

LOS DERECHOS COLECTIVOS EN EL ÁMBITO DE LA POLICÍA LOCAL: LIBERTAD SINDICAL, HUELGA Y NEGOCIACIÓN COLECTIVA

(Texto Provisional)¹

Javier Barcelona Llop
Universidad de Cantabria

I. INTRODUCCIÓN	1
II. LIBERTAD SINDICAL	2
III. DERECHO DE HUELGA	17
IV. NEGOCIACIÓN COLECTIVA	21

¹ Quiero recalcar que el presente es un texto estrictamente provisional, en absoluto cerrado ni en cuanto al fondo ni en cuanto a la forma, y que por lo tanto constituye una primera y somera aproximación a la temática indicada en el título.

I. INTRODUCCIÓN

En España existen cuerpos de policía en tres niveles territoriales distintos, estatal, autonómico y municipal. Aun habría que añadir el escalón supramunicipal previsto en la Disposición Adicional 5.^a de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (en adelante, LOFCS), introducida por la Ley Orgánica 16/2007, de 13 de diciembre; pero como desconocemos la vida práctica que aguarda a la posibilidad prevista en dicha norma, conformémonos con aludir a los niveles territoriales tradicionales.

El artículo 4 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante, EBEP) precisa que sus disposiciones sólo se aplicarán directamente al personal de las fuerzas y cuerpos de seguridad cuando así lo disponga aquella legislación específica, pero con una destacada excepción; según el artículo 3.2, “[l]os Cuerpos de Policía Local se rigen también por este Estatuto y por la legislación de las Comunidades Autónomas, excepto en lo establecido para ellos” en la LOFCS. Se observa, en consecuencia, un acusado contraste entre las fuentes normativas reguladoras del régimen estatutario de los funcionarios de policía local y las que disciplinan el de los demás funcionarios de policía que, al igual que aquellos, integran cuerpos de naturaleza civil.

¿Por qué motivo el EBEP establece la mencionada diferencia? A la vista del Informe de la Comisión para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público (en lo sucesivo, el Informe de la Comisión) parece que la razón hay que buscarla en que la legislación aplicable a las policías locales regula sólo muy limitadamente el régimen funcional de sus miembros. Entiendo, con todo, que es posible avanzar una razón adicional. En algún aspecto ciertamente importante, el estatuto de los policías locales se aproxima y aun se asemeja al de los funcionarios civiles no policiales. La LOFCS parte de considerar que los locales son verdaderos cuerpos de policía y, de hecho, su exposición de motivos afirma que “se atribuyen a las policías locales las funciones naturales y constitutivas de toda policía” [IV, d)]; sin embargo, las contempla desde una perspectiva particular, al menos en relación con un punto fundamental, cual es el del ejercicio de los derechos de libertad sindical. Sobre este aspecto volveré más adelante, ahora quisiera indicar únicamente que, ya en la propia legislación policial estatal, las policías locales presentan algún elemento diferencial de importancia y quizá indicativo de que en el paisaje general aquellas ocupan una posición particular que ha podido justificar su mención autónoma en el EBEP de la forma que ha quedado señalada. Sea como fuere, dicha mención acredita que tal posición particular ha salido reforzada; desde una perspectiva de conjunto, el estatuto de los policías locales se parece bastante al de los demás funcionarios al servicio de la Administración local, siquiera sea preciso mencionar ya en este momento que no cabe pasar por alto que la índole de las funciones asignadas a los primeros debe permitir introducir ciertas especialidades cuya pertinencia debemos reconocer en términos institucionales.

Puesto que hemos de detenernos en el tema de los derechos colectivos en el ámbito de la policía local, importa precisar que la remisión que hace el artículo 3.2 EBEP a la legislación autonómica y a la LOFCS debe ser relativizada. La citada Ley Orgánica bien poco dice sobre la materia salvo la referencia que se acaba de comentar y, como es sabido, la prohibición del derecho de huelga. En cuanto a las leyes autonómicas, debemos tener en cuenta que hablamos de derechos de los funcionarios, por lo que la competencia exclusiva del Estado para regular las bases del régimen jurídico de los mismos es clara en virtud de lo dispuesto en el artículo 149.1.18 de la Constitución, bases que son justamente las que contiene el Estatuto. Las Comunidades Autónomas podrán legislar sobre la materia exactamente en los mismos términos en que puedan hacerlo a propósito de los derechos colectivos de los funcionarios autonómicos o locales, pero nada más. Señalo esto para indicar que la competencia autonómica en materia de coordinación de las policías locales (u ordenación, en la terminología del vigente Estatuto de Cataluña) no es título que habilite para desconocer lo dispuesto por la norma estatal básica sobre función pública.

En cuanto a los derechos colectivos en los que hemos de detenernos, recordemos que el artículo 15 EBEP enumera los siguientes: libertad sindical, negociación colectiva y participación en la determinación de las condiciones de trabajo, huelga con garantía del mantenimiento de los servicios esenciales, planteamiento de conflictos colectivos de trabajo y reunión. Todos sin importantes, sin duda, pero quizá los tres primeros sean los más interesantes desde el punto de vista del análisis jurídico. Me referiré, pues, a ellos, aunque con una referencia sucinta al derecho de reunión, referencia de orden más bien instrumental como se verá, y alterando el orden de la enumeración legal.

Concluyo estas líneas introductorias señalando dos puntos de índole diferente.

Primero. En España existen unos 1.900 cuerpos de policía municipal, cifra que considero muy elevada por razones que no voy a comentar ahora pues no quisiera hacer incursiones que distraigan del camino principal.

Pero que haya tantos cuerpos de policía local no obsta a que en la mayoría de municipios españoles, que son algo más de 8.100, no exista cuerpo de policía local; ello determina que la legislación contemple que otros agentes desempeñen funciones de custodia y vigilancia de bienes e instalaciones públicas, que deben ser funcionarios; pero estos funcionarios no son policías, de ahí que el régimen de sus derechos colectivos sea el general². Por la misma razón (no son policías), los con frecuencia llamados agentes de movilidad disfrutan de sus derechos colectivos en los mismos términos que el resto de los funcionarios civiles; es cierto que realizan funciones que, tradicionalmente, han correspondido a la policía local y que incluso pueden considerarse clásicas dentro de las de la policía³ pero, al estar al margen de las fuerzas y cuerpos de seguridad, las eventuales singularidades que podamos identificar no les afectan⁴.

Segundo. El fenómeno de la penetración en el ámbito de la función pública de ideas, criterios y principios cuyo nicho originario se encuentra en el mundo de las relaciones laborales es bien conocido. No hemos de detenernos en él, pero cabe recordar que entre las razones que se aducen para explicarlo es la convivencia real y efectiva en el empleo público del colectivo funcional y el laboral, y que si en ocasiones las tareas que realizan funcionarios y laborales son parecidas o incluso las mismas, no hay razón que justifique que el régimen jurídico del personal sea muy diferente. Sea o no así, ninguna de tales razones puede esgrimirse para laboralizar más allá de lo estrictamente indispensable el régimen de la función pública policial. Hemos de ser conscientes de que no hablamos de funcionarios comunes u ordinarios, sino muy cualificados en razón de las misiones que tienen asignadas. La perspectiva funcional, la perspectiva de los cometidos encomendados a la policía, es a mi juicio esencial y en ningún momento debe perderse de vista.

II. LIBERTAD SINDICAL

Los textos internacionales parten inequívocamente de que los funcionarios de policía deben disfrutar del derecho a la libertad sindical, sin perjuicio de la posibilidad de introducir ciertas restricciones legales cuyo alcance corresponde fijar a los Estados. Son así muy claros los artículos 22 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos⁵ y 8 del Pacto internacional de derechos económicos sociales y culturales⁶, ambos de 1966. En nuestro

² La condición de funcionarios de dichos agentes (auxiliares, alguaciles, vigilantes...) es obligada. Lo era antes del EBEP en atención a lo dispuesto en el derogado artículo 92 LRBRL, y lo sigue siendo después a la vista del tenor de la Disposición Adicional Segunda del Estatuto. Es notorio que la vigilancia y custodia de los bienes e instalaciones públicas presupone ejercicio de autoridad; que no pocas leyes autonómicas coordinación de las policías locales asignen a dichos individuos la condición de agentes de la autoridad no es sino la confirmación jurídico-positiva de una evidencia conceptual.

³ Que el control del tráfico rodado es una función clásica de la policía de seguridad podría argumentarse doctrinalmente. Bástenos, sin embargo, con una referencia legislativa. En virtud de la Ley Orgánica 6/1997, de 15 de diciembre, se transfieren a la Comunidad Autónoma de Cataluña competencias ejecutivas en materia de tráfico y circulación de vehículos a motor. La exposición de motivos de la norma subraya precisamente tal circunstancia y hace de ella la justificación de la transferencia:

“La susceptibilidad de la transferencia de las facultades de ejecución de la legislación del Estado en materia de tráfico se explica con facilidad en el caso de la Comunidad Autónoma de Cataluña. En efecto, en la organización administrativa estatal la ordenación del tráfico y la protección del orden público y de la seguridad ciudadana han estado tradicionalmente reunidas en el mismo Departamento ministerial y encomendadas a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

Pues bien, hay que recordar, en este sentido, que el propio artículo 13 del Estatuto autoriza a la Generalidad de Cataluña a crear una policía autónoma, a la que corresponden, entre otras funciones, la protección de las personas y bienes y el mantenimiento del orden público.

En desarrollo de dicha previsión estatutaria, y en el marco de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, el Parlamento de Cataluña creó y reguló la Policía de la Generalitat-Mossos d'Esquadra.

De lo expuesto se deduce que la Comunidad Autónoma de Cataluña cuenta, por atribución estatutaria, con una competencia en materia de seguridad ciudadana, que la tradición administrativa vincula a la de tráfico, y dispone además de una policía autonómica que constituye la infraestructura indispensable para el ejercicio de las funciones de ejecución de la legislación del Estado en materia de tráfico y circulación de vehículos que son el objeto de la presente Ley Orgánica de transferencia”.

⁴ Recuerdo que la figura de los agentes de movilidad, así llamados o de otra manera, trae causa del apartado 3 del artículo 53 LOFCS, añadido por la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre. El párrafo primero de dicho apartado dice lo siguiente: “[e]n los municipios de gran población podrán crearse, por el Pleno de la Corporación, Cuerpos de funcionarios para el ejercicio exclusivo de las funciones previstas en el párrafo b) del apartado 1 [ordenar, señalizar y dirigir el tráfico en el casco urbano, de acuerdo con las normas de circulación]. Dichos funcionarios no se integrarán en las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, y en el ejercicio de esas funciones tendrán la consideración de agentes de la autoridad, subordinados a los miembros de los respectivos Cuerpos de Policía Local”. El precepto concluye afirmando que los funcionarios integrantes de los cuerpos referidos se regirán por las normas generales de la función pública.

⁵ “1. Toda persona tiene derecho a asociarse libremente con otras, incluso el derecho a fundar sindicatos y afiliarse a ellos para la protección de sus intereses. 2. El ejercicio de tal derecho sólo podrá estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás. El presente artículo no impedirá la

ámbito regional, el artículo 5 de la Carta Social Europea acepta que las leyes nacionales determinen la medida en que las garantías de la libertad sindical que el precepto establece se aplican a la policía⁷, habiendo indicado el Comité Europeo de Derechos Sociales que de la norma y de sus trabajos preparatorios se deduce que si se permite que los Estados limiten la libertad sindical de los policías, aquellos no están autorizados para privar a éstos de la totalidad de garantías que dicha libertad protege; los funcionarios de policía, dice el Comité, deben beneficiarse de los privilegios sindicales esenciales, como el derecho a negociar sus salarios y condiciones de trabajo y la libertad de reunión. Ideas parecidas figuran en otros textos que son de importancia jurídica menor en la medida en que constituyen soft law y carecen de fuerza obligatoria, sin perjuicio de su elevado valor simbólico, de su prestigio y, por ello mismo, de su potencial capacidad de influencia en los sistemas jurídicos nacionales⁸.

En nuestro ordenamiento, el precepto de cabecera es el artículo 28.1 de la Constitución que, por un lado, permite al legislador limitar o exceptuar el ejercicio del derecho de sindicación a las fuerzas o institutos armados y a los cuerpos sometidos a disciplina militar, y, por otro, le emplaza a regular las peculiaridades del ejercicio del derecho para los funcionarios públicos, peculiaridades éstas igualmente aludidas en el artículo 103.3 de la propia Constitución. El artículo 28.1 confiere al legislador la posibilidad de limitar o exceptuar el ejercicio del derecho de sindicación a las fuerzas e institutos armados o a los cuerpos sometidos a disciplina militar, pero no contiene al respecto un mandato de obligado cumplimiento. Ningún obstáculo constitucional impediría que el derecho a la sindicación de los funcionarios integrantes de dichos colectivos tuviera el mismo contenido que el de los demás funcionarios, que estuviera no limitado o exceptuado, sino únicamente sometido a las peculiaridades previstas para el conjunto de los funcionarios civiles. Por lo demás, es llamativo que la Constitución haya remitido al legislador la adopción de las decisiones fundamentales sobre el particular, a diferencia del criterio mucho más riguroso adoptado para los jueces, magistrados y fiscales en activo, a los que el artículo 127.1 priva directamente de la libertad sindical.

En cualquier caso, debe quedar claro que el artículo 28.1 de la Constitución contempla dos operaciones distintas: la de limitar o exceptuar el ejercicio del derecho de sindicación y la de regular las peculiaridades del mismo. El legislador está obligado a ejecutar la segunda en relación con los funcionarios públicos en general y habilitado a ejecutar la primera a propósito de las fuerzas o institutos armados y de los demás cuerpos sometidos a disciplina militar. Cuáles sean unos u otros, es extremo que la ley debe aclarar, que dispone en este punto de un cierto margen de maniobra aunque no ilimitado; recuérdese el principio de interdicción de la arbitrariedad del legislador, deducible del inciso final del artículo 9.3 de la Constitución. Como es sabido, la LOFCS califica a todos los cuerpos policiales de institutos armados, aunque sólo sujeta a uno a la disciplina militar (la Guardia Civil) y afirma la naturaleza civil de todos los demás.

Centrándonos en las policías locales, los derechos sindicales de sus miembros son los mismos que los de los demás funcionarios civiles de régimen común. Prudentemente, la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical (en adelante, LOLS) mantuvo al respecto un discreto silencio, remitiéndose a la legislación policial específica (artículo 1.5). Ésta, es decir la LOFCS, propicia aquella asimilación mediante una especie de carambola jurídica. Según su artículo 52.2,

imposición de restricciones legales al ejercicio de tal derecho cuando se trate de miembros de las fuerzas armadas y de la policía”.

⁶ El precepto señala que los Estados partes se comprometen a garantizar los derechos de fundación y afiliación sindical, de federación y confederación de las organizaciones sindicales, de los sindicatos a funcionar sin obstáculos y sin otras limitaciones que las previstas en la ley, amén de justificadas, así como el derecho de huelga. Y añade, “[e]l presente artículo no impedirá someter a restricciones legales el ejercicio de tales derechos por los miembros de las fuerzas armadas, de la policía o de la Administración del Estado”.

⁷ El precepto señala que el derecho de todos los trabajadores a asociarse libremente a organizaciones nacionales o internacionales para la protección de sus intereses económicos y sociales no obsta a que la legislación nacional determine la medida en la que dicho derecho se aplica en el sector de la policía.

⁸ La Declaración sobre la Policía, adoptada por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa el 8 de mayo de 1979, establece que los funcionarios de policía deben poder constituir organizaciones profesionales, afiliarse a ellas y participar activamente en las mismas, sin perjuicio de que puedan jugar un papel activo en otras organizaciones. Dichas organizaciones profesionales, siempre que sean representativas, deben poder intervenir en negociaciones relativas al estatuto profesional de los funcionarios de policía, ser consultadas sobre la gestión de los cuerpos de policía e intervenir en toda acción judicial para el provecho de un funcionario de policía o de un grupo de funcionarios de policía. Cabe recordar igualmente que el Código Europeo de Ética de la Policía, adoptado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 19 de septiembre de 2001, precisa que los funcionarios de policía deben beneficiarse del derecho sindical o de participar en instancias representativas. La interpretación oficial del texto precisa que, sin pretender ir más lejos de lo dispuesto en la Carta Social Europea, la libertad sindical de los policías puede limitarse, aunque sin prohibir la creación de órganos representativos propios, y admite que, como sucede en determinados Estados, se prevea la existencia de organizaciones compuestas únicamente por policías.

“Por lo que respecta al ejercicio de los derechos sindicales y en atención a la especificidad de las funciones de dichos Cuerpos [de policía local], les será de aplicación la Ley que se dicte en cumplimiento de lo establecido en la disposición adicional segunda, apartado 2, de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical”.

Del precepto transcrito me ha llamado siempre la atención el inciso en atención a la especificidad de sus funciones, pero ahora quiero limitarme a dejar constancia del resultado al que ha conducido la referida remisión legal. La Ley, inexistente a la sazón, a la que el artículo 52.2 LOFCS reenvía resultó ser la 9/1987, de 12 de junio, hoy derogada por el EBEP aunque en parte superviviente de forma transitoria. Es sabido que esta Ley, que excluyó de su ámbito de aplicación a los miembros de las fuerzas de policía, excepción hecha de los de los cuerpos locales, se limitó a regular los temas relacionados con los órganos de representación y la determinación de las condiciones de trabajo, resultando en todo lo demás de aplicación al personal comprendido dentro de su ámbito lo dispuesto en la LOLS; por tal motivo, el diseño jurídico de los derechos sindicales no ha diferido formalmente del de los demás funcionarios civiles de régimen común, excepción hecha de lo relativo al derecho de huelga, que la LOLS considera comprendido en la libertad sindical. Por lo indicado al principio, la situación no ha sido modificada por el EBEP, directamente aplicable al ámbito de la policía local a salvo de lo que pueda deducirse de la LOFCS.

Creo que este es un punto que debe resaltarse. Frente al régimen de los derechos sindicales de los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía –también instituto armado de naturaleza civil–, con serias restricciones de afiliación y de constitución de organizaciones sindicales, por lo demás circunscritas a la *defensa de sus intereses profesionales*, y con posibilidades limitadas de acción sindical en tanto en cuanto que no disponen propiamente de derecho a la negociación colectiva, los policías locales disfrutaban de un régimen que, por comparación al de los nacionales, podríamos sin duda calificar de *privilegiado*. Situación que, insisto, el legislador justifica en la *especificidad de las funciones* de los cuerpos locales; no obstante, debemos reconocer que, a más de veinte años vista de la aprobación de la LOFCS, la dinámica normativa ha terminado por privar de sustancia al fundamento basado en la especificidad funcional de los cuerpos locales. Cualquiera que sea ésta, lo cierto es que los funcionarios de las policías autonómicas en efecto existentes disfrutaban de un régimen sindical muy parecido o idéntico al de los miembros de las policías locales a pesar de que sus funciones no difieren mucho de las del Cuerpo Nacional de Policía. Además, en la actualidad se postula un incremento de las funciones de las policías locales, tanto de seguridad ciudadana como de policía judicial. Cabe decir que si no se tiende a la equiparación de las funciones de los cuerpos locales con las de los autonómicos y nacionales, sí se observa una cierta aproximación. Todo ello debe conducirnos a reflexionar acerca de la justificación legal aludida, que puede haber perdido actualidad o estar en trance de hacerlo.

Pero volvamos a los datos normativos. De los mismos se deduce que rigen en el ámbito de la policía local los criterios generales que dominan el derecho a la libertad sindical de los empleados públicos, con la excepción que de inmediato señalaré. Por lo tanto, el contenido que el artículo 2 LOLS asigna a la libertad sindical es el contenido de la libertad sindical en la policía local, sea en su vertiente individual, sea en su vertiente colectiva; solamente quedaría fuera el derecho de huelga, que el artículo 2.2, d) LOLS considera comprendido en el ejercicio de la actividad sindical en la empresa o fuera de ella. Más adelante volveré sobre este punto.

Como complemento lógico de lo anterior, cualesquiera contenidos adicionales de la libertad sindical de los funcionarios que el Tribunal Constitucional pueda llegar a identificar adquieren igualmente carta de naturaleza en el sector de la policía local. Veamos dos ejemplos.

a) El Tribunal Constitucional considera aplicable a las relaciones de empleo público las reglas sobre distribución de la carga de la prueba en los litigios que versan sobre comportamientos que, a juicio de la parte actora, obedecen a actitudes antisindicales. Me permito recordar que el argumento de fondo parte de la especial dificultad que en no pocas ocasiones ofrece la operación de desvelar en los procedimientos judiciales correspondientes la lesión constitucional encubierta tras un acto empresarial de aparente legalidad, motivo por el que se admite la prueba indiciaria y recae sobre la parte demandada la carga de probar que su actuación tiene causas reales por completo extrañas a la pretendida vulneración de los derechos fundamentales. Se trata, en palabras del Tribunal Constitucional, “de una auténtica carga probatoria y no de un mero intento de negar la vulneración de derechos fundamentales” y de que “existente un principio de prueba o apariencia verosímil de la vulneración de derechos fundamentales, aquí de la libertad sindical, incumbe al empresario la carga probatoria encaminada a demostrar que su actuación resulta por completo ajena a todo propósito de discriminación sindical, como único medio de destruir la apariencia lesiva creada por los indicios” (por todas, Sentencia 17/2005, de 1º de febrero).

El tema está contemplado positivamente en el artículo 179.2 de la Ley de Procedimiento Laboral que, con toda evidencia, no es aplicable en el ámbito de la función pública ni en el orden contencioso-administrativo⁹, pero el Tribunal Constitucional extiende el criterio de fondo a las relaciones de trabajo en el ámbito de la Administración pública, aun no existiendo un tratamiento normativo del mismo¹⁰. La citada Sentencia 17/2005 es buena muestra de ello; pero más interesante es a nuestros efectos la 85/1995, de 6 de junio, que hace lo mismo, y sin matices aparentes, al campo del Cuerpo Nacional de Policía. En el proceso de amparo resuelto por esta Sentencia, el Ministerio Fiscal sostuvo que era necesario modular la aplicación de la regla a las relaciones funcionariales y, en particular, a la función policial, en atención a las especiales características de la misma; el Tribunal Constitucional, sin embargo, no fue de la misma opinión. Como es lógico, lo mismo es predicable de las policías locales.

No podemos detenernos aquí en los pormenores de esa suerte de inversión de la carga de la prueba en los procesos que traen causa en una pretendida vulneración de la libertad sindical derivada de conductas antisindicales externamente conformes a Derecho. Bástenos con señalar que, por lo pronto, la inversión de la carga probatoria requiere que se presente una queja por discriminación sindical si no completamente probada por lo menos en apariencia verosímil; y que, por supuesto, aunque recaiga sobre la parte demandada la carga de probar que su actuación tiene causas reales por completo extrañas a la pretendida vulneración de los derechos fundamentales, si aporta elementos de juicio suficientes para avalar la legalidad de su decisión, las pretensiones del demandante fracasarán, no así en caso contrario, como ilustra la propia doctrina del Tribunal Constitucional¹¹.

La casuística puede ser muy diversa, y no conviene quedarse sólo con la melodía. Es cierto que en el ámbito de la policía rige la señalada distribución de la carga probatoria, pero también que en él hay ciertos elementos a tener en cuenta. Así, la citada STC 85/1995, señala que la mera apertura de expedientes sancionadores no constituye un principio de prueba o un indicio claro de actuación antisindical de la Administración cuando aquellos

⁹ Según dicho precepto, “[e]n el acto del juicio, una vez constatada la concurrencia de indicios de que se ha producido violación de la libertad sindical, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad”.

¹⁰ Como en cambio si lo tiene, en el artículo 60.7 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en relación con los procedimientos en los que las alegaciones de la parte actora se fundamenten en actuaciones discriminatorias por razón del sexo; esta norma fue introducida en la Ley Jurisdiccional por la Ley Orgánica 3/2007, de igualdad efectiva de mujeres y hombres. Aun sin modificación formal de la LJCA, un criterio parecido rige en las demandas relacionadas con actos discriminatorios en virtud de la raza o el origen étnico, la religión o convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual (artículos 32 y 36 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre). Según el primero de tales preceptos, “[e]n aquellos procesos del orden jurisdiccional civil y del orden jurisdiccional contencioso-administrativo en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación por razón del origen racial o étnico de las personas, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad”. Conforme al artículo 36 de la Ley 62/2003, “[e]n aquellos procesos del orden jurisdiccional civil y del orden jurisdiccional contencioso-administrativo en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación por razón del origen racial o étnico, la religión o convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual de las personas respecto de las materias incluidas en el ámbito de aplicación de esta sección, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad”.

¹¹ Así, en caso de remoción de un puesto ocupado en virtud de libre designación, la Administración debe aportar la prueba necesaria acerca de que la medida tuvo como finalidad exclusiva la reorganización del servicio y no estuvo inspirada por móviles antisindicales. Por tal motivo, la STC 17/1996, de 7 de febrero, estima el recurso de amparo interpuesto por un policía nacional que fue cesado de un puesto de aquella clase después de acceder al cargo de vicepresidente y asesor jurídico regional de un sindicato profesional. Dirá el Tribunal que “[e]s claro aquí que el recurrente vino alegando, tanto ante el Tribunal Contencioso-Administrativo como ante nosotros, unas circunstancias de su destitución según las cuales ésta había sido acordada como directa consecuencia y reacción a la exoneración de su actividad sindical. Y es también manifiesto que la Administración, ni al decidir el cese ni tampoco en aquel o este proceso, ha probado (y ni siquiera alegado con fundamentación suficiente) que tuviese por causa y finalidad otros motivos relativos a la organización del servicio «razonables y ajenos a todo propósito contrario al derecho fundamental» del recurrente, como habíamos señalado en la citada STC 293/1993. Antes al contrario, el único fundamento suministrado en este aspecto fue el de «estar el servicio suficientemente atendido» por el otro oficial destinado en él, afirmación que, como veremos, no justifica por sí sola la decisión. Así, aparte no ser reciente la existencia de un colaborador en el servicio el cese se acordó en fecha coincidente (29 de noviembre de 1991, si bien notificada el 10 de enero de 1992) con aquélla en la que el sindicato propuso la exoneración del señor Carrasco de su actividad profesional en aplicación del art. 22.2 d) de la L.O. de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y Circular núm. 29, de 15 de febrero de 1988 de la Dirección General de la Policía. Tal simultaneidad entre la exoneración del servicio como efecto del nombramiento sindical y el cese correlativamente acordado permite apreciar una relación de causa a efecto en la que correspondía a la Administración justificar suficientemente cuáles fuesen los motivos de autoorganización en que se fundó una medida que, sin ellos, queda, desprovista de otro fin conocido que el de privar del puesto a un representante sindical beneficiario de la situación indicada, y precisamente con motivo de esta situación. Sin que, además, haya constancia de dato alguno del cual inferir que, por efecto de la especial naturaleza del cargo, los efectos del cese hubieran de ser distintos a la simple reserva del mismo destino ocupado cuando se acordó la remoción”.

tienen su origen en hechos objetivos que los justifican y en la necesidad de preservar el buen funcionamiento de los servicios policiales. Nótese bien, ni siquiera los expedientes sancionadores, en el caso, se reputan indicios de comportamiento antisindical. Puesto que, por lo que se dirá más adelante, el argumento de fondo es interesante a nuestros efectos, merece la pena recordarlo literalmente:

“La divulgación continuada de determinadas críticas e informaciones con relación a la labor desarrollada por la Policía, y a los mandos y responsables policiales, redundaban en una mala imagen e implicaban un evidente descrédito para las propias Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, que, no cabe olvidar, se estructuran sobre los principios de jerarquía y disciplina. En este sentido, ya este Tribunal recordó en la STC 273/1994, que el derecho de sindicación está limitado cuando se trata de miembros de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. En la Ley Orgánica 2/1986, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, se establecen ciertas limitaciones, constitucionalmente lícitas, al ejercicio de la libertad sindical, que se justifican por las especiales características de la función policial y el carácter de instituto armado que legalmente se atribuye a ese Cuerpo Policial. Esos límites al derecho de sindicación y a la acción sindical son a tenor, de lo dispuesto en el art. 19 de la referida Ley 2/1986, el «respeto a los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en la Constitución, y especialmente el derecho al honor, a la propia imagen así como al crédito y prestigio de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, la seguridad ciudadana y de los propios funcionarios, y la garantía del secreto profesional». Asimismo, constituyen un límite los principios básicos de la actuación profesional, como son los de jerarquía y subordinación [art. 5.1 d)], y el deber de guardar riguroso secreto profesional respecto a las informaciones que conozcan con ocasión del desempeño de sus funciones (apartado 5).

Por ello, no puede afirmarse razonablemente que la actuación disciplinaria de la Administración estuviera motivada por una actitud persecutoria contra el actor por su actuación legítima como dirigente sindical, o que la incoación de los expedientes guarde una necesaria relación causal con una presunta actitud discriminatoria por parte de la Dirección General de la Policía. Antes al contrario, todo parece indicar que aquéllos fueron tramitados por el hipotético incumplimiento de los deberes y normas básicas de comportamiento exigibles al actor, en su condición de miembro de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, y la posible transgresión por parte de éste de los específicos límites a la actuación sindical que derivan de las peculiaridades propias de las funciones que éstos desarrollan. Por consiguiente, la simple incoación de los expedientes disciplinarios, por los motivos expuestos, y en los que no se ha sancionado al recurrente, no constituyen, por sí mismos, un indicio racional o un principio de prueba revelador de una actitud discriminatoria por razones antisindicales. De otro modo, toda actuación que la Administración pudiera emprender contra el actor por el hipotético incumplimiento de sus deberes, podría siempre ser tachada de antisindical”.

La misma Sentencia 85/1995 afirma lo mismo respecto de la adscripción a un nuevo puesto de trabajo del mismo nivel, en el mismo órgano y localidad de destino, cuyas funciones se corresponden con las propias de la escala a la que pertenece el funcionario y sin que en absoluto impidan o limiten el desarrollo de su actividad sindical. La libertad sindical, recuerda el Tribunal Constitucional, “no confiere a los representantes sindicales el derecho a la intangibilidad de su puesto de trabajo, que impida a la Administración adoptar aquellas medidas que, desde el aspecto organizativo de sus servicios, considere necesarias para el mejoramiento y mayor eficacia de éstos, corrigiendo sus deficiencias con la adscripción de los funcionarios que estime más capaces, sin que tal cambio constituya limitación alguna al libre ejercicio de sus funciones sindicales”.

Cuestión distinta es que, a partir de la elemental idea de que no basta con *ser* sino que también hay que *parecer*, decisiones semejantes deban estar clara y suficientemente motivadas, tanto por afectar a derechos o intereses legítimos como para facilitar su adecuado control jurisdiccional también desde la perspectiva de la interdicción de las actuaciones antisindicales; y a la inversa, no menos patente resulta que la condición de representante sindical no otorga carta blanca a quien la ostenta ni le habilita para aprovecharse de la inversión de la carga probatoria en beneficio propio.

Y así, por ejemplo, siendo cierto que la jurisprudencia ha establecido la presunción del uso adecuado del crédito horario sindical, no es aceptable que se utilice para recorrer el Camino de Santiago. Una cosa es que sobre la Administración recaiga la carga de acreditar el uso indebido de tales horas, y otra completamente distinta que, una vez acreditado, el funcionario pretenda defenderse con eficacia aduciendo que realizó la actividad en su calidad de representante sindical y que le protege la presunción de inocencia (pues fue sancionado)¹². De igual

¹² Véase la STSJ de la Comunidad Valenciana de 24 de diciembre de 2002 (JUR 2004/17460). Dice el Tribunal que “[e]s cierto que la reconducción del control al ámbito sancionador impone el sometimiento a los principios que rigen en este campo, y por tanto, será el empleador –en este caso la Administración– la que deba acreditar un mal uso de unas horas sindicales que se presumen empleadas en actividades representativas. Ahora bien, en el supuesto que se analiza, el expediente disciplinario acumula en su seno un material probatorio que, valorado en su conjunto, ha permitido considerar acreditado ese uso no adecuado de la disponibilidad horaria destinada a funciones representativas, dado que no existe acuerdo sindical alguno asumiendo como actividad propia la realización del Camino de Santiago por parte de un colectivo personal, entre el que figuraban mayoritariamente Bomberos y Policías Locales; por eontrario, se trata de un acto financiado por entidades comerciales y aunque el hecho de la coincidencia con compañeros del cuerpo policial determina la realización de contactos y

forma, aunque el tema es bien distinto al acabado de mencionar, si las necesidades del servicio justifican razonablemente la no concesión de permiso por asuntos propios, no puede considerarse que exista un comportamiento antisindical (STSJ de Galicia de 18 de julio de 1998, RJCA 3123).

b) Otro ejemplo representativo de que la libertad sindical en el ámbito de la policía local no difiere sustancialmente del canon general es el referido a la legitimación procesal de los sindicatos. La STC 7/2001, de 15 de enero, resuelve el recurso de amparo presentado por el sindicato Grupo de Independientes de Administración Local contra la inadmisión, por falta de legitimación, del contencioso que aquel había interpuesto frente a un Decreto del Alcalde de Las Palmas de Gran Canaria mediante el cual, aduciendo razones de urgencia e inaplazable necesidad, se acordaba cubrir la plaza de Inspector Jefe de la Policía Local mediante una comisión de servicios de carácter voluntario y se nombraba a la persona en cuestión, funcionario del Ayuntamiento de Castellón de la Plana. El Tribunal Superior de Justicia de Canarias sostuvo que el sindicato no estaba legitimado y dictó sentencia de inadmisión, alzándose en amparo contra ella el sindicato.

El Tribunal Constitucional recuerda su doctrina general sobre la legitimación procesal de las organizaciones sindicales y señala que para poder considerar procesalmente legitimado a un sindicato, no basta que éste acredite estar defendiendo un interés colectivo o estar realizando una determinada actividad sindical, dentro de la función genérica de representación y defensa de los intereses de los trabajadores, sino que debe existir un vínculo especial y concreto entre el sindicato (sus fines, su actividad, etc.) y el objeto del debate en el pleito de que se trate, vínculo o nexo que habrá de calibrarse en cada caso, y que se plasma en la noción de interés profesional o económico, traducible en una ventaja o beneficio cierto, cualificado y específico derivado de la eventual estimación del recurso entablado. Ventaja o beneficio (interés profesional o económico) que el Tribunal estima concurre en el caso concreto¹³; pero ventaja o beneficio que deben concurrir puesto que la legitimación procesal de los sindicatos no les convierte en guardianes abstractos de la legalidad ni en titulares de una suerte de acción pública sindical.

En la misma línea, la STC 28/2005, de 14 de febrero, reconoce la legitimación de Comisiones Obreras para impugnar en vía contencioso-administrativa un Decreto de la Alcaldía del Ayuntamiento de Quart de Poblet por el que se aprobaban las bases de la convocatoria para la provisión del puesto de sargento de la policía local, que no había sido objeto de negociación previa. Dice lo siguiente:

“En el supuesto que nos ocupa el objeto de la demanda administrativa consistía en la nulidad de un Decreto por el que se aprobaba un concurso-oposición para acceder a una plaza del cuerpo de Policía Local, por lo que hay que concluir que se halla plenamente conectado con la finalidad que legítimamente persiguen los sindicatos (la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales de los trabajadores) y, por tanto, con lo que la Jurisprudencia constitucional ha denominado interés profesional o económico. La razón de esta conexión, como con acierto ha puesto de manifiesto el Ministerio Fiscal, se muestra patente: en el caso de que prosperara la pretensión contencioso-administrativa el sindicato hubiera tenido derecho a ser oído para, así, poner de manifiesto la inclusión o exclusión de determinados méritos o requisitos que pudieran reunir los funcionarios que optaran al puesto de trabajo convocado, velando de esa manera por las legítimas aspiraciones profesionales de aquellos miembros de la policía local afiliados al sindicato que se encontraran en disposición de poder ocupar dicha plaza”.

Llegados hasta aquí, ¿puede afirmarse rotundamente que el ejercicio del derecho de libertad sindical por los policías locales no difiere en nada del ejercicio del mismo derecho por los demás funcionarios públicos de régimen común? Particularmente, no me atrevería a dar una respuesta afirmativa o, por lo menos, no a darla con aspiraciones concluyentes. Es rigurosamente cierto que el contenido del derecho es el mismo, salvando lo relativo

conversaciones relacionados con los intereses profesionales comunes, sin embargo, de tales actuaciones aisladas y esporádicas no cabe concluir que la finalidad de la actividad fuera de índole sindical, cuando no responde a una convocatoria explícita, planificada y coordinada con tal objetivo, con independencia de se haya podido utilizar ocasionalmente con dichos propósitos una actividad que en sí mismo es lúdica y privada”.

¹³ FJ 6: “El objeto del recurso intentado (la fiscalización de la legalidad del Decreto por el que se cubría la plaza de Inspector Jefe de la Policía Local mediante el sistema de comisión de servicios voluntaria) estaba en conexión con la finalidad que legítimamente persiguen los sindicatos (la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales de los trabajadores), y, por tanto, con lo que la Jurisprudencia constitucional ha denominado interés profesional o económico. La razón de esta conexión es que la ventaja o utilidad que se obtendría en caso de prosperar el recurso contencioso-administrativo sería extensible a todos y cada uno de los afiliados al SGIAL y en general al personal del Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria. En efecto, si el sistema de provisión utilizado fuese considerado por la Sala como contrario a Derecho, por no apreciarse los requisitos de “urgente e inaplazable necesidad”, dicho Ayuntamiento debería, lógicamente y en ejecución de la sentencia, recurrir a cualquier otro de los legalmente posibles según los arts. 36 y ss. del Real Decreto 364/1995, particularmente al concurso (que conforme a su art. 36.1 es “el sistema normal de provisión”) o también, de forma excepcional y atendiendo a las características del puesto, a la libre designación. La estimación del recurso posibilitaría, como señaló en sus alegaciones el Ministerio Fiscal, que todas aquellas personas que cumpliesen unos mínimos requisitos tuviesen por lo menos una expectativa de participar en el proceso selectivo”.

a la huelga, pero no hablamos del diseño general de las facultades jurídicas activas sino del ejercicio concreto de las mismas en un caso dado, plano éste en el que, a mi juicio, cabe introducir algunas matizaciones.

Recordemos, por lo pronto, que el Tribunal Constitucional ha reconocido que el ejercicio de ciertos derechos por los funcionarios públicos está sometido a límites implícitos aunque deducibles limpiamente del texto constitucional, límites que pueden ser más o menos intensos en función de la índole los servicios que aquellos prestan y del grado de jerarquización y disciplina característico de su empleo¹⁴. El ejercicio de la libertad sindical no queda al margen del argumento, como acredita, por ejemplo, la Sentencia 241/2005, de 10 de octubre¹⁵; traigamos sus propias palabras:

“5. (...) debemos afirmar que la decisión del Servicio de Salud que se discute en la demanda de amparo supone una limitación del derecho de libertad sindical del recurrente, en la medida en que su promoción interna a una plaza en “situación especial en activo” (que le es ofrecida por ostentar la mayor puntuación de entre los que formaban parte de la bolsa de contratación) queda condicionada al cese del disfrute de su derecho al crédito horario acumulado en su favor, o lo que es lo mismo, a la finalización de la realización exclusiva de actividades sindicales a través de su condición de liberado sindical.

Efectivamente, cabe apreciar que, con la decisión del Servicio Andaluz de Salud, el ejercicio de la actividad sindical produce para el recurrente consecuencias negativas en orden a su promoción económica y profesional en la empresa, pues, si no hubiese estado dedicado plenamente a la actividad sindical a través de su condición de liberado sindical, habría sido nombrado como celador, obteniendo una mayor retribución y la posibilidad de acumular una mayor puntuación a los efectos de participar en ulteriores procesos selectivos. Además, la restricción impuesta por el Servicio Andaluz de Salud y el perjuicio que causa en las condiciones de trabajo del sindicalista, ocasiona también un efecto desalentador del ejercicio de funciones representativas sindicales que obstaculiza la efectividad del derecho de libertad sindical reconocido en el art. 28.1 CE.

Ahora bien, aunque de la decisión del Servicio Andaluz de Salud derive, por los motivos expuestos, una limitación del derecho de libertad sindical del recurrente, es necesario tener presente (tal y como advertimos en nuestra STC 70/2000, de 13 de marzo, FJ 6), que “ningún derecho, ni siquiera los derechos fundamentales, es absoluto o ilimitado. Unas veces el propio precepto constitucional que lo consagra ya establece explícitamente los límites; en otras ocasiones, éstos derivan de la necesidad de preservar otros derechos o bienes constitucionalmente dignos de tutela (SSTC 11/1981, de 8 de abril, 2/1982, de 29 de enero, 91/1993, de 15 de marzo, 110/1994, de 11 de abril, 52/1995, de 23 de febrero, 37/1998, de 17 de febrero). La libertad sindical no constituye, evidentemente, una excepción a esta regla (SSTC 81/1983, de 10 de octubre, 94/1995, de 19 de junio, 127/1995, de 25 de julio). En este sentido, ya hemos señalado que estos bienes o derechos constitucionales dignos de tutela han podido ser tenidos en cuenta por el propio autor de la norma legal o, en su caso, por los autores de la norma convencional para limitar el contenido de los derechos adicionales de libertad sindical, atribuidos por tales normas a los sindicatos o a sus afiliados (STC 64/1999, y las allí citadas). Siendo éstos derechos de ‘configuración legal’ o convencional, su ejercicio ha de discurrir en los

¹⁴ En palabras de la Sentencia 101/2003, de 2 de junio, que condensan doctrina ya establecida, el ejercicio de los derechos fundamentales por los funcionarios públicos “se encuentra sometido a determinados límites, algunos de los cuales son generales y comunes a todos los ciudadanos y otros, además, pueden imponerse a los funcionarios públicos en su condición de tales, ya sea en virtud del grado de jerarquización o disciplina interna a que estén sometidos, que puede ser diferente en cada cuerpo o categoría funcional, ya sea según actúen en calidad de ciudadanos o de funcionarios, ya en razón de otros factores que hayan de apreciarse en cada caso, con el fin de comprobar si la supuesta transgresión de un límite en el ejercicio de un derecho fundamental pone o no públicamente en entredicho la autoridad de sus superiores jerárquicos, y si tal actuación compromete el buen funcionamiento del servicio”.

¹⁵ Esta Sentencia resuelve el recurso de amparo presentado por un liberado sindical del Servicio Andaluz de Salud que prestaba servicios en un hospital con la categoría de pinche y estaba incluido en la bolsa de contratación por el sistema de promoción interna para desempeñar, entre otros, el puesto de celador. Precisamente por ello, fue avisado para la aceptación de la situación especial en activo de la plaza de celador; al presentarse para formalizar la oferta, el interesado comunicó su condición de liberado sindical y su pretensión de continuar como tal, motivo por el que le fue denegada la firma del contrato. Debe tenerse en cuenta que la situación especial en activo presuponía que el empleado titular de una plaza en propiedad aceptaba voluntariamente desempeñar otra con carácter temporal para la que había sido designado por razones especiales o de urgencia. El Tribunal Constitucional no aprecia que la Administración haya actuado de forma antisindical, pero estima el amparo aduciendo que no se ha ofrecido “una justificación suficiente o razón atendible de su decisión obstaculizadora que permita comprobar su atenuamiento a la protección de otros derechos e intereses constitucionalmente protegidos o legal o convencionalmente previstos; falta de justificación que, como ha quedado dicho, impide ponderar la concurrencia de la adecuación, razonabilidad y proporcionalidad exigidas constitucionalmente en el sacrificio o limitación del ejercicio del derecho fundamental de libertad sindical del recurrente”. En suma, el Tribunal Constitucional considera que la Administración sanitaria vulneró el derecho a la libertad sindical del recurrente al no justificar convincentemente que ciertos bienes jurídicos exigían que ocupara efectivamente el puesto de celador, ocupación efectiva obviamente incompatible con la condición de liberado sindical que aquél ostentaba en virtud de la legalidad aplicable y que forma parte del contenido adicional del derecho a la libertad sindical. Ahora bien, si esto es así, cabe pensar que el juicio de constitucionalidad sobre la decisión administrativa hubiera podido ser otro si la Administración sanitaria hubiera razonado suficientemente la necesidad de que el empleado público en cuestión ocupara el puesto de trabajo.

términos legal o convencionalmente previstos (STC 1/1994, de 17 de enero)". Asimismo, también recordábamos en ese mismo fundamento jurídico de la Sentencia citada que, "de otra parte, en el ámbito de las relaciones de empleo público, el reconocimiento del derecho de libertad sindical se realiza con las peculiaridades derivadas de una organización como es la Administración pública, que tiene a su cargo el cuidado del interés general, debiendo tenerse presente los fines que constitucionalmente inspiran la función pública y los principios que animan la organización de la Administración, peculiar empleador frente al que se ejercerá la actividad sindical. Y, así, hemos declarado que 'el ejercicio de la actividad sindical en el seno de las Administraciones públicas reconocido en la Constitución (art. 103.3) está sometido a ciertas peculiaridades derivadas lógicamente de los principios de eficacia y jerarquía que deben presidir, por mandato constitucional, la acción de la función pública (art. 103.1 CE) y que no pueden ser objeto de subversión ni menoscabo' (STC 143/1991, de 1 de julio, FJ 5)".

6. Resultando aplicable lo anterior en este caso, al denunciarse en la demanda de amparo la restricción del ejercicio de la actividad sindical por una empleadora que es Administración pública encargada de dispensar un servicio sanitario, debemos comprobar si la limitación impuesta por aquella al derecho a la libertad sindical del recurrente en amparo viene impuesta por la existencia de una específica regulación legal o pactada sobre el crédito horario sindical, que limite, en los términos pretendidos por el Servicio Andaluz de Salud, el disfrute de ese derecho. O si tal restricción del derecho fundamental deriva de la necesidad de preservar otros derechos o bienes constitucionalmente dignos de tutela".

Es notorio, por lo tanto, que las restricciones pueden imponerse. Pero también que la Administración debe motivar las mismas en la necesidad de preservar derechos o bienes constitucionalmente dignos de tutela, sin que por lo tanto sirvan, desde la perspectiva constitucional, apelaciones abstractas o genéricas a la eficacia administrativa o a las necesidades del servicio. Esta forma de aproximarse a la temática es a mi juicio relevante. En definitiva, hablamos de derechos fundamentales, motivo por el que las injerencias en los términos ordinarios de su ejercicio no sólo deben fundamentarse en la garantía de otros bienes constitucionalmente protegidos sino que deben argumentarse suficientemente, incluso en las relaciones de empleo público. Como es obvio, supuesta la motivación, ésta podrá ser sometida a escrutinio constitucional, cuyo resultado será uno u otro en función de su consistencia y razonabilidad. En palabras de la Sentencia 90/2008, de 21 de julio, "[c]omo sucede con los demás derechos fundamentales, esta garantía de indemnidad sindical puede verse limitada por la concurrencia de otros bienes y derechos constitucionales, y entre ellos por el mandato de eficacia en la actuación de la Administración pública. De esta concurrencia entre la libertad sindical del empleado público y la eficacia administrativa podrá resultar que ciertos sacrificios impuestos por la Administración al representante sindical sean conformes con la Constitución, pero habrá de tratarse, en todo caso de sacrificios justificados en tanto que proporcionados, esto es, adecuados, indispensables y moderados"¹⁶.

¹⁶ La STC 90/2008 resuelve el recurso de amparo interpuesto por un funcionario a quien no se le reconoció como experiencia profesional, a efectos de un concurso para la provisión de puestos de trabajo, el período durante el que había estado como liberado sindical a tiempo completo. Los tribunales ordinarios avalaron la decisión de la Administración, pero el Tribunal Constitucional mantiene un criterio diferente, que paso a registrar no sin comentar que el argumento de la eficacia administrativa también puede ser útil al régimen de los derechos fundamentales de los funcionarios y que aceptar su toma en consideración implica aceptar que puede ser bidireccional. Dice la STC 90/2008 que:

"Nos corresponde ahora determinar si la decisión impugnada vulnera el art. 28.1 CE al no haberse tenido en cuenta como mérito de experiencia profesional para participar en una provisión de puestos de trabajo vacantes de personal funcionario mediante concurso, el tiempo en el que el recurrente ejerció sus funciones sindicales como liberado sindical a tiempo completo. Como ha quedado expuesto, las resoluciones judiciales impugnadas, confirmando lo decidido por la Administración demandada, justifican la denegación al recurrente de su solicitud, por la falta de trabajo efectivo durante el tiempo que duró la liberación sindical, lo que, a juicio de aquéllas, es óbice para computar ese periodo como experiencia profesional.

Sin embargo, teniendo en cuenta la jurisprudencia constitucional anteriormente sintetizada, no puede aceptarse el criterio mantenido por suponer la vulneración de la garantía de indemnidad sindical, esto es, del derecho del trabajador a no sufrir por razón de su actividad sindical, menoscabo en su situación profesional o económica en la empresa.

Este Tribunal ha tenido ya la oportunidad de reaccionar frente a decisiones de las Administraciones adoptadas en perjuicio de la situación profesional de los representantes sindicales y fundadas en la adquisición por éstos de la condición de liberado sindical, no dudando en tacharlas de lesivas del derecho de libertad sindical (SSTC 202/1997, de 25 de noviembre; 241/2005, de 10 de octubre; 336/2005, de 20 de diciembre; 144/2006, de 8 de mayo; y 257/2007, de 17 de diciembre), y también ha otorgado amparo constitucional a representantes de los trabajadores, liberados sindicales, en supuestos en los que, al margen de cualquier motivación antisindical, concurrían perjuicios en sus condiciones económicas derivados concretamente de la falta de prestación de servicios profesionales que era consustancial a su condición de representante de los trabajadores en situación de liberado por razón sindical (SSTC 191/1998, de 29 de septiembre; 30/2000, de 31 de enero; 92/2005, de 18 de abril; y 151/2006, de 22 de mayo).

A la misma conclusión ha de llegarse en este caso, ya que el recurrente, debido a que ha estado relevado del servicio como liberado sindical para realizar funciones sindicales, ha sufrido un menoscabo en su carrera profesional, al no poder alegar como mérito para su valoración en el concurso el tiempo dedicado a realizar esas específicas funciones representativas. Con ello, indirectamente, se le obliga a escoger entre su carrera profesional y la actividad sindical, colocándolo en el trance de sacrificar ésta y reincorporarse a su puesto de trabajo para que se le puede aplicar, del mismo modo que al resto de los trabajadores, las bases de la convocatoria del concurso que evalúan los méritos a efectos de promoción interna.

La postura mantenida por la Administración (avalada judicialmente), que no encuentra en este caso justificación en la preservación de la eficacia administrativa, constituye un obstáculo objetivamente constatable para la efectividad del derecho a la libertad sindical. De un lado, por su potencial efecto disuasorio para el trabajador que realiza la actividad sindical, que ve limitada sus posibilidades de promoción

Tal es el planteamiento general. ¿Qué sucede en el ámbito de la función pública policial? Antes de continuar, quisiera adelantar una opinión personal, que emito justamente con ese alcance. Pienso que el régimen estatutario de los funcionarios públicos está muy relacionado con la clase de misiones que tienen asignadas y que son éstas las que pueden justificar, llegado el caso, regímenes particulares. Esto es, no me convence que las especialidades puedan justificarse en argumentos apodícticos, por definición refractarios a cualquier clase de razonamiento y explicación, pero sí en motivaciones fundadas en lo que, en nuestro caso, los policías tienen que hacer en virtud de la Constitución y la ley. Si se quiere argumentar que la libertad sindical de los policías no tiene un contenido exactamente idéntico al de los demás funcionarios, a pesar de que el legislador no haya reparado en ello –pues si lo ha hecho, huelgan las reflexiones personales–, hay que hacerlo a partir del aislamiento institucional de las funciones que las policías locales cumplen. Otros elementos tienen menor o nula importancia. Que los policías locales sean agentes de la autoridad en el ejercicio de sus funciones y autoridad a efectos penales no es endémico de las fuerzas y cuerpos de seguridad, aunque sí característico¹⁷; que porten armas, tampoco¹⁸. La clave está, así, en las funciones; en ellas hay que apoyar racionalmente la búsqueda y justificación de las especialidades.

El Tribunal Constitucional ha tenido diversas ocasiones de analizar esta problemática, antes y después de la promulgación de la LOFCS. Salvo una, todas sus Sentencias se refieren a casos relacionados con la libertad sindical de funcionarios nacionales y todas resuelven conforme a la misma argumentación general. La establece la Sentencia 81/1983, de 10 de octubre, que sienta un criterio hasta hoy no modificado:

“Según la Constitución en su art. 103.1, la Administración actúa de acuerdo con el principio de jerarquía, y este principio institucional se convierte en deber «de respeto y obediencia a las autoridades y superiores jerárquicos» para los funcionarios sujetos al Reglamento orgánico de la Policía gubernativa de 17 de julio de 1975, según su art. 184. De modo coherente con tal deber el art. 207 del mismo Reglamento considera como faltas graves en su apartado a) «la desobediencia o irrespetuosidad a los superiores o autoridades», el c) «las manifestaciones públicas de crítica o disconformidad respecto de las decisiones de los superiores». La estructura interna del Cuerpo Superior de Policía al que pertenece como inspector el recurrente y la misión que el art. 104.1 de la C. E. atribuye entre otros, a dicho Cuerpo, obligan a afirmar que la crítica a los superiores, aunque se haga en uso de la calidad de representante y autoridad sindical y en defensa de los sindicatos, deberá hacerse con la mesura necesaria para no incurrir en vulneración a este respeto debido a los superiores y para no poner en peligro el buen funcionamiento del servicio y de la institución policial. Todos los derechos, al ser ejercidos, entran en concurrencia con otros bienes y derechos también dignos de tutela. El normal funcionamiento del Cuerpo Superior de Policía exige que sus miembros estén «sujetos» en su actuación profesional a los principios de jerarquía y subordinación» (principio sexto de Orden de 30 de septiembre de 1981, acorde, según su preámbulo y como el mismo recurrente reconoce, con la «Declaración sobre la Policía», contenida en la resolución 690 del Consejo de Europa para hacer posible la garantía de la seguridad ciudadana y la protección de los derechos y deberes de los citados ciudadanos y que el art. 104.1 de la C. E. atribuye a las Fuerzas y Cuerpos de seguridad, entre los que se encuentra el C. S. P., y esos bienes jurídicamente protegidos se pondrían en peligro si en el ejercicio de los derechos de libertad sindical y de libertad de expresión los funcionarios del citado Cuerpo que desempeñan puestos de responsabilidad sindical pudieran legítimamente realizar actos como los que merecieron la sanción del señor Villén. Por esa razón el ejercicio de su libertad sindical deberá reconocer como límites esos preceptos reglamentarios, sin perjuicio de la regulación de las peculiaridades de la libertad sindical que lleve a cabo la ley a que se refiere el mismo art. 28.1 de la Constitución, límites que habrá que ponderar en cada caso, pues en cuanto restringen un derecho fundamental han de ser interpretados a su vez restrictivamente, pero que en el caso que enjuicamos han sido sin duda transgredidos por el recurrente por lo que los actos de los poderes públicos que él impugna no han violado sus derechos fundamentales y el amparo que contra ellos pide no puede ser otorgado”.

profesional y movilidad; y, de otro lado, por la proyección que tiene sobre la organización sindical correspondiente, afectando a la labor de defensa y promoción de los intereses de los trabajadores que la Constitución le encomienda en su art. 7 y que lleva a cabo en gran medida a través de sus representantes sindicales”.

En definitiva, por los motivos indicados, debe concluirse que se ha vulnerado el derecho a la libertad sindical (art. 28.1 CE) desde la perspectiva de la garantía de indemnidad al haberse provocado al recurrente un menoscabo profesional por razón de su actividad sindical, deparándole un diferente trato injustificado en relación con el resto de los trabajadores concursantes”.

¹⁷ El Derecho positivo acredita que incluso se predica la condición de agente de la autoridad a personal no funcionario, como sucede con el de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones designado para el ejercicio de funciones inspectoras, que es personal laboral. Históricamente, el artículo 7 del Real Decreto 629/1978, de 10 de marzo, por el que se regulaba la función de los vigilantes jurados de seguridad, derogado por el Reglamento de Seguridad Privada de 1994 (Real Decreto 2364/1994, de 9 de diciembre), consideraba agentes de la autoridad a los vigilantes jurados mientras prestaran servicio vistiendo uniforme, calificación que nunca ha tenido repercusiones en el orden penal a consecuencia del insuficiente rango de la norma que la establecía. Actualmente, el personal de seguridad privada no tiene la condición de agente de la autoridad, y así lo proclama la Sala 2.ª del Tribunal Supremo.

¹⁸ Piénsese que existen cuerpos de funcionarios que portan armas pero que no son policías ni deben confundirse con ellos por cumplir cometidos diferentes; véase la STC 32/1993, de 1 de febrero, relativa al Cuerpo de Agentes Rurales de Cataluña.

Abundan en la misma idea de fondo, con más o menos matices pero sin apartarse del camino principal, las Sentencias 91/1983, de 7 de noviembre, 141/1985, de 2 de octubre, 72/1986, de 2 de junio, 85/1995, de 6 de junio, 127/1995, de 25 de julio y 17/1996, de 7 de febrero. Todas ellas llevan a cabo idéntico razonamiento, es verdad que unas veces con mayor amplitud y extensión que otras, pero siempre se puede rastrear y localizar la línea argumental tendida por la Sentencia 81/1983. Valga como muestra el razonamiento de la Sentencia 127/1995, relacionada con el cese del recurrente como técnico del servicio central de desactivación de explosivos después de que, a raíz de un atentado terrorista que costó la vida a varios compañeros suyos, criticara en la radio la falta de interés de los mandos policiales y de los responsables políticos en el funcionamiento del citado servicio; el recurrente ostentaba un cargo en un sindicato profesional e hizo valer tal circunstancia para argumentar lesión a la libertad sindical. Dirá el Tribunal Constitucional que

“Con independencia de la calificación jurídica que en el terreno de la legalidad ordinaria se dé al proceder de la Administración, en todo caso estaríamos en presencia de una colisión: por una parte, la libertad de expresión en el ámbito sindical y, por otra, bienes constitucionalmente protegidos como la misión que a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad atribuye el art. 104.1 C.E., de garantizar, entre otros valores, la seguridad ciudadana en los términos en que esta expresión ha de aceptarse en una sociedad pluralista y democrática y en este sentido el test que ha de aplicarse con el fin de dar solución al conflicto no nace sólo de lo dispuesto en el art. 24 de la Ley fundamental en orden a la motivación de la correspondiente resolución para satisfacer la tutela judicial efectiva, sino fundamentalmente de la ponderación equilibrada y prudente que es exigible, de acuerdo con la jurisprudencia de este Tribunal, cuando se enfrentan un derecho fundamental frente a otro o a un bien protegido con relevancia constitucional.

Pues bien, en este sentido hay que señalar que si bien la libertad sindical desde la perspectiva del art. 28.1. C.E., interpretada sistemáticamente con el art. 7 y con el canon hermenéutico sentado por el art. 10.2, ambos de la Ley fundamental, supone una enumeración de derechos que no constituye un *numerus clausus*, sino que en el contenido de este precepto se integra también la vertiente funcional, del derecho a la actividad sindical, como ha destacado la reciente STC 94/1995 en su fundamento jurídico 2., recordando otras de análoga significación, que garantiza un ámbito esencial de libertad para organizarse a través de instrumentos de actuación de la forma que se considere más adecuada a la efectividad de la acción, dentro, claro está, del respeto a la Constitución y a la Ley (STC 292/1993). Este derecho, como cualquier otro, no es ilimitado ni absoluto.

En el art. 28.1 C.E. se integra, pues, el derecho a llevar a cabo una libre acción sindical comprensiva de todos los medios lícitos y sin indebidas injerencias de terceros (SSTC 37/1983, 51/1984 y 134/1994), expresiones que en sí mismas conllevan ya límites a su ejercicio.

En este orden de cosas la importancia que alcanza en nuestro Estado de derecho, democrático y social, la libertad sindical como expresión de la defensa y promoción de los derechos que le son propios con arreglo al art. 7 C.E., obliga a que nuestro enjuiciamiento, según dice la STC 94/1995 ya citada, no se pueda circunscribir como también se anticipó a verificar el carácter motivado, razonable y no arbitrario de la resolución impugnada ya que el derecho afectado no es el del 24 C.E. sino un derecho fundamental sustantivo como es el de la libertad sindical, por el contrario ha de extenderse a examinar detenidamente la corrección constitucional de la ponderación efectuada entre el ejercicio del derecho y sus límites para evitar que el contenido de la libertad sindical resulte indebidamente sacrificado.

Por lo que respecta a los miembros del Cuerpo Nacional de Policía, la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad establece, de acuerdo con el diseño constitucional del derecho de sindicación de la policía (art. 28.1 C.E.), ciertas limitaciones a su ejercicio que se explican por las especiales características de la función policial y el carácter de instituto armado. Concretamente los límites vienen dados por el respeto a los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidas en la Constitución y, especialmente, el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, así como el crédito y prestigio de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, la seguridad ciudadana y de los propios funcionarios y la garantía del secreto profesional (art. 19). Tales limitaciones alcanzan, en particular, a la libre acción o actividad sindical, dentro de cuya expresión debe encuadrarse, en lo que aquí interesa, la libertad de información (STC 273/1994). Los principios de jerarquía y subordinación, que definen al Cuerpo (art. 18 de la Ley Orgánica 2/1986), pueden limitar la libertad de información en materia sindical; de manera que esta libertad no despliega sus efectos con la misma virtualidad cuando se trata de miembros de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Así lo hemos reconocido en la STC 81/1983 al manifestar que la crítica en el ejercicio de la condición de representante sindical deberá hacerse con la medida necesaria para no incurrir en vulneración al respeto a los superiores y para no poner en peligro el buen funcionamiento del servicio y de la institución policial.

(...) Aplicada la doctrina contenida en el fundamento jurídico 3. de esta resolución, al caso que ahora enjuiciamos, ha de señalarse que la libertad sindical y de expresión no alcanzaba a que el ahora demandante de amparo expusiera públicamente -y en un medio que por sus características alcanza una importante difusión-, las deficiencias del servicio que pudiera poner en peligro grave la seguridad ciudadana entendida la expresión, como ya se dijo, en sentido democrático. Las expresiones ya transcritas en el punto 2, c de los antecedentes, denunciaban públicamente carencias en un servicio tan importante como el de desactivación de explosivos que representaban un grave peligro en orden a la vida e integridad de los ciudadanos”.

Como se ha dicho, todas las Sentencias aludidas se refieren a recursos de amparo interpuestos por funcionarios de la policía nacional. Abarcan un período de trece años en el curso del cual fue aprobada la LOFCS, que introdujo en el marco normativo un artículo, el 19, en el que se especifican los límites legales al ejercicio del derecho de sindicación y de la acción sindical de los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía¹⁹. Sin embargo, la argumentación del Tribunal Constitucional no difiere en lo sustancial, sea anterior o posterior a la aprobación de la LOFCS. A lo sumo, el artículo 19 de ésta ha plasmado en norma positiva ciertos límites y apuntalado con ello el armazón argumental del Tribunal Constitucional, pero no lo ha modificado. Y no lo ha hecho por la sencilla razón de que el Alto Tribunal considera que existen límites implícitos al ejercicio del derecho de libertad sindical de los policías. Límites que, por cierto, pueden ser más profundos que los operativos en otros ámbitos del empleo público funcional en razón de, recuérdese, la misión encomendada y del grado de jerarquización del cuerpo.

Tales límites no constituyen *peculiaridades* en el sentido del artículo 28.1 de la Constitución. Únicamente el legislador puede establecer cuáles son tales, no el Tribunal Constitucional. Dichas peculiaridades forman parte del diseño del derecho fundamental y pueden combatirse aduciendo que menoscaban el contenido esencial del mismo, pero su establecimiento es abstracto. Ahora hablamos de otra cosa, hablamos de límites al ejercicio concreto del derecho, de límites eventualmente operativos en el caso, externos por lo tanto al contenido del derecho y que pueden determinar el desplazamiento coyuntural de las facultades inherentes al mismo en un supuesto dado si determinados bienes jurídicos constitucionalmente relevantes así lo imponen.

¿Son aplicables los criterios de fondo a los policías locales que, a diferencia de los nacionales, disfrutaban del derecho a la libertad sindical en términos de igualdad que el resto de los funcionarios civiles de régimen común? La Sentencia del Tribunal Constitucional 273/1994, de 17 de octubre, entiende que sí; y como es la única dictada por el supremo intérprete de la Constitución que, salvo error u omisión por mi parte, afronta el tema, debemos detenernos en ella.

La Sentencia trae causa en el recurso de amparo interpuesto por un cabo de la policía municipal de Santa Cruz de La Palma que fue sancionado por remitir escritos a policías de otros ayuntamientos pidiéndoles que se abstuvieran de participar en los servicios policiales de refuerzo previstos para unas fiestas religiosas. La sanción impuesta fue de suspensión de empleo y sueldo por un año y el tipo aplicado el previsto en el artículo 27, i) LOFCS; esto es, “[l]a participación en huelgas, en acciones sustitutivas de las mismas o en actuaciones concertadas con el fin de alterar el normal funcionamiento de los servicios”; la jurisdicción contencioso-administrativa rebajó la entidad de la infracción considerándola falta grave en lugar de muy grave. El sancionado era presidente del comité local del Sindicato Profesional de la Policía Local y había sido en condición de tal que había remitido las cartas, en cumplimiento de un acuerdo de la asamblea general de dicho Sindicato. Conviene mencionar que el Ministerio Fiscal interesó la estimación del recurso de amparo por entender vulnerado el derecho al ejercicio de la acción sindical de un representante de un sindicato profesional. El Tribunal Constitucional llegó a la misma conclusión.

Aunque el demandante de amparo aducía vulneración de varios derechos constitucionales, el Tribunal se centró en el que garantiza el artículo 28.1, es decir, en el de libertad sindical, planteamiento que puede tenerse por acertado. Y, con la sorpresa del lector, parte de aplicar a los funcionarios locales de policía el marco normativo establecido en la LOFCS para el ejercicio de los derechos sindicales por los miembros del Cuerpo Nacional de Policía. Dice, literalmente, el FJ 4 de la Sentencia,

“En el caso de la Policía Local, el legislador, según se deduce del art. 5 de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical [quiere decir el artículo 1.5] y de los arts. 18 y 19 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, optó por limitar el ejercicio de la libertad sindical. Y, como quiera, que «limitar» no es «excepcionar», la libertad sindical de los miembros de la Policía Local inexorablemente debe contar con una zona de existencia posible en la que pueda ser reconocida, lo que presupone, a su vez, la existencia de ciertos contenidos - por mínimos que éstos sean - en que sustanciarse aquella libertad, pues lo contrario supondría tanto como la negación práctica de la misma.

Por ello mismo, la citada Ley Orgánica 2/1986, tras reconocer a los miembros de la Policía Local su derecho a constituir organizaciones profesionales, así como a afiliarse a las mismas y participar activamente en ellas (art. 18), establece ciertas limitaciones constitucionalmente lícitas a su ejercicio y que se justifican, según la exposición de motivos de la Ley, en las especiales características de la función policial y el carácter de instituto armado que legalmente se atribuye a ese Cuerpo policial. Esos límites al derecho de sindicación y a la acción sindical son, a tenor

¹⁹ Dice el precepto que “[e]l ejercicio del derecho de sindicación y de la acción sindical por parte de los miembros del Cuerpo Nacional de Policía tendrá como límites el respeto de los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en la Constitución y, especialmente, el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, así como el crédito y el prestigio de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, la seguridad ciudadana y de los propios funcionarios, y la garantía del secreto profesional. Constituirán asimismo límite, en la medida en que puedan ser vulnerados por dicho ejercicio, los principios básicos de actuación del artículo 5 de esta Ley”.

de lo dispuesto en el art. 19 de la Ley Orgánica 2/1986, «el respeto a los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidas en la Constitución y, especialmente, el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, así como el crédito y prestigio de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, la seguridad ciudadana y de los propios funcionarios y la garantía del secreto profesional».

Del cuadro normativo expuesto sólo cabe concluir que la libertad de sindicación de los miembros de la Policía Local no se circunscribe exclusivamente a la afiliación y constitución de organizaciones sindicales sino que, además, aquélla también alcanza a lo que genéricamente se conoce como acción sindical (cfr. art. 19.1 Ley Orgánica 2/1986 y, con carácter general, nuestras SSTC 70/1982, 127/1989 y 30/1992, entre otras muchas) dentro de la cual, y como parte de la misma, debe situarse, en lo que aquí interesa, el derecho de información y la posibilidad de adoptar medidas de presión sindical siempre que, obviamente, no excedan los límites legalmente establecidos y antes, sucintamente, expuestos.

Así lo hemos expresamente reconocido en nuestra reciente STC 134/1994, a cuyo tenor el derecho de actividad sindical incluye el derecho a difundir la realización de actividades sindicales pacíficamente y por medios lícitos”.

En el FJ 6 leemos que es aspecto clave la interpretación de la legalidad aplicable, pues si la realizada por los órganos que han intervenido con anterioridad “fuese restrictiva e impeditiva del derecho del recurrente se estaría, con tal proceder, añadiendo nuevos límites al ejercicio de un derecho previamente limitado por el legislador y, por consiguiente, restringiéndose indebidamente la libertad sindical que, conforme a la Constitución y a la Ley” corresponde al demandante de amparo”. A la vista del contenido de las cartas, dirá el Tribunal Constitucional que

“ha de concluirse que supusieron un ejercicio legítimo del derecho de libertad sindical. En efecto, se limitaban a sugerir que se adoptasen conductas lícitas que, en modo alguno, implican un quebrantamiento de la disciplina que debe presidir el funcionamiento de los Cuerpos de Policía Local. La Sentencia de la Sala del Tribunal Superior de Justicia, excluye, como ya se ha dicho, que las citadas cartas supusieran una «participación concertada con el fin de alterar el normal funcionamiento de los servicios» según el tipo configurado en el art. 27.3.1 de la Ley Orgánica 2/1986 por lo que esta cuestión queda forzosamente excluida del objeto del amparo. Pero, por otra parte, y con referencia a la sanción concreta que resulta de la Sentencia, tampoco cabe apreciar que la actuación del recurrente excediera del ejercicio de su derecho de libertad sindical, en los términos arriba expuestos, y representara una conducta constitutiva de falta de las previstas en el art. 27.4 de la misma ley. En ningún momento se incita a la desobediencia a las órdenes de la superioridad, sino que, de lo que resulta de los escritos en cuestión, se limitan a pedir la no aceptación de propuestas para la prestación voluntaria de servicios adicionales en el Municipio del recurrente. En esos términos se expresó el recurrente no sólo en el caso del Sargento-Jefe de San Bartolomé de Tirajana, sino también en lo que se refiere a los policías locales de Santa Cruz de Tenerife: en ambos supuestos las cartas aluden a «propuestas» y «solicitudes» de desplazamiento. Por consiguiente, la no aceptación voluntaria de tales propuestas por el policía interesado sólo puede ser considerada como una opción legalmente legítima, y nunca como un incumplimiento de las órdenes de la superioridad, que sí sería jurídicamente sancionable.

Siendo ello así, no se alcanza a comprender (ni la Sala de lo Contencioso justifica en sus razonamientos) cómo la sugerencia formulada por el recurrente, invitando a otros compañeros a que, por razones de solidaridad sindical, adopten libremente una decisión legalmente posible, pueda constituir una llamada a la indisciplina. Esa apelación a la conciencia de cada uno de los destinatarios de las cartas para que obren en consecuencia con la información que se les remite cuando tengan conocimiento de las peticiones de desplazamiento, no puede ser considerada como una conducta intencionalmente tendente a poner en peligro la seguridad ciudadana, pues ante la hipótesis de rehusarse la propuesta voluntaria, siempre se podría ordenar por las autoridades correspondientes la obligatoriedad del servicio; sin que el recurrente incitase en sus cartas al incumplimiento de lo que ahora sí sería un deber cuyo desconocimiento podría generar medidas disciplinarias y afectar a la seguridad ciudadana y a las necesidades del servicio. Por consiguiente, la conducta del actor se desarrolló dentro de los márgenes legales que delimitan el ejercicio del derecho de información sindical amparado por el art. 28.1 de la C.E., lo que conduce a la estimación de la presente demanda de amparo”.

Entiendo que la Sentencia no está correctamente fundada, pero que tiene intuiciones por completo certeras y llega a un resultado ajustado.

Salvo error por mi parte, el artículo 19 LOFCS no se aplica a las policías locales, ni siquiera de forma supletoria o en segundo grado. Es un precepto sin duda importante en la medida en que enuncia los límites al ejercicio del derecho de sindicación y de acción sindical de los miembros del Cuerpo Nacional de Policía; límites que, recuerdo, son los siguientes: “el respeto de los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en la Constitución y, especialmente, el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, así como el crédito y prestigio de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, la seguridad ciudadana y de los propios funcionarios y la garantía del secreto profesional. Constituirán asimismo límite, en la medida en que puedan ser vulnerados por dicho ejercicio, los principios básicos de actuación del artículo 5 de esta Ley”. Pero es un precepto importante para los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía, cuyo régimen sindical no es de la Ley Orgánica de Libertad Sindical sino el previsto en la propia LOFCS. Ningún obstáculo de fondo podría oponerse a la aplicación de un criterio similar al que luce en el precepto citado al ejercicio de los derechos sindicales por los policías locales, pero,

formalmente, los límites que el artículo 19 LOFCS expresa, afectan únicamente a los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía.

A mi juicio, el fallo del razonamiento de la Sentencia se encuentra en la invocación del artículo 19 LOFCS, pero existe una vía jurídica a través de la cual llegar a la misma conclusión material a la que llega el Tribunal Constitucional. Me refiero a la doctrina de los límites implícitos de los derechos fundamentales, que no significa deducir límites en ausencia de pronunciamiento normativo sino inferirlos del propio ordenamiento constitucional en virtud de una interpretación sistemática e integrada del mismo y respetuosa con el principio de unidad, que postula que ninguna de las normas que lo forman quede postergada por otras. Se trata de una doctrina a la que muy pronto se adhirió nuestro Tribunal Constitucional al señalar que si en algunas ocasiones la Constitución establece por sí misma los límites de los derechos fundamentales, en otras los límites de los derechos derivan de la Constitución de manera mediata o indirecta y se justifican por la necesidad de proteger otros bienes constitucionalmente relevantes (Sentencia 11/1981, de 8 de abril).

Desde este punto de vista, entiendo que las misiones constitucionales asignadas a las fuerzas de seguridad abonan que, precisamente en virtud de su trascendencia social, el ejercicio del derecho de libertad sindical por parte de quienes las tienen encomendadas no deba contemplarse con los mismos criterios que rigen en la función pública no policial. En ésta, el principio de eficacia juega, lo hemos visto ya, como un elemento modulador; en el ámbito policial la eficacia adquiere una dimensión superior a la general en la medida en que están en juego valores de tan extraordinaria relevancia colectiva como el mantenimiento de la seguridad ciudadana y la garantía de los derechos y libertades de los demás componentes de la sociedad. Para el adecuado cumplimiento de tales funciones los funcionarios de policía disponen de poderes de coacción legítima de los que otros muchos agentes públicos carecen porque sus funciones son otras. Esta circunstancia no puede olvidarse en ningún momento; las tareas policiales revisten singularidades muy notables, que por fuerza deben repercutir en el ejercicio de los derechos fundamentales de quienes las tienen asignadas. Ello tiene derivaciones; por ejemplo, el principio constitucional de jerarquía sirve igualmente al desempeño adecuado de tales funciones y, por esta vía, puede también levantar ciertos límites. De igual modo, es obvio que la policía de hoy difícilmente puede llevar a cabo sus cometidos constitucionales y legales si no cuenta con suficiente aquiescencia social, lo que implica que los cuerpos de seguridad deben tener una cierta imagen ante la colectividad –llámese, si se quiere, crédito o prestigio– que no puede verse comprometida.

De todo ello se deduce que existen razones que justifican la introducción casuística y singular de límites al ejercicio de la libertad sindical por los funcionarios de las policías locales, habida cuenta de la dimensión social de sus cometidos y de la necesidad de no interferir en la vigencia de los principios organizativos puestos al servicio del cumplimiento eficaz de los mismos. Aunque lo idóneo sería que existiera un artículo similar al 19 LOFCS que fuera claramente aplicable a los policías locales, su inexistencia no impide apuntar conclusiones similares a las que ha llegado el Tribunal Constitucional a propósito de la policía nacional.

Ahora bien, el problema estriba en la necesidad de motivar las resoluciones administrativas que, en un caso determinado, plasman dichos límites. En términos abstractos, teóricos si se quiere, las afirmaciones anteriores pueden ser válidas, pero la vida del Derecho discurre en el campo de lo concreto. Así, no basta a mi juicio con invocar las necesidades del servicio para justificar determinadas decisiones con incidencia directa en la libertad fundamental que nos ocupa; de igual modo, los tribunales de justicia y el Tribunal Constitucional debieran quizá afinar un poco más sus argumentos, pues, de otra forma se corre el riesgo de que en un caso determinado se apliquen limitaciones con base en nociones generales, que desde luego no son un comodín. Hablamos de algo tan serio como de los límites al ejercicio de un derecho fundamental, límites que, por justificados que estén en la teoría, deben aplicarse motivadamente correspondiendo a la Administración ponerlos de manifiesto y a los jueces y tribunales vigilar no sólo que lo haya hecho sino también que lo haya hecho con fundamento objetivo y racional.

Contamos con un ejemplo hasta cierto punto próximo al tema que nos ocupa. El artículo 8 LOLS señala que los trabajadores afiliados a un sindicato podrán, en el ámbito de la empresa o centro de trabajo, celebrar reuniones, previa notificación al empresario, fuera de las horas de trabajo y sin perturbar la actividad normal de la empresa. En el sector público el tema está contemplado hoy en el artículo 46 EBEP, que requiere autorización para la celebración de reuniones en el centro de trabajo y señala que, como regla, tendrán lugar fuera del horario laboral y que no podrán perjudicar la prestación de los servicios.

Con independencia del régimen sustantivo del derecho de reunión en cuanto elemento del de libertad sindical y dando por supuesto que la autorización requerida se refiere a la utilización del lugar de trabajo como sede física

del ejercicio del derecho y no a éste mismo²⁰, interesa recordar que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha establecido que si la autorización puede denegarse en atención a la eficacia administrativa y al buen funcionamiento del servicio, es imprescindible que la Administración exponga “con suficiente amplitud y claridad las razones de la denegación” a efectos de que los destinatarios del acto puedan conocer el por qué de la limitación de su derecho a la libertad sindical y si tales razones pueden considerarse lícitas y de entidad bastante para justificar la negativa (STS de 16 de octubre de 1990, RJ 7734). Si la celebración de reuniones dentro del horario de trabajo puede motivarse sucintamente en las necesidades del servicio, la denegación de autorización para ejercer el derecho en las dependencias administrativas fuera de dicho horario debe “estar fundada, correspondiendo al órgano competente la carga probatoria de las circunstancias obstativas” (STS de 7 de febrero de 1995, RJ 1446). Más aún, la STS de 26 de septiembre de 2005 (RJ 7004) parece apuntar que, habiéndose pactado la autorización de reuniones dentro del horario laboral con un máximo de horas anuales, la denegación por razones del servicio debe igualmente motivarse suficientemente, careciendo de fundamento jurídico aceptable que el otorgamiento de la autorización pueda depender de los asuntos a tratar (materias relacionadas con las condiciones de trabajo u otras diferentes y ajenas a ellas).

De la jurisprudencia tan telegráficamente acabada de reseñar me interesa destacar la insistencia que pone en la necesidad de motivar debidamente las decisiones administrativas que afectan al ejercicio concreto del derecho de reunión sindical. Es cierto que tal argumento se ve facilitado porque tanto el legislador de hoy como el anterior han precisado que dicho derecho ha de ejercerse normalmente fuera del horario de trabajo, de donde puede seguirse con facilidad que el hecho de impedirlo debe fundarse en razones poderosas y de obligada exteriorización. En relación con otros contenidos de la libertad sindical, y pensando en el caso de los policías locales, la delimitación legal del derecho no es tan precisa; pero, supuesto que de la propia Constitución y de la LOFCS, cabe inferir límites que en un caso concreto pueden ser operativos, el criterio de fondo es extensible. Particularmente, no veo por qué tiene que motivarse debidamente que las razones del servicio justifican la no autorización de una reunión y no, en cambio, otras decisiones que limitan singularmente otros contenidos de la libertad sindical.

Todo esto nos lleva a una cuestión de orden general, que no podemos sino dejar apuntada. Ni se puede ni se debe generalizar, pero a veces da la impresión de que las Administraciones públicas se conforman con motivaciones rutinarias e incluso estereotipadas. Eso es rechazable siempre, sea lo que sea que haya solicitado el interesado, pero es inadmisibles cuando las decisiones administrativas interfieren en el ejercicio de los derechos fundamentales; también en el ejercicio de los derechos fundamentales de los funcionarios. Bien está que, en términos de teoría general, los límites estén claros, pues el hecho de que sean implícitos no obsta a su nitidez jurídica. Pero tan importante o más es que se apliquen debidamente. Y las resoluciones que lo hacen apelando simplemente a cláusulas generales tienen en su contra, a mi juicio, una presunción de ilegalidad. No se trata de lo mismo, pero si la carga probatoria se reparte de forma distinta a la habitual en los procesos relacionados con comportamientos antisindicales, también aquí cabe exigir que las limitaciones concretas al ejercicio de la libertad sindical no se funden en argumentos abstractos (necesidades del servicio, principio de jerarquía, etc.) y que corresponda a la Administración demostrar cumplidamente qué requieren e imponen en el caso de que se trate.

²⁰ La STC 91/1983, de 7 de noviembre, relativa precisamente a la pretensión de celebrar una reunión en las dependencias policiales y dentro del horario de trabajo, señala lo siguiente:

“Los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, y entre ellos el de reunión, no son derechos ilimitados sino que encuentran sus límites en el derecho de los demás (art. 10 de la Constitución) y, en general, en otros bienes y derechos constitucionalmente protegidos, según hemos reiterado en diversas ocasiones. Por ello no puede afirmarse, de forma absoluta e incondicionada, que el derecho de reunión comprende el de que, para su ejercicio, un tercero deba poner a disposición de quienes lo ejercitan un local de su titularidad, ni que la entidad donde prestan su servicio deba soportar, en la misma forma absoluta e incondicionada, el que la reunión se celebre dentro del horario de trabajo. Por eso decíamos en la Sentencia de 8 de junio de 1981, recaída en el recurso de amparo 101/1981 («Boletín Oficial del Estado» de 16 de junio de 1981, fundamento jurídico 4) que «si bien el derecho de reunión se tiene en principio frente a los poderes públicos, es admisible y lógico que, con sujeción a la Constitución y sin perjuicio de su regulación general, se puedan contemplar también especialidades en su ejercicio cuando se efectúa en el ámbito laboral o del personal al servicio de la Administración, en la medida en que puede afectar en alguna manera al funcionamiento de la actividad de que se trate, y en que requiere además normalmente la colaboración de la empresa privada o de la Administración para hacerlo efectivo (por ejemplo, reuniones en horas de trabajo o en locales de la empresa)».

Pasando ya al caso concreto planteado, en que se pretende tener un derecho absoluto e incondicionado comprendido en el derecho fundamental de reunión, y también de asociación y libertad sindical, para utilizar locales cuya titularidad pertenece a la Administración, adscritos a un servicio público, dentro del horario de trabajo, es necesario recordar que la Constitución, en su art. 103, establece una serie de principios relativos a la actuación de la Administración -como el servicio a los intereses generales-cuya observancia se traduce en las atribuciones que el art. 16 de la Ley de Régimen Jurídico otorga a los Directores Generales, en orden a la dirección y gestión de los servicios a su cargo, vigilancia y fiscalización de dependencias a su cargo, y establecimiento del régimen interno de las oficinas de ellos dependientes (núms. 1, 2 y 4). De donde deriva como una consecuencia natural, cuando no existe una regulación aplicable diferente, que la utilización de tales dependencias, en todo tiempo, y la celebración de reuniones dentro del horario de trabajo, haya de contar con su autorización”.

Esto vale también para los jueces de lo contencioso, que no pueden apoyarse en la presunción de legalidad de los actos administrativos para considerar, sin más, que las limitaciones efectivamente impuestas son conformes a Derecho.

Por lo demás, debemos señalar que no todo debe hacerse descansar sobre las espaldas de la Administración que decide singularmente; también a la Administración que reglamenta y por lo tanto establece normas le es exigible el cuidado debido. El Reglamento de régimen disciplinario del Cuerpo Nacional de Policía (aplicable supletoriamente a las policías locales) tipificó como falta grave “las manifestaciones públicas de crítica o disconformidad respecto a las decisiones de los superiores”. La Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 1996 (RJ 7606) señaló que el precepto es exhaustivo “de modo que no es posible establecer en relación con el mismo una diferenciación entre manifestaciones públicas de crítica tolerables y las constitutivas de la infracción”, que la libertad de expresión de los policías “por el significado nuclear que tienen los de jerarquía y subordinación (art. 5 LO 2/1986), como principios de actuación, que justifican restricciones del derecho de libertad de expresión mayores que las admisibles en relación con los ciudadanos en general” y que “la cuestión no es la de si es constitucionalmente admisible un tipo de infracción que restringe el derecho fundamental de libertad de expresión de los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía, en cuanto a la crítica de las decisiones de los superiores, mucho más intensamente de lo tolerable, tratándose de otra clase de funcionarios o de ciudadanos en general, sino la de si es compatible con el derecho fundamental aludido la proscripción absoluta de toda crítica pública de dichas decisiones, pues tal es el sentido del tipo impugnado”. Y concluye: “[e]n la medida en que el tipo aquí analizado adolece de exhaustividad y carencia de matices, que se destacaron más atrás, es indudable que resultan incluidas en él conductas de lícito ejercicio del derecho de libertad de expresión, compatibles con los límites específicos derivados del especial rigor de los deberes de jerarquía y obediencia, y en tal sentido el tipo, tal y como está formulado, entra en colisión con el art. 20.1, a) CE, imponiéndose por ello el éxito del recurso en este punto, con la correspondiente anulación del precepto reglamentario impugnado”.

Ese rechazo a la ausencia de matices, expresamente aludido por el Tribunal Supremo, sirve tanto para los reglamentos como para los actos administrativos que aplican las leyes y los reglamentos. Como criterio, me parece por completo acertado.

Concluyo introduciendo una precisión que me sugiere la STSJ de la Comunidad Valenciana de 16 de mayo de 2001 (JUR 2001/280365). Un funcionario de la policía local de Burjassot fue sancionado por introducir propaganda sindical en los casilleros existentes en las dependencias municipales; lo hizo un domingo, cuando estaban cerradas, estando de servicio y presentándose en el lugar vistiendo uniforme, motivo por el que se le facilitó el acceso “en la presunción de que actuaba en ejercicio de sus funciones de policía local” y sin que el funcionario “hiciera aclaración alguna sobre la verdadera razón de su presencia en las indicadas dependencias”. En suma, un funcionario en servicio de vigilancia decidió dedicar parte de su tiempo de trabajo a la difusión de propaganda sindical. y lo hizo además prevaleciendo de la uniformidad, lo que le permitió el acceso a dependencias municipales que estaban cerradas por tratarse de un día festivo.

Al margen de que su conducta del policía pudiera o no subsumirse en el tipo infractor de abuso de autoridad al presentarse de uniforme en las citadas dependencias y pedir al encargado que le permitiera el acceso a las mismas, cabe que nos preguntemos por si aquella puso en peligro o comprometió la eficacia policial. La respuesta es afirmativa. El funcionario estaba de servicio, no disfrutaba de crédito horario y abandonó aquel; da igual que fueran diez minutos o tres horas, extremo sobre el que nada sabemos. Pero el hecho de abandonar el servicio fuera de lo establecido comporta un riesgo potencial para la seguridad ciudadana puesto que si el policía no está cumpliendo sus funciones de vigilancia no está en condiciones de llevar a cabo sus cometidos legales. De igual modo que sucede con determinados ilícitos, cuya condición de tales no depende de un resultado lesivo real sino de quien los comete está en condiciones de producirlo y de cuya persecución velan las policías sin descanso (por ejemplo, conducir con una determinada tasa de alcohol en sangre aunque no se haya causado un accidente o infringido las normas de circulación o incluso las capacidades del sujeto no estén alteradas), es irrelevante que, en la circunstancia, padeciera realmente o no la seguridad ciudadana; se produjo un abandono del servicio en toda regla, absolutamente injustificable desde la perspectiva de lo que ampara la libertad sindical y con riesgo para la seguridad ciudadana; porque, en caso de ser necesaria la presencia del funcionario en un lugar determinado, ¿podría haber cumplido satisfactoriamente con sus funciones constitucionales si estaba repartiendo propaganda sindical en las dependencias municipales en lugar de cumplir con la misión de vigilancia? Claro que puede aducirse que, aun estando dedicado a lo segundo, no hay garantía absoluta de que pudiera actuar eficazmente en caso necesario, por la lejanía del lugar de los hechos, por la falta de medios o por lo que sea; pero estando dedicado a lo primero, la respuesta es obvia, respuesta que, además, tiene la fuerza jurídica que le suministra el hecho normativo conforme al cual los funcionarios de policía en horario de servicio son funcionarios de policía en horario de servicio. Si necesitaba tiempo para repartir propaganda sindical, actividad por completo legítima, debiera haber buscado una solución diferente a su problema.

III. DERECHO DE HUELGA

Entre los derechos individuales que se ejercen de forma colectiva (artículo 15 EBEP) hay uno cuyo tratamiento normativo en el ámbito de la función pública policial puede entenderse que no presenta problemas jurídicos o todo lo contrario. Me refiero al derecho de huelga, cuyo ejercicio está terminantemente prohibido por el artículo 6.8 LOFCS, alcanzando la prohibición a las acciones sustitutivas del mismo o concertadas con el fin de alterar el normal funcionamiento de los servicios.

Desde un punto de vista estrictamente formal, el precepto no suscita dificultades. Es más, podría incluso decirse que clarifica un panorama precedente hasta cierto punto algo confuso, al menos a juzgar por lo señalado en la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 1986 (RJ 2390), dictada a propósito de un Decreto del Alcalde de Barcelona que fijaba unos servicios mínimos para los funcionarios de policía municipal superiores a los establecidos para los demás empleados municipales con motivo de una huelga convocada para el día 20 de junio de 1985. Aunque, al final, el Tribunal Supremo recuerda la prohibición establecida en el artículo 6.8 LOFCS –no aplicable al caso por razones temporales–, antes se detuvo en disquisiciones acerca de los límites a que debe estar sometido el ejercicio del derecho de huelga por los funcionarios de policía, como si diera por descontado que hasta dicha prohibición disponían del mismo²¹.

Diez años después, la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 1996 (RJ 7606) considera que la prohibición legal del ejercicio del derecho de huelga se ajusta a la Constitución dado que ésta ni consagra directamente dicho derecho en relación con la función pública ni autoriza a sostener que su reconocimiento deriva del de sindicación y negociación colectiva. La Sentencia señala que el contraste entre la referencia a *todos* como sujetos del derecho de sindicación y a *los trabajadores* como sujetos del derecho de huelga, “es revelador de la restricción subjetiva del último” y que “el diferente ámbito subjetivo del derecho de sindicación y de huelga, inequívocamente establecidos en los apartados 1 y 2 del art. 28 CE, impide aceptar la argumentación del Sindicato recurrente, que pretende deducir la necesidad constitucional de la atribución del derecho de huelga a los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía, de la atribución a los mismos de los derechos de sindicación y negociación colectiva”. Y añade,

“Cuando ni tan siquiera existe la consagración constitucional de un pleno derecho de sindicación, pues puede no sólo ser limitado, sino exceptuado, el hecho de que al derecho de sindicación, limitadamente reconocido en la LO (de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad), no le siga un derecho de huelga, constituye una opción reguladora del legislador orgánico absolutamente indiscutible desde la clave del art. 28.1 y 2 de la Constitución española.

Y no cabe aludir a la necesaria interpretación restrictiva de los límites de los derechos fundamentales, cuando, como aquí ocurre, el límite cuestionado tiene una plasmación tan inequívoca en el art. 6.8 de la LO (de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad), y en su Exposición de Motivos, que no suscita problema alguno de interpretación, en la que deba utilizarse el exigible criterio restrictivo, sino, pura y simplemente, de acatamiento de preceptos taxativos”.

De las palabras últimamente transcritas podría deducirse que el Tribunal Supremo considera que puesto que la ley prohíbe el ejercicio del derecho nada más hay que discutir, cuando justamente el problema estriba en si la ley puede o no introducir la prohibición²².

²¹ La prohibición del derecho de huelga en el ámbito de la policía (estatal y local) figuraba en el Real Decreto 3624/1977, de 16 de diciembre. La Sentencia referida ni menciona siquiera esta norma.

²² En términos generales, da la impresión de que la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 1996, que resuelve un recurso contra una disposición de carácter general, es renuente a elevar una cuestión de inconstitucionalidad contra los preceptos de la LOFCS de los que traen causa inmediata, e incluso son reproducción literal, los del reglamento impugnado. Por ejemplo, en el caso se discutía la constitucionalidad de la tipificación legal (y reglamentaria) de la infracción muy grave siguiente: haber sido sancionado por la comisión de tres o más faltas graves en el período de un año [artículo 27.3, j) LOFCS]. Pese al tenor literal del precepto, el Tribunal Supremo entiende que “se refiere a una cuarta infracción grave, cuando han precedido las sanciones en él indicadas”, interpretación a mi juicio discutible pues la norma convierte en infracción autónoma el hecho de haber cometido anteriormente tres o más, no una nueva que se suma a las anteriores. La posterior STC 188/2005, de 7 de julio, estima la cuestión de inconstitucionalidad presentada contra el citado artículo 27.3, j) LOFCS. Es destacable que la Sentencia aclare que el non bis in idem opera no sólo en las relaciones Derecho penal-Derecho administrativo sancionador sino también dentro de éste mismo. Al margen de ello, el nervio del razonamiento del Tribunal se encuentra en que la sanción por la mera comisión de infracciones anteriores no obedece a un interés legítimo diferente al satisfecho por las sanciones ya impuestas y supone volver a castigar por lo ya castigado antes sin fundamento para ello. La relación especial de sujeción, a juicio del Tribunal Constitucional, no permite provocar el nacimiento de una conducta infractora únicamente identificada por la comisión de otras anteriores, sin la comisión por ende de hechos típicos nuevos. La reincidencia, señala la Sentencia, es una agravante admisible en términos constitucionales en la medida en que sirva para castigar de modo más severo conductas posteriores a otras ya sancionadas, pero no para engendrar una sanción ajena a la comisión de hechos nuevos. Eso es, justamente, lo que el artículo 27.3, j) LOFCS contemplaba y no lo que el Tribunal Supremo dijo que contemplaba, tesis ésta que le permitió eludir el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad.

Más recientemente, la STSJ del País Vasco de 7 de octubre de 2002 (JUR 2003/104793) considera ajustada al ordenamiento jurídico la denegación de la autorización solicitada por los sindicatos de la Ertzaintza para celebrar una consulta con la finalidad de conocer si los funcionarios del cuerpo secundarían un plante para protestar ante el Departamento de Interior para que este reconociera sus especiales condiciones laborales y personales. El Tribunal entiende que “la consulta se dirige a determinar la adhesión de los funcionarios a una acción concreta que implica una protesta colectiva con abandono de su cometido habitual, y tal cosa ha de considerarse como acción sustitutiva de la huelga, entendida como cesación de la prestación con la finalidad de presionar para conseguir algún objetivo laboral, lo que viene prohibido por el artículo 6.8” LOFCS. El mismo Tribunal, ahora en Sentencia de 11 de septiembre de 2006 (JUR 2007/91520) acepta que el legislador excluya el derecho de huelga de los policías en atención a las singularidades de sus funciones y a que si la propia Constitución autoriza a limitar o incluso exceptuar el derecho de sindicación a los policías, el de huelga, en tanto que elemento de aquel, no tiene por qué ser reconocido por el legislador.

La cuestión, sin embargo, se presta a ciertas consideraciones de orden estrictamente jurídico, que emito telegráficamente.

En la actualidad, la discusión acerca de si los funcionarios públicos disfrutan del derecho de huelga tiene un interés estrictamente histórico y sólo sirve para valorar el esfuerzo intelectual de quienes, ausente todo pronunciamiento legislativo al respecto y ante la actitud esquiva del Tribunal Constitucional, propugnaron en sede doctrinal una respuesta afirmativa, que fue recogida de forma poco elegante en la Ley 30/1984, pues poco elegante es, a mi juicio, reconocer derechos de forma oblicua como lo hizo con el mencionado la citada Ley al limitarse a prever el no devengo ni la percepción de retribuciones en caso de ejercicio del derecho de huelga, pero sin afirmar previamente que el mismo formaba parte del patrimonio jurídico de los funcionarios²³.

Resuelto el problema general, ¿cabe en el marco constitucional que el legislador prive a colectivos enteros de funcionarios del ejercicio de derecho de huelga? No he de entrar aquí en la polémica doctrinal acerca de si se trata de un derecho autónomo pero muy relacionado con el de libertad sindical o de un derecho que, en realidad, está en función del segundo hasta el punto de encontrarse indisolublemente unidas sus respectivas suertes jurídicas. Bástenos con recordar que, según el Tribunal Constitucional, el derecho a la libertad sindical, en su vertiente colectiva, “se integra por los derechos de actividad y los medios de acción que, por contribuir de forma primordial a que el sindicato pueda desarrollar las funciones a las que es llamado por el art. 7 CE, constituyen el núcleo mínimo e indispensable de la libertad sindical (...). Entre estos derechos de actividad y medios de acción que constituyen el núcleo mínimo e indispensable de la libertad sindical este Tribunal ha venido incluyendo el derecho a la negociación colectiva, a la huelga y a la promoción de conflictos”²⁴. Tal es, por lo demás, el criterio del artículo 2.2, d) LOLS, que incluye el derecho de huelga en el ámbito de la libertad sindical y, más en particular, en el ejercicio de la actividad sindical (junto al derecho a la negociación colectiva, al planteamiento de conflictos individuales y colectivos de trabajo y a la presentación de candidaturas para la elección de los órganos de representación unitaria).

En este contexto, y dado que el artículo 28.2 de la Constitución no prevé excepciones o limitaciones, cabría apreciar cierta coherencia interna entre la decisión legal de prohibir el ejercicio del derecho de huelga a determinados colectivos funcionariales y la previa de privarles o limitarles la libertad sindical al amparo del artículo 28.1 de la Constitución. Aun aceptando que el de libertad sindical y el de huelga son derechos fundamentales distintos, podría defenderse la opción mencionada habida cuenta de la dimensión colectiva de los mismos y del papel que los sindicatos representan en la convocatoria y desconvocatoria de las huelgas. Pero, ¿puede decirse lo mismo a propósito de la policía municipal cuyos funcionarios disfrutan de la libertad sindical en términos muy próximos, incluso formalmente idénticos, al de los funcionarios civiles de régimen común?

Desde luego, las razones esgrimidas por el legislador para justificar materialmente la prohibición son consistentes²⁵, pero el debate jurídico no se cierra sobre ellas sino sobre si, a la vista del artículo 28.2 de la Constitución y teniendo en cuenta el régimen del derecho de libertad sindical de los policías municipales, puede establecerla. Cuatro son, a mi modo de ver, las posibles vías de aproximación al problema.

²³ Disposición adicional duodécima de la Ley 30/1984, de Medidas para la reforma de la función pública. El EBEP contiene una previsión similar (artículo 30.2), pero el derecho de huelga está expresamente citado, como ya nos consta, en el catálogo de los individuales que se ejercen colectivamente (artículo 15).

²⁴ STC 17/2005, de 1 de febrero, FJ 2.º, con cita de otras anteriores.

²⁵ Exposición de Motivos de la LOFCS, II, b): la prohibición se establece “en aras de los intereses preeminentes que corresponde proteger a los Cuerpos de Seguridad, al objeto de asegurar la prestación continuada de sus servicios, que no admite interrupción”.

1. Rechazar que dentro del ámbito de aplicación del artículo 28.2 de la Constitución se encuentren los funcionarios públicos y que la expresión *trabajadores* se refiere únicamente a los empleados laborales. Es la solución más sencilla y expeditiva, pero que hoy carece de respaldo doctrinal.
2. Entender que el artículo 104.2 de la Constitución, que remite al legislador orgánico la fijación del estatuto de las fuerzas de policía –y en el estatuto se comprenden los derechos–, permite al legislador disponer de los derechos fundamentales de los policías; pero entiendo que tal hipótesis es contraria al ordenamiento constitucional, pues el legislador regula los derechos que la Constitución reconoce con el obligado respeto a su contenido esencial y no decide acerca de la existencia de los mismos.
3. Acudir a la doctrina de los límites implícitos de los derechos fundamentales. Sin embargo, ello podría quizá aceptarse si estuviéramos hablando de un límite, pero hablamos de una excepción en toda regla, hablamos de la prohibición pura y simple de un derecho fundamental.
4. Apelar a lo dispuesto en el artículo 10.2 de la Constitución, conforme al cual las normas relativas a los derechos fundamentales se interpretarán de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España. Veamos lo que dicen algunos de ellos.
 - a) El artículo 22 del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos deja a salvo la imposición de restricciones legales a la libertad sindical “cuando se trate de miembros de las fuerzas armadas y de la policía”.
 - b) El artículo 8.2 del Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales permite someter a restricciones legales el ejercicio de los derechos de libertad sindical y de huelga a los miembros de las fuerzas armadas, de la policía y de la Administración.
 - c) De la Carta Social Europea (artículos 6 y 31) se deduce que el derecho de huelga puede ser limitado o restringido por razones de protección del orden público; lo mismo en el texto revisado (1996, firmado pero aún no ratificado por España). A la vista de este último texto, el Comité Europeo de Derechos Sociales ha señalado que el derecho de huelga de ciertas categorías de funcionarios puede ser limitado, debiendo circunscribirse las restricciones a los agentes que ejercen funciones que, en razón de su naturaleza, están directamente relacionadas con la seguridad nacional o el orden público. Recuérdese, por lo demás, que el Reino de España ha ratificado la Carta Social bajo reserva de que interpretará los artículos 5 y 6 de forma compatible con los artículos 28, 37, 103.3 y 137 de la Constitución; y que el Comité de Ministros del Consejo de Europa, al hilo de la aprobación del Código Europeo de Ética de la Policía (2001), ha entendido que no es contrario a la Carta Social la prohibición del derecho de huelga.
 - d) El Convenio 151 de la OIT permite a los legisladores nacionales determinar el punto hasta el que las garantías que prevé son aplicables a las fuerzas armadas y a la policía.
 - e) El artículo 11.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos permite que el derecho a fundar sindicatos y de afiliarse a los mismos en defensa de sus intereses pueda ser restringido legítimamente para los miembros de la policía. Dado que de la decisión Unison contra Reino Unido, de 10 de enero de 2002, se infiere que el Tribunal de Estrasburgo considera que el derecho de huelga está incluido en el ámbito de aplicación del precepto, cabe afirmar que otorga cobertura a las restricciones legítimas de dicho derecho en el sector de la policía.

A la vista de ello, puede sostenerse que los convenios internacionales suscritos por España confieren al legislador nacional cierta libertad a la hora de decidir acerca de la extensión del derecho de huelga en el ámbito de la policía. Aunque no lo citen expresamente, en tanto en cuanto admitan restricciones o limitaciones a la libertad sindical no constituye un desvarío hermenéutico sostener que lo mismo es predicable del derecho de huelga, entre otras razones porque sus repercusiones sobre el funcionamiento normal de los servicios de policía son muy superiores a los del ejercicio de la libertad sindical y porque en nuestro ordenamiento la actividad sindical comprende el ejercicio del derecho de huelga.

Ahora bien, ¿permite el artículo 10.2 de la Constitución apelar al Derecho internacional de los derechos humanos para avalar exclusiones del ejercicio de un derecho fundamental no previstas constitucionalmente? ¿se puede justificar jurídicamente en los tratados y convenios internacionales la privación del ejercicio del derecho de huelga en el ámbito de la policía local?

El citado precepto se introdujo en la Constitución con el propósito de facilitar que en la España de hace 30 años entrara la bocanada de aire fresco que suponían algunos textos internacionales importantes y su interpretación por los órganos competentes, pero no para introducir excepciones al régimen de los derechos fundamentales que el constituyente, pudiendo hacerlo, no quiso que figuraran en la norma fundamental.

Más aún, algunos de esos textos contienen una cláusula que impide que de ellos deriven consecuencias no previstas en los ordenamientos de los Estados partes²⁶ y si bien la remisión a las restricciones y excepciones previstas en tales ordenamientos se hace acompañada del adjetivo legales (restricciones legales) o encomiando el papel de la ley, tales referencias no deben interpretarse en sentido estricto (ley aprobada por las Cortes Generales) sino comprensivo de la propia Constitución, que en nuestro ordenamiento y en materia de derechos fundamentales es la fuente del Derecho que marca la pauta a seguir por el legislador constituido. Y si la Constitución no dice nada en orden a las excepciones, el Derecho internacional poco tiene que hacer aquí; puede, sin duda, avalar los límites previstos en ella o desautorizarlos, pero no levantar barreras que la Constitución no ha levantado. Si el Derecho internacional de los derechos humanos sirve para que el legislador interprete los preceptos constitucionales de acuerdo con el contenido de los tratados y convenios, que se convierte así en el contenido constitucionalmente declarado de los derechos reconocidos en la Constitución (STC 236/1997, de 7 de noviembre, FJ 5), parece claro que aquellos tratados y convenios no pueden utilizarse para introducir limitaciones o excepciones cuya existencia no se infiere de la Constitución.

En este contexto, y no sin señalar que los textos internacionales hablan de límites o de restricciones, lo que probablemente no podría interpretarse en el sentido de exclusiones totales, cabe recordar que la STC 259/2007, de 19 de diciembre, se apoya en el artículo 8 del Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales para afirmar la inconstitucionalidad del artículo 11.2 de la Ley Orgánica 4/2000, que limitaba el ejercicio del derecho de huelga a los extranjeros a la hipótesis de que estuvieran autorizados para trabajar. A juicio del Tribunal, ello “no se compadece con el

reconocimiento del derecho de huelga que proclama el art. 28.2 CE, interpretado conforme a la normativa internacional sobre este derecho ratificada por España, en particular el art. 8.1, d) PIDESC, en cuya virtud los Estados signatarios del Pacto han de garantizar el ejercicio del derecho de huelga, de forma que la regulación que se establezca deberá tener por objeto el ejercicio del derecho y no impedirlo a los trabajadores que prestan servicios retribuidos por cuenta ajena sin contar con los preceptivos permisos legales” (FJ 7). Y nótese, por cierto, que en el caso señalado el artículo 13.1 de la Constitución habilita al legislador para establecer el régimen de ejercicio de los derechos fundamentales por los extranjeros²⁷, habilitación que no existe en nuestro caso y de la que el Tribunal Constitucional se ha preocupado por señalar que no *desconstitucionaliza* la posición jurídica de los extranjeros puesto que el legislador, aun disponiendo de un amplio margen de libertad para configurarlos, se encuentra sometido a los límites derivados del conjunto del Título I de la Constitución, y en particular de los contenidos en el artículo 10 de la misma (STC 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 3).

A la vista de lo expuesto, y en trance de salvar una prohibición legal que tiene sólidos fundamentos materiales, no queda más remedio que volver la vista hacia las tesis que defienden que el artículo 28.2 no se refiere a los funcionarios. De esta forma, la huelga en la función pública sería materia de exclusiva competencia del legislador, criterio que, por lo demás, parece ser el del Tribunal Constitucional, quien hasta ahora ha eludido afirmar que el derecho de huelga de los funcionarios deriva directamente de la Constitución. No considero, en cambio, válida la tesis que defiende que la prohibición es una de las peculiaridades constitucionalmente aceptadas dentro de la libertad sindical de los funcionarios; a mi juicio, parece evidente que la prohibición del ejercicio del derecho de huelga es algo más que la introducción de una peculiaridad en el ejercicio de la libertad sindical. Es, pura y simplemente, la ablación de parte del contenido esencial de dicha libertad.

En realidad, y salvando una eventual reforma constitucional que aclarara definitivamente el panorama jurídico, lo idóneo sería que el Tribunal Constitucional interviniera y expusiera su superior criterio. En la doctrina laboralista, los autores que afirman la inconstitucionalidad del artículo 6.8 LOFCS son numerosos; parece llegada ya la hora de contar con un criterio jurídico de referencia que despeje las dudas.

No quisiera concluir este apartado sin realizar las consideraciones siguientes.

A) Soy partidario decidido de que los policías en general no dispongan del derecho de huelga; que la formulación legal de la prohibición sea problemática en términos de constitucionalidad nada dice en contra de su fundamento material. Mientras dicha prohibición subsista, su observancia es obligada, y no puede eludirse a través de fórmulas indirectas de las que a veces dan cuenta los medios de comunicación (acumulación de bajas laborales en un mismo día); como la prohibición alcanza a las acciones no sólo sustitutivas del mismo sino también

²⁶ Así, el artículo 5.2 del Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales, que ya hemos visto es explícito en orden a la admisión de las restricciones legales al ejercicio del derecho de huelga en el ámbito de la policía, dispone lo siguiente: “[n]o podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un país en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, a pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado”.

²⁷ Según dicho precepto, “[l]os extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título [el Primero de la Constitución: De los derechos y deberes fundamentales) en los términos que establezcan los Tratados y la ley”.

concertadas con el fin de alterar el normal funcionamiento del servicio, es notorio que no cabe la adopción de ninguna medida de presión. Ello podrá gustar o no, pero el primer deber de los policías es respetar la legalidad vigente.

B) La privación del derecho de huelga, y pienso ahora básicamente en la policía local, supone necesariamente que los cauces de la negociación colectiva deben funcionar de la forma más engrasada posible. Debe reclamarse de la Administración una cuidadosa observancia del principio de buena fe negociada, aquí particularmente importante pues los funcionarios están desprovistos de un arma de gran importancia práctica. Por lo mismo, deberían apurarse al máximo las posibilidades previstas de solución extrajudicial de conflictos colectivos. Éstas y una actitud adecuada en la negociación tienen aquí una relevancia muy acusada. Y de igual modo que a los funcionarios de policía les es exigible el respeto a la legalidad, a la Administración le es exigible responsabilidad institucional, susceptible de controles sociales y políticos.

En términos prácticos, lo que se acaba de mencionar bien podría traducirse en la necesidad de agotar los cauces de solución extrajudicial de conflictos colectivos en caso de fracaso de la negociación antes de considerar habilitada a la Administración para determinar unilateralmente las condiciones de trabajo de los funcionarios de la policía local. Claro que ello requiere una negociación específica entre aquella y éstos, pero el hecho de que carezcan del derecho de huelga es razón suficiente para postularla.

C) Cabría estudiar si la privación del derecho de huelga no debería compensarse de alguna forma y tener reflejo en el sistema retributivo.

IV. NEGOCIACIÓN COLECTIVA

En la actualidad, no queda espacio para el debate acerca de si los funcionarios públicos disponen o no del derecho a la negociación colectiva ni tampoco acerca del fundamento constitucional del mismo. Es sabido que, en un primer momento, el Tribunal Constitucional señaló que del derecho de sindicación de los funcionarios no deriva como consecuencia necesaria la negociación colectiva, y menos con efectos vinculantes” (Sentencia 57/1982, de 27 de julio). En realidad, el Tribunal Constitucional no dijo que los funcionarios no pudieran participar en la determinación de las condiciones de trabajo mediante la negociación colectiva, sino que ésta no tiene por qué traducirse, en el ámbito de las Administraciones Públicas, en un instrumento vinculante (convenio

o como se le quiera llamar), al estilo del previsto en el artículo 37.1 de la Constitución; el Tribunal Constitucional, en suma, reclamaba que fuera el legislador quien zanjara la cuestión, reconociéndole implícitamente un cierto margen de maniobra.

La posición del Alto Tribunal al respecto ha experimentado una notable clarificación una vez que el legislador ha decidido regular este particular. Como mero recordatorio del estado de la cuestión, y teniendo en cuenta únicamente la doctrina constitucional más moderna y sus argumentos de principio, señalemos lo siguiente²⁸.

a) En el ámbito laboral, no es preciso justificar jurídicamente el derecho a la negociación colectiva, pues el artículo 37.1 de la Constitución le confiere suficiente fundamento normativo; en cambio, en el ámbito funcional las cosas se presentan de otro modo pues dicho derecho reclama cobertura específica. Dado que no deriva del de sindicación de los funcionarios públicos, debe ser la ley la que en su caso lo reconozca; si la ley lo hace, y en los términos en que lo haga, se integrará como contenido adicional del de libertad sindical, en el que inicialmente no está comprendido. Por ello, si la ley establece el derecho de los sindicatos a la negociación colectiva en el ámbito funcional, la integración del derecho a negociar en el de libertad sindical como contenido adicional del mismo tendrá lugar en los exactos términos que la ley establezca. Hablamos, por consiguiente, de un *derecho de configuración legal*.

b) El legislador no deja el diseño de la negociación colectiva a la plena libertad de los sindicatos y de las Administraciones Públicas, sino que establece por sí mismo los órganos de negociación, el objeto de ésta y las líneas generales del procedimiento, no siendo viable una negociación al margen de los términos legalmente establecidos. Existen órganos que, según el legislador, son los cauces en cuyo seno se articula y desarrolla la negociación colectiva, que son indisponibles para los interlocutores en cuanto a la denominación, composición, ámbito funcional y materias a negociar, de forma tal que la negociación debe forzosamente articularse a través de lo dispuesto en la ley, sin que exista un derecho a negociar al margen de la misma. En consecuencia, la integración del derecho a la negociación colectiva como contenido adicional del de libertad sindical se produce única y exactamente en la forma señalada por el legislador.

²⁸ Cfr. las Sentencias del Tribunal Constitucional 80/2000, 224/2000, 85/2001 y 222/2005, de las que tomamos únicamente los razonamientos generales.

Ello explica que aunque la LOLS lleve a cabo un tratamiento unitario de la libertad sindical de los sujetos de una relación laboral y de los que lo sean de una relación de carácter administrativo o estatutario (con las excepciones que ella misma señala y remitiendo el régimen sindical de los policías a su normativa específica), y por tal motivo no distinga entre empleados comunes y funcionarios en punto al contenido de la libertad sindical y al derecho de las organizaciones sindicales en el ejercicio de la libertad sindical, introduzca una distinción importante y acreditativa de la quiebra de dicho tratamiento unitario, precisamente al hilo de la negociación colectiva. Y así, las organizaciones sindicales más representativas gozan de capacidad para negociar colectivamente en los términos del Estatuto de los Trabajadores, pero en el ámbito del empleo público se dice que tienen capacidad para “participar como interlocutores en la determinación de las condiciones de trabajo en las Administraciones Públicas a través de los oportunos procedimientos de consulta o negociación”. La LOLS deja abierta, así, la posibilidad de que el legislador configure de una forma u otra dicha participación, posibilidad que no obstante tiene un límite: reconocido constitucionalmente el derecho de sindicación de los funcionarios públicos y teniendo en cuenta los Convenios internacionales ratificados por España, no parece que el legislador esté habilitado para privar a aquellos de toda posibilidad de participación efectiva en la determinación de sus condiciones de trabajo. Pero es obvio que, aun contando con dicha limitación, las posibilidades de la regulación son muy amplias.

En el contexto descrito hemos de situar las disposiciones del EBEP reguladoras de la negociación colectiva de los funcionarios, que sustituyen a las de la Ley 9/1987, que fue modificada en 1990 justamente para introducir el derecho a la negociación colectiva a partir de la idea, expresada en el Acuerdo de 6 de abril de dicho año suscrito entre UGT, CC.OO y la Administración del Estado, de que dicho derecho forma parte del contenido de la libertad sindical, cuyo ejercicio era preciso normalizar.

¿Cuáles son las líneas maestras del EBEP, cuyo artículo 31.2 precisa que por negociación colectiva se entiende el derecho a negociar la determinación de las condiciones de trabajo de los empleados de la Administración pública?

A) Comencemos precisando que lo que el precepto citado reconoce es el derecho a negociar, no el derecho a que la negociación se plasme en un instrumento jurídicamente vinculante. A diferencia de lo que sucede en el ámbito laboral, tal plasmación no es un imperativo jurídico ineludible (artículo 37.1 de la Constitución), sino que habrá de articularse a través de los instrumentos que el legislador establezca y éstos con la eficacia que les confiera. Si la doctrina constitucional conforme a la cual del derecho de sindicación de los funcionarios no deriva como consecuencia necesaria la negociación colectiva ha quedado superada por la inclusión legal de ésta como contenido adicional de la libertad sindical, pervive todavía la idea, igualmente presente en aquella doctrina, de que la negociación no tiene porqué traducirse en instrumentos vinculantes. Es más, cabe perfectamente que no se llegue a resultado alguno sin que por ello padezca el derecho a negociar siempre que, obviamente, se haya observado el principio de buena fe; de ahí que la determinación unilateral de las condiciones de trabajo, prevista como último recurso en el artículo 38.7, no pueda considerarse como contraria a la garantía constitucional de la libertad sindical ni al derecho a la negociación colectiva configurado como contenido adicional de aquella.

El derecho a negociar, por lo demás, únicamente puede ejercerse a través de los procedimientos y por los sujetos predeterminados por la Ley (artículo 31.5 EBEP). Si en el ámbito laboral caben los denominados convenios *extraestatutarios*, no negociados ni concluidos de acuerdo con las reglas del Estatuto de los Trabajadores, en el funcional no, conclusión clara que ha de extenderse a la negociación colectiva de los demás empleados públicos pues también la de éstos está sometida a la Ley.

B) El legislador enuncia los principios a los que ha de sujetarse la negociación: legalidad, cobertura presupuestaria, obligatoriedad, buena fe negocial, publicidad y transparencia (artículo 33.1).

Son principios obvios, casi diría que elementales, que no requieren ninguna precisión adicional. Únicamente cabe recordar, en relación con el primero, que la jurisprudencia defiende tenazmente que la ley no puede considerarse una plataforma de mínimos mejorable en las mesas de negociación²⁹ y que la STC 1/2003, de 16 de enero, ha señalado si la regulación del estatuto funcional está constitucionalmente reservada a la ley, ello “no impide la colaboración de las normas reglamentarias y, en su caso, de otro tipo de fuentes normativas (como los convenios colectivos), aunque ésta por definición deba ser limitada, en la ordenación de la materia”; en relación con el

²⁹ La fórmula jurisprudencial ha devenido célebre: “las características de pormenorización, rigidez y uniformidad inherentes al régimen estatutario emanado de la legislación básica del Estado y, en su caso, de los órganos legislativos de las Comunidades Autónomas, no permite que, por analogía con el sistema de relaciones laborales, tal bloque legislativo sea identificable como plataforma de mínimos sobre la que pueda pivotar una constelación de unidades negociadoras pactando cada una a su libre albedrío, bajo el lema de lo que lo que no está prohibido por la Ley está permitido y puede ser objeto de negociación con arreglo al buen criterio de la Mesa de Negociación”. Véanse, por ejemplo, las Sentencias del Tribunal Supremo de 16 de noviembre de 1994 (RJ 9254), 16 de junio de 1995 (RJ 4994), de 30 de octubre de 1995 (RJ 7907) y de 4 de diciembre de 1995 (RJ 1564).

segundo, que los mismos argumentos utilizados para justificar la competencia del Estado para fijar en las leyes anuales de presupuestos los límites de las retribuciones de los empleados públicos se han utilizado para avalar la limitación en las mismas leyes de la oferta de empleo público por parte de las Administraciones Públicas, singularmente las autonómicas³⁰; y, en relación con el tercero que la obligatoriedad se refiere al hecho de negociar (por supuesto que de buena fe), no a que la negociación haya de concluir en un pacto o acuerdo.

De hecho, la Ley prevé que la negociación no llegue a puerto, atribuyendo entonces a los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas, como se ha mencionado ya, la potestad de establecer unilateralmente las condiciones de trabajo de los funcionarios (artículo 38.7 EBEP). Esta posibilidad, no obstante, debe contemplarse como lo que es, como un último recurso. Pensando en los policías locales, la circunstancia de que carezcan de derecho de huelga parece que debe imponer el agotamiento de los procedimientos de solución extrajudicial de conflictos contemplado en el citado precepto como paso previo a dar en su caso antes de ejercer tal potestad.

C) Se reserva la legitimidad negocial a las organizaciones sindicales más representativas a nivel estatal y de Comunidad Autónoma, así como a los sindicatos que hayan obtenido el 10% o más de los representantes en las elecciones para Delegados y Juntas de Personal, en las unidades electorales comprendidas en el ámbito específico de las mesas de negociación; éstas, obviamente, no son las titulares del derecho, sino las organizaciones sindicales referidas³¹. Ello supone, por ejemplo, que son los sindicatos los legitimados para reclamar judicialmente la infracción del deber de negociar y no las mesas de negociación, como ha señalado el Tribunal Constitucional en la Sentencia 74/2005, de 4 de abril, relativa a determinados acuerdos municipales (entre otros, la aprobación de las bases de la convocatoria para la cobertura de la plaza de sargento de la policía local) adoptados sin que mediara la preceptiva negociación colectiva³².

Cabe señalar que en punto a la legitimidad negocial el Informe de la Comisión hizo notar que

“la exclusión de cualquier intervención de las Juntas de Personal (o Delegados del personal funcionario) como sujetos legitimados para negociar colectivamente puede restar agilidad y flexibilidad a la propia negociación colectiva y limitar su alcance real, especialmente en el caso, de nuevo, de las Entidades Locales de menor población, ya que los sindicatos pueden carecer de representatividad entre el personal de muchas de ellas. Además, no puede desconocerse que la representatividad de los sindicatos que negocian las condiciones de empleo de los funcionarios públicos no es, en absoluto, la misma, entre todos los grupos y colectivos de funcionarios y que algunos de éstos no se consideran adecuadamente representados por aquéllos.

Por eso creemos conveniente, apelando de nuevo al consenso en estas materias, que, mediante negociación colectiva en la Mesa General de las Administraciones Públicas, se pueda establecer para determinados ámbitos inferiores y, muy en particular, para las Entidades Locales que, además de los sujetos hoy legitimados, también puedan negociar colectivamente las Juntas de Personal y Delegados del personal funcionario. Como puede verse, se dejaría en manos de la Administración y de los sindicatos más representativos la posibilidad de variar o complementar en este punto la legislación básica”.

Es notorio que el legislador no ha seguido en este punto las sugerencias del Informe. No obstante, en la medida en que la negociación colectiva en el ámbito de la función pública se configura como un contenido adicional de la libertad sindical, no carece de lógica que la legitimación negocial se reconozca exclusivamente a la organizaciones sindicales³³ o, más precisamente, a las organizaciones sindicales que reúnan determinadas

³⁰ Véase la STC 178/2006, de 6 de junio, FFJJ 3 a 5.

³¹ Por lo demás, que las mesas no son titulares del derecho se deduce claramente de su composición mixta (banco público y banco social) y del dato de que si la Administración no tiene derecho alguno a la negociación colectiva, mal puede tenerlo el órgano de negociación en el que aquella está representada. La Administración tiene la obligación de negociar y los sindicatos el derecho a negociar, deber y derecho que se articulan orgánicamente en las mesas de negociación pero sin que ello suponga modificación alguna del dicho esquema.

³² La Sentencia resuelve el recurso de amparo interpuesto frente a del TSJ de Valencia de 24 de diciembre de 2001 (JUR 2004/33133), que señaló que “[e]s fundamental observar que el derecho de negociación colectiva regulado en la Ley de última cita (se refiere la Sala a la Ley 9/1987) se deposita en órganos estables de creación legal, como son las Mesas de negociación, sin que por tanto se atribuya a de modo directo a los sindicatos. Estos carecen de una legitimación propia para la negociación, siendo sólo la Mesa correspondiente la que puede reclamar ésta, o la que, en su caso, puede reclamar si se omite. La posición de los sindicatos debe limitarse a reclamar su participación en ese órgano, pero las eventualidades de la negociación o de la no negociación se sitúan en el plano de la actuación de ese órgano de creación legal, y no propiamente en el contenido esencial de la libertad sindical”. A partir de ahí, el TSJ niega legitimación procesal al sindicato para impugnar los acuerdos citados, adoptados sin previa negociación. En realidad, el origen de la atribución a las mesas de negociación de la titularidad del derecho a la negociación colectiva hay que buscarlo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, jurisprudencia de la que se han hecho eco otros Tribunales, y que parece que debe tenerse por superada.

³³ El artículo 40 EBEP deja claro que entre las funciones de los órganos de representación no se encuentra ninguna relacionada con la negociación colectiva y, desde luego, cualquier intento hermenéutico dirigido a sostener lo contrario ha de resultar vano. Cuestión diferente es que entre las materias objeto de consulta a los órganos de representación figuren algunas

condiciones de representatividad³⁴. He aquí una diferencia clara entre el régimen previsto en el Estatuto de los Trabajadores, en el que se reconoce legitimación negocial a los comités de empresa y a los delegados de personal; aunque, como cierto contrapunto, el Estatuto de los Trabajadores no reconoce a los sindicatos capacidad de convocar reuniones o asambleas, y el EBEP sí.

Por lo demás, la legitimación negocial por irradiación se limita a las organizaciones más representativas a nivel estatal y de Comunidad Autónoma, pues todas las demás legitimadas han de haber obtenido el 10% o más de los representantes en las elecciones a delegados o juntas de personal en el ámbito electoral de la mesa de que se trate, lo que es relevante en las unidades de negociación constituidas en la Administración local.

D) En la configuración del banco público, el Estatuto introduce un novedad importante, acogiendo la sugerencia del Informe de la Comisión. Así, el artículo 33.2 permite a las Administraciones públicas “encargar el desarrollo de las actividades de negociación colectiva a órganos creados por ellas, de naturaleza estrictamente técnica, que ostentarán su representación en la negociación colectiva previas las instrucciones políticas correspondientes y sin perjuicio de la ratificación de los acuerdos alcanzados por los órganos de gobierno o administrativos con competencia para ello”. Las razones aducidas en el Informe merecen ser recordadas ahora: en muchos casos, los representantes públicos se ven muy condicionados por elementos de carácter político, “de lo que pueden derivar consecuencias no siempre positivas para el interés público o extralimitaciones del marco legal establecido” y, además, “sobre todo en el caso de las pequeñas Entidades Locales, los negociadores pueden desconocer o conocer sólo parcialmente el alcance y el procedimiento de la propia negociación colectiva funcional”.

E) Por limitarnos a la negociación en el ámbito local, debemos comenzar señalando que su ámbito objetivo puede ser más bien reducido. Por lo pronto, en la Mesa General de Negociación de las Administraciones Públicas se han de negociar todas las materias objeto de negociación “que resulten susceptibles de regulación estatal con carácter de norma básica, sin perjuicio de los acuerdos a que puedan llegar las Comunidades Autónomas en su correspondiente ámbito territorial en virtud de sus competencias exclusivas y compartidas en materia de función pública”. Y será objeto específicamente de negociación en dicho foro “el incremento global de las retribuciones del personal al servicio de la Administraciones Públicas que corresponda incluir en el Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado de cada año”³⁵. Teniendo en cuenta que las Comunidades Autónomas disponen igualmente de competencias en materia de función pública local, cabe perfectamente que las mesas generales de ámbito autonómico negocien sobre materias de competencia autonómica pero que afectan al régimen de los empleados públicos locales, supuesto en el que la necesidad de que figuren en ella sindicatos con representatividad en la función pública local parece evidente.

Al igual que la legalidad precedente, el EBEP parte de la constitución de mesas de negociación en el ámbito de cada una de las entidades locales. La norma incorpora, con todo, dos previsiones de interés.

– En primer lugar, reconoce con carácter general la posibilidad de crear mesas sectoriales dependientes de las generales, “en atención a las condiciones específicas de trabajo de las organizaciones administrativas afectadas o a las peculiaridades de sectores concretos de funcionarios públicos y a su número” (artículo 34.4 EBEP). En realidad, tal posibilidad podía considerarse jurídicamente viable antes del Estatuto, pero ahora es clara y no está sometida a ninguna clase de debate³⁶.

A primera vista, aquí se abre un campo propicio para la negociación colectiva en el ámbito de la policía local en aquellas entidades que cuenten con cuerpos formados por un número significativo de funcionarios, que podrán negociar así sus condiciones de trabajo en una mesa sectorial, dependiente de la general, en todo aquello que ésta no decida o explícitamente les reenvíe o delegue (artículo 34.5), respetando siempre los criterios de primacía

que son también objeto de negociación colectiva (establecimiento de la jornada laboral y horario de trabajo, régimen de vacaciones y permisos), pero es notorio que no se trata de una negociación de dichas cuestiones y que la consulta deberá tener lugar después de aquella, versando generalmente sobre la aplicación de los criterios acordados o pactados.

³⁴ Según la STS de 19 de mayo de 1995 (RJ 4277), “[s]i, pues, ni de la Constitución ni de la normativa infraconstitucional de desarrollo se deduce la existencia de un derecho de negociación colectiva de todo sindicato, como contenido de la libertad sindical, y el existente se limita a sólo los sindicatos más representativos o a los simplemente representativos por su implantación en un concreto sector, los avatares concernientes a una pretendida negociación colectiva de un sindicato de funcionarios que carece de esas condiciones de representatividad (lo contrario reclamaría la correspondiente prueba, que ni se ha intentado), resultan cuestiones ajenas al derecho fundamental de libertad sindical, e inidóneas para alojarse en el restringido marco del proceso especial de tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales”.

³⁵ Recuérdese que, como ya se ha dicho, la STC 178/2006 considera que las leyes de presupuestos generales del Estado pueden imponer límites a las ofertas de empleo público con cobertura en los artículos 149.1.13 y 156.1 de la Constitución.

³⁶ El artículo 31.1 de la Ley 9/1987 disponía la creación de una serie de mesas sectoriales en el ámbito estatal y admitía que por decisión de la Mesa General de Negociación en dicho ámbito se pudieran constituir otras sectoriales “en atención al número y peculiaridades de sectores concretos de funcionarios públicos”. Como el citado precepto no tenía carácter básico, cabía sostener que la posibilidad que contemplaba podía ser también una realidad en los ámbitos diferentes al estatal.

y complementariedad, expresamente sancionados en el artículo 38.9 del Estatuto³⁷. De hecho, la experiencia enseña que, en efecto, antes del EBEP se han constituido mesas sectoriales en este ámbito, no existiendo razones que justifiquen que en lo sucesivo hayan de cambiar las cosas. Por lo común, los argumentos utilizados para justificar dicha constitución giran en torno a las especiales características de la función de la policía local, que parecen sin duda poderosas.

Al respecto cabe señalar que tales mesas sectoriales se caracterizarán por constituir unidades de negociación de la determinación de las condiciones de trabajo de un *cuerpo de funcionarios*, motivo por el que cabe temer que se introduzcan en el proceso criterios corporativos y ajenos a una visión de conjunto de las condiciones de trabajo de los funcionarios de la entidad local respectiva. De todas formas, y dado que la composición del *banco social* obedece a los mismos criterios que la de las mesas generales, lo más habitual será que los sindicatos policiales no estén presentes en la mesa sectorial, por lo que las organizaciones sindicales legitimadas para negociar podrán hacerlo teniendo en cuenta dicha visión de conjunto, aunque sin perjuicio de reparar en las específicas singularidades funcionales de la policía local. Cabe, no obstante, valorar una hipótesis que quizá pueda servir para que los sindicatos de la policía local sí estén representados en las mesas sectoriales.

Me refiero a la posibilidad que el artículo 39.4 EBEP brinda a los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas de “modificar o establecer unidades electorales en razón del número y especialidades de sus colectivos, adecuando la configuración de las mismas a las estructuras administrativas o a los ámbitos de negociación constituidos o que se constituyan”. Merced a ello, y supuesta la constitución de una unidad electoral en el ámbito de la policía local, los sindicatos policiales podrían figurar en la mesa sectorial si, como es previsible, obtienen el 10 o más de los representantes en las elecciones a delegados y juntas de personal.

Cabría valorar si dicha mesa sectorial podría abarcar no sólo al personal de policía local sino a otros funcionarios municipales con tareas relacionadas con la seguridad pública (servicios de extinción de incendios, por ejemplo), posibilidad que estaría justificada si existen razones objetivas que avalen que las condiciones de trabajo de tales colectivos deben ser las mismas.

– Novedad relevante es el reconocimiento de la legitimidad negocial de las asociaciones de municipios así como de las entidades locales de ámbito supramunicipal, pudiendo los municipios adherirse con carácter previo o de manera sucesiva a la negociación colectiva que se lleve a cabo en dicho ámbito. De igual modo, se contempla que una Administración o Entidad pública pueda “adherirse a los Acuerdos alcanzados dentro del territorio de cada Comunidad Autónoma, o a los acuerdos alcanzados en un ámbito supramunicipal (artículo 34.2).

La norma proviene de la sugerencia del *Informe de la Comisión para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público* en el que podemos leer que

“la práctica viene demostrando la existencia de algunos problemas en el ámbito de la Administración Local, ya que en muchos pequeños municipios la negociación colectiva no existe y en otros parece conveniente llevar a cabo una negociación en ámbitos supramunicipales, para homogeneizar las condiciones de empleo del personal y facilitar un procedimiento de negociación más objetivo y riguroso”, proponiéndose al efecto “reconocer la legitimación negocial de las asociaciones de municipios, así como la de entes locales intermedios, de creación legal o de base asociativa, áreas metropolitanas y otras agrupaciones de municipios legalmente previstas, así como que la negociación colectiva pueda realizarse en un marco provincial por las Diputaciones Provinciales o Forales o, en su caso, la Comunidad Autónoma”.

Con independencia de otras consideraciones, no cabe duda de que el mecanismo puede ser útil para resolver problemas reales de negociación colectiva en pequeños municipios. Y aunque sobre la cifra de población que podríamos seleccionar para calificar a un municipio de pequeño cabe discutir, es una evidencia empírica que de los algo más de 8.100 municipios que existen en España unos 6.800 tienen menos de 5.000 habitantes. En ellos pueden existir cuerpos de policía local pues las Comunidades Autónomas son libres para determinar la cifra de población mínima requerida para su válida constitución. El legislador estatal ha señalado el umbral poblacional de los 5.000 habitantes, pero como no se trata de una norma básica, algunas Comunidades Autónomas lo asumen, otras establecen uno superior, otras uno inferior y otras ninguno; y ello sin contar con que, además, siempre es posible la dispensa por razones justificadas y la consiguiente creación de cuerpos locales de policía en municipios que no alcanzan la cifra exigida. Para los funcionarios de muchos cuerpos policiales de reducidas dimensiones, al

³⁷ Sobre el significado de dichos criterios podemos traer a colación lo indicado en el Acuerdo de 20 de mayo de 2008, de la Mesa General de Negociación de la Administración General del Estado para la ordenación de la negociación colectiva en la Administración General del Estado (BOE de 6 de junio de 2008). El de primacía supone que en las mesas distintas a la general las partes no pueden modificar los criterios generales acordados en ésta ni plantear temas distintos a los expresamente encomendados en ella; en virtud del criterio de complementariedad, “los acuerdos o pactos establecidos en un ámbito inferior de negociación, cuando aborden una materia ya regulada en un acuerdo de ámbito superior no podrán modificar lo acordado, limitándose exclusivamente a complementar, cuando proceda, el acuerdo del ámbito superior”.

igual que para los demás funcionarios de los pequeños municipios, la fórmula establecida por el legislador puede resultar de utilidad.

La duda que se suscita en este punto es si el espacio supramunicipal de negociación puede servir para la determinación de las condiciones de trabajo de los cuerpos de policía local y sólo de ellos. Esto es, ¿cabría una suerte de mesa sectorial de negociación de las condiciones de trabajo de los funcionarios de policía local? Las mismas razones materiales que pueden avalar la constitución de mesas sectoriales dependientes de las generales de negociación en el ámbito municipal pueden hacerlo en el supramunicipal. En la respuesta no ha de influir que desde la Ley Orgánica 16/2007, de 13 de diciembre, esté prevista la asociación de municipios limítrofes pertenecientes a una misma Comunidad Autónoma para la prestación de los servicios de policía local pues en el mejor de los casos se tratará de una suerte de mancomunidad cuyo objeto es el señalado, circunstancia que no avala la constitución de una unidad supramunicipal de negociación de la que pueda desgajarse lo relativo a la policía local.

– En cuanto a las materias objeto de negociación, cabe señalar que aquí no existe ninguna particularidad digna de mención. La práctica enseña que los acuerdos versan sobre cuestiones diversas: calendario laboral (jornadas y horarios), compensación de festivos y turnos nocturnos, compensación de los servicios extraordinarios, vacaciones, compensación por asistencia a juzgados, posibilidades de cambio de los servicios, descanso entre jornadas, salud laboral, etc.

No parece necesario que nos detengamos en ello salvo para señalar que en la determinación de las condiciones de trabajo debe tenerse muy presente el interés público cifrado en la necesidad de conseguir un funcionamiento eficaz del servicio. De nuevo, las funciones de los cuerpos locales de policía impiden considerar que en ejercicio del derecho a la negociación colectiva los funcionarios aspiren únicamente a obtener el mayor número de ventajas posible, dentro de lo que se puede negociar. Esta legítima aspiración debe ir acompañada de la conciencia de que la tarea de la policía no es una más de las administrativas, sino una muy cualificada y de extraordinaria trascendencia social.