalmente establecido, de manera que, en lo que respecta al concepto de los servicios esenciales, «aunque no se recogiera expresamente en el texto constitucional... conllevaría siempre el mantenimiento de algún tipo de garantías. No por ello se puede afirmar que resulte inútil la referencia constitucional, ya que proporciona el *fundamento jurídico común para acudir a la protección de los mecanismos de la CE para los derechos fundamentales*»¹³⁴.

Asimismo, la necesidad de mantener los servicios esenciales, «es una especificación de la cláusula general con que el artículo 10.1 CE, un *gran desconocido*, asigna al orden político u organización de los poderes públicos el cometido de *hacer respetar, llegado el caso, cuantos derechos constitucionales entren en conflicto*»¹³⁵.

¹³⁴ TORRENTE GARI, S., *El ejercicio del derecho de huelga...*, op. cit., pág. 33. La cursiva es mía. En la misma obra, en la página 189, se vuelve sobre la visión amplia de los servicios esenciales, desde una perspectiva político-administrativa, como actividad básica de formas de convivencia civilizada; instrumento para garantizar las bases del Estado de bienestar. Coincido plenamente con esta concepción política de los servicios esenciales para la comunidad.

¹³⁵ ZORRILLA RUIZ, M.M., «Garantías precisas para el mantenimiento de los servicios esenciales...», op. cit., pág. 228, opinión que comparto.

Por consiguiente, entiendo que la preservación de los servicios esenciales para la comunidad es una exigencia constitucional que subyace al entero articulado de la misma. De manera explícita, la Constitución pone de relieve ese mandato en dos preceptos ¹³⁶: los artículos 28.2 ¹³⁷ y 37.2 ¹³⁸.

¹³⁶ Más allá del matiz entre *mantenimiento* (art. 28.2 CE) y *funcionamiento* (art. 37.2), creo que el concepto de servicios esenciales es idéntico en ambos supuestos. En el mismo sentido, SSTC 11/1981, F. J. 18; 26/1981, F. J. 8; MARTÍN VALVERDE, A., «El derecho de huelga...», *op. cit.*, pág. 235; PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., *Derecho sindical español, op. cit.*, pág. 261.

¹³⁷ No profundizaré ahora en el ya clásico debate, en función del significado que se otorgue a la expresión constitucional *trabajadores*, sobre la aplicabilidad directa del artículo 28.2 CE a los funcionarios públicos, aunque sí manifiesto mi inclinación hacia la postura contraria a la misma, por entender que sólo el párrafo 1 de ese precepto llama, y por su nombre, a los funcionarios públicos. El Tribunal Constitucional se ha mostrado ambiguo cuando ha tocado el tema; en la STC 11/1981, F. J. 13, se refirió al «eventual derecho de huelga de los funcionarios públicos», ambigüedad reiterada en las SSTC 99/1987, F. J. 5, y 126/1992, F. J. 3. En esta última sentencia, el Alto Tribunal hace una mención incidental al derecho de huelga de los funcionarios como derecho fundamental, lo que, a juicio de ALONSO OLEA, M./ CASAS BAAMONDE, M.E., *Derecho del Trabajo...*, *op. cit.*, pág. 1060, que también se mueven en terreno ambiguo, indica que el Tribunal Constitucional se decanta por la inclusión de los funcionarios en el marco del artículo 28.2 CE. Creo que la alusión es tangencial, y no permite extraer semejante conclusión. Sin duda, constituyen abrumadora mayoría los autores que ven a los funcionarios en el marco del artículo 28.2 CE, en ese sentido, podemos citar a BARRACHINA, E., *La función pública. Su ordenamiento jurídico*, Parte Especial, II, vol. 1, ed. PPU, Barcelona, 1991, pág. 348; BAYLOS GRAU, A., *Derecho de huelga...*, *op. cit.*, pág. 71; BLASCO ESTEVE, A., «La huelga de los funcionarios públicos», en AA.VV., *Estudios sobre la Constitución...*, *op. cit.*, pág. 2.628; CANO MATA, A., «La huelga de funcionarios», *RAP*, 93, 1980, pág. 136 y ss; DE LA VILLA GIL, L. E./ GARCÍA BECEDAS, G./ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., *Instituciones de Derecho del Trabajo, op. cit.*, pág. 463 y ss; Díez SÁNCHEZ, J.J., *El derecho de huelga de los funcionarios públicos...*, *op. cit.*, págs. 67-68; DURÁN LÓPEZ, F., «El ejercicio del derecho de huelga en la función pública», *TL*, 9, 1986; FERNÁNDEZ FARRERES, G., «Sobre la ilegalidad de la "retención de haberes" a los funcionarios públicos con ocasión del ejercicio del derecho de huelga (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 1982, Sala 5.ª; ponente: Diego Rosas Hidalgo, ar. 2.984)», *RAP*, 99, 1982, pág. 273; FUERTES SUÁREZ, J.L., «El derecho de huelga en los funcionarios públicos (Comentario a la Sentencia de la Magistratura de Trabajo núm. 4 de Madrid, de 23 de noviembre de 1979)», *REDA*, 24, 1980, pág. 127, en sentido acorde con la sentencia que comenta; SANTAMARÍA PASTOR, J.A., en GARRIDO FALLA (dir.), AA.VV., *Comentarios a la Constitución...*, 3.ª ed., *op. cit.*, pág. 663; GÓMEZ CABALLERO, P., «El derecho de huelga en la función pública», *op. cit.*, págs. 387-388; LÓPEZ GANDÍA, J., «Las relaciones colectivas en el empleo público y la Constitución Española», *Revista de Derecho Público*, 82, 1981, págs. 407-408; MANZANA LAGUARDA, F., *Derechos y deberes de los funcionarios públicos*, ed. Tirant lo blanch, 1996, págs. 242-243; MONEREO PÉREZ, J.L. (coord.), AA.VV., *Derecho de huelga y conflictos colectivos...*, *op. cit.*, pág. 62 y ss.; ORTEGA ÁLVAREZ, L., *Los derechos sindicales de los funcionarios públicos, op. cit.*, pág. 172 y ss.; RODRÍGUEZ RAMOS, M.ª J., *El estatuto...*, *op. cit.*, pág. 361; SALA FRANCO, T., «Administraciones públicas y derechos sindicales: el marco jurídico», en AA.VV., *Administración pública y sindicalismo*, IVAP, Oñati, 1988, págs. 70-71; SÁNCHEZ PEGO, F.J., «La huelga en la función pública y las huelgas judiciales», *DL*, 42, 1994, pág. 101; VALDÉS DAL-RÉ, F., «Los derechos de negociación colectiva y de huelga de los funcionarios públicos», *REDT*, 86, 1997, pág. 858; VIDA SORIA, J./ GALLEGO MORALES, A., en ALZAGA VILLAMIL, O. (dir.), AA.VV., *Comentarios a la Constitución...*, *op. cit.*, pág. 334. Por el contrario, los que sostienen una interpretación técnica del vocablo *trabajadores* del artículo 28.2 CE, junto a los que nos alineamos, son minoría; en esa línea se sitúan DEL REY GUANTER, S., *Estado, sindicatos y relaciones colectivas en la función pública*, INAP, Madrid, 1986, pág. 121; EMBID IRUJO, A., «La problemática actual de la huelga de funcionarios», *op. cit.*, pág. 602; MARTÍN VALVERDE, A., «Los límites del derecho de huelga...», *op. cit.*, pág. 33; MONTOYA MELGAR, A., *Derecho del trabajo*, 23.ª ed, Tecnos, Madrid, 2002, pág. 725.

¹³⁸ En el caso del artículo 37.2 CE, el problema es el mismo que en el artículo 28.2, en torno a si la interpretación del término *trabajadores*, como titulares del derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo, debe comprender, o no, a los funcionarios públicos. Se inclinan por la respuesta negativa, DEL REY GUANTER, S., *Estado, sindicatos...*, *op. cit.*, pág. 121; SALA FRANCO, T./ ROQUETA BUJ, R., *Los Derechos sindicales...*, *op. cit.*, pág. 330. Estos últimos autores sostienen que la problemática que plantea el artículo 37.2 CE, en torno a los funcionarios, es igual a la del artículo 37.1, opinión que comparto, porque ambos apartados del precepto se expresan en los mismo términos, haciendo referencia a los *trabajadores*. Pues bien, considero correcta la interpretación técnico-jurídica de la expresión *trabajadores*, y creo que los funcionarios quedan extramuros del artículo 37.2 CE.

Mi objeto de estudio, en torno al derecho de negociación de los funcionarios públicos, no encuentra anclaje constitucional en ninguno de los dos preceptos citados, sino en el artículo 28.1, raíz del peculiar derecho de libertad sindical de los funcionarios.

Pues bien, entiendo que la exigencia de que se presten los servicios esenciales se encuentra, de manera implícita, en el artículo 28.1 CE ¹³⁹, por lo que debe ser respetada por la actividad sindical de los funcionarios públicos, sea cual sea la forma en que se manifieste, en el ámbito del conflicto colectivo de intereses que nos presenta el artículo 37.2 LORAP ¹⁴⁰.

3.5. Los instrumentos para garantizar la prestación de los servicios esenciales para la comunidad.

La Constitución, cuando se refiere expresamente a los servicios esenciales de la comunidad, remite al legislador el establecimiento de las *garantías precisas* para asegurar su prestación (arts. 28.2 y 37.2 CE) ¹⁴¹. El texto de la Norma Fundamental no aporta ningún criterio auxiliar para delimitar cuáles serán las mencionadas garantías ¹⁴². En todo caso, deberá tratarse de «medios técnicos aptos para componer una colisión entre derechos de rango equiparable» ¹⁴³.

¹³⁹ La misma posición defiende, refiriéndose, específicamente, a la huelga de funcionarios, MARTÍN VALVERDE, A., «Los límites del derecho de huelga...», *op. cit.*, pág. 43, al afirmar que la garantía de los servicios esenciales «es explícita para la "huelga de trabajadores" del artículo 28.2 de la Constitución, no haciéndose referencia a ella, en cambio, en el artículo 28.1 de la norma fundamental, en el que se incardina, de acuerdo con nuestra posición, la huelga de funcionarios. No nos parece dudoso, de todas formas, que entre las limitaciones constitucionales a la huelga en la Administración pública deba figurar esta garantía. Y no sólo en virtud de una interpretación extensiva apoyada en el argumento *a minore ad maius* sino también porque dicha garantía es el núcleo del Estado social, como hemos visto más arriba. En la STS 17-3-1984, cdo. 3 (Ar. 1462), en referencia a un acto del entonces Gobernador Civil fijando servicios mínimos, se indica que esa materia, evidentemente, no se enmarca en el artículo 28.1 CE, sino en el apartado 2 del mismo. Creo que esa afirmación es plenamente válida en el contexto de huelga en el que se realiza, pero no obsta a mi interpretación, más amplia, entendiendo que la garantía de mantener los servicios esenciales se encuentra, de manera implícita, en el artículo 28.1 CE.

¹⁴⁰ Así, OJEDA AVILÉS, A., *Derecho sindical*, 7.ª ed., Tecnos, 1995, pág. 394, al analizar los rasgos generales de la actitud actual del Derecho ante los conflictos colectivos, en perspectiva que trasciende al supuesto estricto de la huelga, indica que el Estado los limita en función de los servicios esenciales para la comunidad.

¹⁴¹ Así, poniendo de relieve que la Constitución encomienda al legislador que garantice los servicios esenciales para la comunidad, imponiendo una clara reserva material de Ley, STS 28-9-2001, F. J. 7 (Ar. 8598).

¹⁴² En un loable esfuerzo exegético, ZORRILLA RUIZ, M.M., «Garantías precisas para el mantenimiento de los servicios esenciales...», *op. cit.*, pág. 228, apunta que «*garantizar* –verbo elegido por el art. 28.2 CE, para expresar el grado de compromiso que el constituyente adquiere con el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad– es una empresa de vuelos más altos que la de *prometer, promover, reconocer o proteger* esa subsistencia. Garantizar es ofrecer la certidumbre –mucho más que la expectativa descomprometida o la confianza difusa– de que esa suerte de tutela va a ser efectivamente conseguida y no se expone a circunstancias que la hagan inviable. Cuando el artículo 28.2 CE menciona las garantías precisas para asegurar tal efecto, quiere decir tres cosas: Una, que, en cuanto precisas, las garantías arbitradas han de ser causalmente bastantes y no discutiblemente eficaces para lograr el fin propuesto. Otra, que el deudor de las garantías ha de facilitarlas para asegurar –no para reducir la intensidad de situaciones de peligro o moderar las agresiones– la obtención de un bien de vida. De ahí que su deber no sea, conforme a la conocida distinción de origen privatista, constitutivo de una *obligación de medios* o de *simple actividad*, sino de *fin*es o de *resultados*, y que haya de satisfacerse íntegramente y en forma específica el interés de los usuarios de los servicios afectados. Ello requiere eliminar los riesgos de que la esperada utilidad se desvanezca a causa de acciones públicas precarias o insuficientes para proveer a esa continuidad».

¹⁴³ VALDÉS DAL-RÉ, F., «El derecho de huelga en los servicios esenciales de la comunidad», en AA.VV., *Relaciones socio-laborales...*, *op. cit.*, pág. 329.

El sujeto que decide las garantías a adoptar en cada supuesto es el Gobierno, en base a su carácter de máximo responsable político (art. 97 CE)¹⁴⁴. A partir de ahí, se puede constatar que «el repertorio de las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales se encuentra en una legislación dispersa y heterogénea»¹⁴⁵.

Las garantías concebidas para hacer frente a la huelga conforman un variadísimo abanico de medidas. Entre otras, pueden mencionarse las siguientes: preaviso, publicidad, conciliación, mediación, arbitraje voluntario, servicios mínimos¹⁴⁶, sustitución de huelguistas, arbitraje obligatorio, nacionalización del servicio, militarización de los huelguistas¹⁴⁷, o declaración del estado

¹⁴⁴ En virtud del silencio constitucional al respecto, algunos autores abogan por las garantías decididas mediante acuerdo entre las partes en conflicto, y por la autorregulación sindical. En ese sentido, GARATE CASTRO, J., «Derecho de huelga y servicios esenciales», *REDT*, 75, 1996, pág. 17; GARCÍA BLASCO, J., *El derecho de huelga...*, *op. cit.*, pág. 117; MARTÍN VALVERDE, A., «El derecho de huelga...», *op. cit.*, pág. 248; OJEDA AVILÉS, A., *Compendio de Derecho sindical*, *op. cit.*, pág. 211; RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M., «Huelga y cierre patronal en la Constitución española», en AA.VV., *Estudios en memoria del Profesor Bayon Chacón*, ed. Tecnos, Madrid, 1980, pág. 446; VALDÉS DAL-RÉ, F., «El derecho de huelga en los servicios esenciales de la comunidad», en AA.VV., *Relaciones sociolaborales...*, *op. cit.*, pág. 332. Pienso que es lícito el plantearse la utilización de garantías emanadas de la autonomía colectiva o de la autodisciplina sindical, pero, en el bien entendido de que su virtualidad depende enteramente de que sean acogidas y avaladas por el Gobierno, responsable político de la cuestión.

¹⁴⁵ VALDÉS DAL-RÉ, F., «El derecho de huelga en los servicios esenciales de la comunidad», en AA.VV., *Relaciones sociolaborales...*, *op. cit.*, pág. 332. En el mismo sentido, BLASCO ESTEVE, A., «La huelga de los funcionarios públicos», en AA.VV., *Estudios sobre la Constitución...*, *op. cit.*, pág. 2.646. El Gobierno podrá hacer uso de «distintos procedimientos», como indica la STC 27/1989, F. J. 2.

¹⁴⁶ Sin duda, los servicios mínimos son la técnica más habitual que utiliza el Gobierno en los servicios esenciales, «la medida más típica», en palabras de GARATE CASTRO, J., «Derecho de huelga y servicios esenciales», *op. cit.*, pág. 16. Ello ha propiciado que desde hace varios años ha venido produciéndose una progresiva confusión –pese a su clara interrelación de fin a medio– entre «servicio esencial» y «servicio mínimo» como denuncia DE LA VILLA GIL, L.E., en, «Servicios mínimos en empresas prestatarias de servicios públicos», *REDT*, 47, 1991, pág. 447. Indeseable circunstancia que también destacan PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., *Derecho sindical español*, *op. cit.*, pág. 336; SALA FRANCO, T., «La huelga en servicios esenciales para la comunidad», *op. cit.*, pág. 14. En efecto, podemos encontrar reglamentos como el Real Decreto 400/2003, de 4 de abril, por el que se establecen las normas para garantizar el funcionamiento de los *servicios mínimos esenciales* del ente público Radiotelevisión Española y de las sociedades estatales «Radio Nacional de España, S.A.» y «Televisión Española, S.A.». La cursiva es mía. En la doctrina científica, autores como MAIRAL JIMÉNEZ, M., *El derecho constitucional a la igualdad en las relaciones jurídicas de empleo público*, CEMCI, 1990, pág. 231; MANZANA LAGUARDA, F., *Derechos y deberes...*, *op. cit.*, pág. 246; RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., «La huelga en los servicios esenciales y el papel de la jurisprudencia constitucional», en AA.VV., *Jurisprudencia constitucional y relaciones laborales...*, *op. cit.*, págs. 127-128, se expresan de manera que parecen considerar a los servicios mínimos como la única manera de materializar el mandato constitucional de garantizar los servicios esenciales, y TORRENTE GARI, S., *El ejercicio del derecho de huelga...*, *op. cit.*, pág. 95, denuncia que el Tribunal Constitucional también lo hace. Por el contrario, con acertado criterio, a mi entender, distinguiendo nítidamente entre el fin y el medio para alcanzarlo, otros afirman que, en función de las circunstancias concurrentes, los servicios esenciales pueden ser garantizados sin necesidad de imponer servicios mínimos; así lo sostienen BAYLOS GRAU, A., *Derecho de huelga...*, *op. cit.*, pág. 109; RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M., en «El derecho de huelga en los servicios esenciales...», *op. cit.*, pág. 13; TORRENTE GARI, S., *El ejercicio del derecho de huelga...*, *op. cit.*, pág. 95.

¹⁴⁷ GARCÍA BLASCO, J., *El derecho de huelga...*, *op. cit.*, pág. 118, y RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M., «Huelga y cierre patronal en la Constitución española», en AA.VV., *Estudios en memoria del Profesor Bayon Chacon*, *op. cit.*, pág. 445, sostienen que la militarización no puede ser utilizada, por suponer la violación del contenido esencial del derecho de huelga. Por su parte, BAYLOS GRAU, A., *Derecho de huelga...*, *op. cit.*, págs. 219-223, defiende que semejante medida sólo puede adoptarse en supuestos de gravedad extrema, en el marco de los estados de alarma, excepción o sitio. El mismo autor estudió profundamente la militarización de los huelguistas en época preconstitucional, en la obra «La militarización de los servicios públicos», *CDT*, 3, 1977.

de excepción ¹⁴⁸. Algunas de las garantías, como el preaviso, la publicidad, y los procedimientos extrajudiciales de resolución de conflictos, son elementos legalmente previstos, que no requieren intervención gubernamental.

Pues bien, entiendo que la previsión del artículo 37.2 LORAP, en orden a la finalización del conflicto de intereses entre funcionarios y Administración pública, cuando afecte a los servicios esenciales, mediante la determinación gubernamental de las condiciones de trabajo controvertidas, constituye, técnicamente, un desarrollo legislativo del mandato constitucional de garantizar los servicios esenciales para la comunidad ¹⁴⁹. Se trata de una más de las garantías que la mencionada legislación dispersa prevé en beneficio de esos servicios fundamentales para la sociedad.

V. CONCLUSIÓN

La correcta inteligencia del escenario dibujado por el artículo 37.2 LORAP, a mi juicio, implica que, tras el fracaso del proceso negociador, por la ruptura de las deliberaciones entre funcionarios y Administración pública, o por la no aprobación gubernamental del Acuerdo alcanzado en la mesa de negociación, se plantea una situación de conflicto colectivo de intereses. Cuando el ambiente de conflicto perjudica a los servicios esenciales de la comunidad se está hiriendo un bien constitucional del máximo nivel, y en ese contexto es donde se abre la puerta a la intervención política del correspondiente Gobierno (estatal, autonómico o local), que determinará las condiciones de trabajo mediante reglamento, o, si se trata de cuestiones sometidas a reserva de ley, presentará un Proyecto de Ley al Parlamento pertinente.

¹⁴⁸ Varios autores colaboran para poder configurar el mosaico de las garantías legales de los servicios esenciales. Así, se debe destacar el estudio profundo de BAYLOS GRAU, A., *Derecho de huelga...*, *op. cit.*, a lo largo de la segunda parte de la obra, y a TORRENTE GARI, S., *El ejercicio del derecho de huelga...*, *op. cit.*, en su capítulo V. Además, cabe mencionar a DE LA VILLA GIL, L.E./ GARCÍA BECEDAS, G./ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., *Instituciones de Derecho del Trabajo*, *op. cit.*, págs. 486-487; DURÁN LÓPEZ, F., «Servicios esenciales y servicios mínimos en la función pública», en AA.VV., *Seminario sobre relaciones colectivas en la Función Pública*, *op. cit.*, pág. 383; GARATE CASTRO, J., «Derecho de huelga y servicios esenciales», *REDT*, 75, 1996, pág. 16 y ss.; OJEDA AVILÉS, A., *Compendio de Derecho sindical*, Tecnos, 1998, pág. 211; PALOMEQUE, M.C., *Derecho del Trabajo*, *op. cit.*, págs. 570-571; MARTÍN VALVERDE, A., «El derecho de huelga...», *op. cit.*, págs. 247-248; VALDÉS DAL-RÉ, F., «El derecho de huelga en los servicios esenciales de la comunidad», en AA.VV., *Relaciones sociolaborales...*, *op. cit.*, pág. 332; VIVERO SERRANO, J.B., *La huelga en los servicios esenciales*, *op. cit.*, pág. 190 y ss.

¹⁴⁹ Cuando se enfrentan el derecho de negociación colectiva funcional, contenido adicional de su derecho de libertad sindical, con los servicios esenciales para la comunidad, resulta jurídicamente admisible el sacrificio del primero, a pesar de que, en el ámbito de la huelga, se defiende el principio de utilizar los instrumentos de garantía de servicios esenciales que resulten menos gravosos para este derecho fundamental. Insistiendo sobre esta última idea, STC 26/1981, F. J. 15; BLASCO ESTEVE, A., «La huelga de los funcionarios públicos», en AA.VV., *Estudios sobre la Constitución...*, *op. cit.*, pág. 2.646; GARATE CASTRO, J., «Derecho de huelga y servicios esenciales», *op. cit.*, pág. 18; GARCÍA BLASCO, J., *El derecho de huelga...*, *op. cit.*, pág. 118; OJEDA AVILÉS, A., *Compendio de Derecho sindical*, *op. cit.*, pág. 211; VALDÉS DAL-RÉ, F., «El derecho de huelga en los servicios esenciales de la comunidad», en AA.VV., *Relaciones sociolaborales...*, *op. cit.*, pág. 330.

El conflicto puede verse acompañado de huelga ¹⁵⁰, o puede no ser así. Uno de los escenarios posibles sería el de la declaración de huelga, frente a la cual podría reaccionar el Gobierno antes de que se haga efectiva ¹⁵¹. En todo caso, creo que, mediando huelga o sin ella, el Gobierno puede hacer uso de la habilitación prevista en el artículo 37.2 LORAP, porque lo determinante es que la situación conflictiva perjudique a los servicios esenciales para la comunidad.

En el contexto conflictivo, la actitud de los funcionarios puede ser muy diversa, en función de las circunstancias de cada caso, pudiendo ser adoptadas medidas de presión frente a la Administración pública, entre otras, en torno a los derechos de libre expresión, manifestación y reunión. La propia situación de conflicto, de muy variadas maneras, puede suponer una erosión efectiva de servicios esenciales para la comunidad, o acarrear un riesgo potencial sobre la prestación de los mismos. El Gobierno debe garantizar los servicios esenciales en ambos casos; tanto cuando sufren un menoscabo real, como cuando se ven potencialmente amenazados ¹⁵². La alteración en la organización y funcionamiento de los servicios públicos esenciales, en los que desempeñan su labor los funcionarios públicos, puede ser suficiente para habilitar la intervención gubernamental ¹⁵³.

Si comparamos la situación descrita en nuestra tesis con el régimen jurídico previsto para los trabajadores sometidos a contrato laboral, observamos que la regulación es diferente.

En el supuesto de los trabajadores, el conflicto colectivo de intereses derivado del fracaso en la negociación colectiva, por sí mismo, aunque se produzca en el seno de servicios esenciales para la comunidad, no legitima ningún tipo de intervención heterónoma, sino que la gestión del conflicto queda en el ámbito de la autonomía colectiva de trabajadores y empresarios. Los artículos 25 y 26 del DLRT regulaban el laudo de obligado cumplimiento, figura que consistía en la resolución vinculante de los poderes públicos como vía para zanjar el conflicto derivado del fracaso negocial. Es

¹⁵⁰ En este sentido, DEL REY GUANTER, S., «Evolución general y problemática fundamental de las relaciones colectivas en la función pública», en AA.VV., *Seminario sobre relaciones colectivas...*, *op. cit.*, pág. 64, destaca que, estadísticamente, la gran mayoría de las huelgas girarán en torno a la negociación de Acuerdos y Pactos, o en el contexto de su aplicación o interpretación.

¹⁵¹ Así, puede ser perfectamente aplicable al supuesto del artículo 37.2 LORAP la siguiente reflexión: «entre el ejercicio colectivo del derecho de huelga (declaración de la huelga) y el ejercicio individual del mismo ha de mediar un tiempo mínimo durante el cual la autoridad gubernativa podrá dictar, cuando entienda que la huelga anunciada afecta a los servicios esenciales de la Comunidad, una resolución», STC 123/1990, voto particular del Magistrado RUBIO LLORENTE, F.

¹⁵² En este sentido, BALLESTER PASTOR, M. A., *El arbitraje laboral...*, *op. cit.*, pág. 55, afirma que «independientemente del sistema de relaciones laborales ante el que nos encontremos, resulta generalizada la idea de que la intervención administrativa en el conflicto se justifica cuando concurre una situación de emergencia cuya existencia es objeto de un análisis particularizado por los órganos encargados de aplicarlo, ya sea con fundamento en el perjuicio que de hecho está ocasionando la huelga, ya sea por el riesgo potencial que, de llevarse a cabo, ocasionaría». La misma idea de responder tanto ante el daño efectivo como frente al riesgo de que se produzca puede ser observada en la STC 11/1981, F. J. 18, cuando se refiere al mal que se ocasiona o se puede ocasionar a los servicios esenciales para la comunidad.

¹⁵³ En ese sentido, la STS 15-2-2002 (Ar. 3560), F. J. 3, afirma que «ha de considerarse integrados en la idea de esencialidad aquellos servicios que sin constituir directamente una prestación, sin embargo garantizan la propia necesidad organizativa del Ayuntamiento, ya que a través de esa organización es como se pueden satisfacer de manera inmediata intereses generales esenciales».

notorio el paralelismo en la *ratio iuris* del laudo de obligado cumplimiento con respecto a la intervención del Gobierno prevista en el artículo 37.2 LORAP. La diferencia estriba en que este último precepto se encuentra plenamente vigente, mientras que el laudo regulado en la LORAP fue declarado inconstitucional hace más de veinte años (STC 11/1981, F. J. 24), por violar el derecho a la negociación colectiva, *ex* artículo 37.1 CE ¹⁵⁴.

Creo, desde una perspectiva técnico-jurídica, que la diferencia apuntada se encuentra plenamente justificada. El derecho de negociación colectiva de los funcionarios públicos se reconoce en la LOLS, en desarrollo del artículo 28.1 CE, el cual, en virtud de la libertad sindical peculiar que proclama a favor de los funcionarios, obliga a que se les permita, de uno u otro modo, participar en la determinación de sus propias condiciones de trabajo. Por consiguiente, entiendo como peculiaridad la regulación contenida en el artículo 37.2 LORAP, cuando recoge la circunstancia de que el conflicto de intereses que perjudique a los servicios esenciales para la comunidad puede ser resuelto, de forma expeditiva, por el Gobierno, quien establecerá las condiciones de trabajo discutidas, sacrificando el derecho a la negociación colectiva de los funcionarios públicos.

Las peculiaridades de la libertad sindical funcional no pueden afectar al contenido esencial de la misma, dentro del cual no está el derecho de negociación colectiva, y encuentran su justificación en la naturaleza de la actividad de la Administración pública (art. 103.1 CE), como instrumento dirigido a servir objetivamente los intereses generales, circunstancia esta muy estrechamente unida al concepto de los servicios esenciales para la comunidad.

El artículo 37.2 LORAP establece el régimen funcional peculiar, con respecto a los trabajadores, consistente en que el conflicto colectivo de intereses que afecte a servicios esenciales para la comunidad legitima la intervención del Gobierno, *mediando huelga de los funcionarios o sin ella*. Aunque no haya una huelga efectiva que esté interrumpiendo servicios esenciales, la habitual trascendencia pública de los servicios prestados por funcionarios lleva al legislador a procurar la protección de los mismos frente a alteraciones que puedan producirse en el contexto de un conflicto. Aunque no haya huelga explícita, la perturbación puede producirse por la convocatoria de la misma, la inminencia de esa convocatoria, o la adopción por parte de los funcionarios de medidas conflictivas de muy distinto signo, que proyecten una imagen a la sociedad de que los servicios esenciales no están garantizados ¹⁵⁵.

¹⁵⁴ «En el caso de los artículos 25 b) y 26, ni se trata propiamente de un arbitraje, ni aunque fuera así, concurren los elementos justificativos de la restricción que al derecho de negociación pueden establecerse sin afectar al contenido constitucional definido en el artículo 37 de la Constitución». Los funcionarios públicos no gozan del paraguas protector del artículo 37.1 CE, que no les es aplicable, por lo tanto, el artículo 37.2 LORAP difícilmente podrá transgredir el mencionado precepto constitucional.

¹⁵⁵ En ese sentido, MONEREO PÉREZ, J.L. (coord.), AA.VV., *Derecho de huelga y conflictos colectivos...*, *op. cit.*, pág. 274, se refiere a la experiencia comparada, donde se utilizan medidas preventivas para encontrar solución a los conflictos antes de que estalle la huelga en los servicios esenciales para la comunidad.

Mientras, en el caso de los trabajadores, la protección de los servicios esenciales para la comunidad se limita a los supuestos en los que concurra huelga y se vean materialmente interrumpidos, circunstancia que habilita la activación de la previsión contenida en el artículo 10.1 DLRT, de manera que el Gobierno imponga un arbitraje obligatorio como modo autoritario de finalización de la huelga.

Así, concluyo reiterando que son los servicios esenciales para la comunidad el límite sustancial del derecho a la negociación colectiva de los funcionarios públicos, límite no explícito, sino de carácter inmanente ¹⁵⁶, tanto en el artículo 28.1 CE, como en el artículo 37.2 LORAP, que lo desarrolla, habilitando la intervención del Gobierno como garantía de los servicios esenciales para la comunidad ¹⁵⁷.

En fin, la imprescindible garantía de los servicios esenciales para la comunidad debe ser entendida como la versión moderna del viejo aforismo, atribuido hace veinte siglos al pensador humanista Marco Tulio CICERÓN, que proclama *salus populi suprema lex est*.

¹⁵⁶ Límite inmanente del derecho fundamental de libertad sindical funcional, en el sentido de límite implícito.

¹⁵⁷ Desde el punto de vista histórico, PARADA VÁZQUEZ, J.R., *Sindicatos y asociaciones de funcionarios públicos*, Tecnos, 1968, pág. 158, subraya que el tradicional principio de continuidad de los servicios públicos impedía la actividad sindical de los funcionarios públicos. Como he comentado más arriba, el clásico principio de continuidad del servicio público se ha visto sustituido por el mandato constitucional de que se presten los servicios esenciales para la comunidad, que ahora cumple el muy similar cometido de limitar la actividad sindical de los funcionarios públicos.