|  |  |
| --- | --- |
| Auto | 99/2009 |
| Fecha | de 23 de marzo de 2009 |
| Sala | Sala Segunda |
| Magistrados | Don Guillermo Jiménez Sánchez, don Vicente Conde Martín de Hijas, doña Elisa Pérez Vera, don Eugeni Gay Montalvo, don Ramón Rodríguez Arribas y don Pascual Sala Sánchez. |
| Núm. de registro | 9478-2006 |
| Asunto | Recurso de amparo 9478-2006 |
| Fallo | Inadmitir el presente recurso de amparo. |

**AUTO**

 **I. Antecedentes**

1. Mediante escrito registrado en este Tribunal el 18 de octubre de 2006 la Junta Rectora del Sindicato Er.N.E., representado por la Procuradora de los Tribunales doña Isabel Cañedo Vega, interpuso recurso de amparo contra la Sentencia 11 de septiembre de 2006 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco que desestimó el recurso de apelación num. 402-2006, promovido frente a la Sentencia de 29 de diciembre de 2005 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo num. 1 de Bilbao que resolvió el procedimiento especial de protección de derechos fundamentales num. 466-2004.

2. Los hechos relevantes para el enjuiciamiento del presente recurso de amparo son, en esencia, los siguientes:

a) El 28 de mayo de 2004 la Junta Rectora del Sindicato Er.N.E. dirige al Departamento de Trabajo y Seguridad Social del Gobierno Vasco sendos escritos por los que solicita permiso para la convocatoria de una huelga en el colectivo de la Ertzainza para los días 13 y 30 de junio de 2004, señalando que “se promueve la presente convocatoria por cuanto, hasta la fecha, han resultado infructuosas las negociaciones realizadas para llegar a un acuerdo sobre el nuevo acuerdo regulador de la Ertzainza”. La autoridad laboral, después de abrir el procedimiento de huelga ex art. 10.2 Real Decreto-ley 17/1977 y citar al “preceptivo trámite de audiencia a las partes previo al establecimiento de servicios esenciales de la comunidad”, lo concluye mediante Resolución de la Dirección de Trabajo y Seguridad Social de 10 de junio de 2004, que razona diciendo que a la Ertzainza, dado que es un cuerpo de seguridad, le es aplicable la prohibición genérica del derecho de huelga establecida en el art. 6.8 de la Ley Orgánica 2/1986, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, según el cual “los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad no podrán ejercer en ningún caso el derecho de huelga ni acciones sustitutivas del mismo o concertadas con el fin de alterar el normal funcionamiento de los servicios”, ergo “el escrito de 28 de mayo de 2004 remitido a la autoridad laboral no constituye una comunicación de huelga”, todo lo cual le lleva concluir que “el Consejero de Justicia, Empleo y Seguridad Social, por delegación del Consejo de Gobierno, carece de competencia para el establecimiento de servicios esenciales a la comunidad, toda vez que no existe el supuesto fáctico de hecho previsto en el art. 10 del Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo, esto es, una huelga”.

b) Er.N.E., que entiende afectada su libertad sindical y sus derechos de huelga e igualdad (arts. 7, 14 y 28 CE), impugna la resolución en vía contencioso-administrativa por el procedimiento especial en defensa de los derechos fundamentales, solicitando su anulación y que se reconozca a los ertzainas que pueden ejercer el derecho a la huelga y cualquier medida sustitutiva del mismo, y, dado que el citado art. 6.8 de la Ley Orgánica 2/1986 lo prohíbe expresamente, que se plantee cuestión de inconstitucionalidad sobre él. El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo num. 1 de Bilbao en su Sentencia de 29 de diciembre de 2005 rechaza que proceda plantear dicha cuestión de inconstitucionalidad y, en consecuencia, desestima las pretensiones del recurrente. Razona concretamente que “el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse expresamente sobre el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad del art. 6.8 de la Ley Orgánica 2/1986”, diciendo en su Sentencia de 26 de septiembre de 1996 que “[l]a cuestión consiste en fijar si el art. 28.2 CE atribuye la titularidad del derecho de huelga a los funcionarios, cuestión que tiene respuesta en la interpretación que de ese precepto ha dado el Tribunal Constitucional en su Sentencia 11/1981, de 8 abril (RTC 1981\11) (BOE de 25 de abril de 1981), fundamento jurídico 12, que dice sobre el particular: ‘El apartado 2 del artículo 28 de la Constitución, al reconocer el derecho de huelga como derecho fundamental, lo hace en favor de los trabajadores y para la defensa de sus intereses. Hay que entender, por ello, que el derecho constitucionalmente protegido es el que se atribuye a las personas que presten en favor de otras un trabajo retribuido, cuando tal derecho se ejercita frente a los patrones o empresarios, para renegociar con ellos los contratos de trabajo introduciendo en ellos determinadas novaciones modificativas’. El contraste entre la referencia a ‘todos’, como sujetos del derecho de sindicación en el art. 28.1 CE, y a ‘los trabajadores’, como sujetos del derecho de huelga en el art. 28.2, es revelador de la restricción subjetiva del último, referida en el fundamento parcialmente transcrito de la STC 11/1981. El eventual derecho de huelga de los funcionarios (FJ 13 de la STC 11/1981) no tiene, pues, consagración constitucional directa, ni cabe por tanto que una Ley Orgánica, que explícitamente se lo veda a los funcionarios de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad [arts. 6.8 y 27.3 i) de la Ley Orgánica 2/1986], pueda adolecer por ello de inconstitucionalidad …. Aun centrando el planteamiento de la parte en el art. 28.1 CE, la consagración en él de la posibilidad de ‘limitar o exceptuar el ejercicio de este derecho a ...]Institutos armados’ y la de regular ‘las peculiaridades de ejercicio para los funcionarios públicos’, prestan base suficiente para que la Ley Orgánica 2/1986, aun reconociendo, con los especiales matices con que lo hace, el derecho de sindicación de los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía, les vede simultáneamente el derecho de huelga, dada la condición de Instituto armado (art. 9)”.

c) Er.N.E. recurre en apelación, sosteniendo que no ha habido pronunciamiento mas que acerca del derecho de huelga y no sobre las otras cuestiones planteadas, así como discrepando del sentido de aquel pronunciamiento, reiterando su solicitud de planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad sobre el art. 6.8 de la Ley Orgánica 2/1986, resolviendo la Sentencia de 11 de septiembre de 2006 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco que la prohibición de que los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad ejerzan el derecho de huelga o acciones sustitutivas del mismo que prevé el art 6.8 de la Ley Orgánica 2/1986 “[n]o es más que una concreción, razonablemente restrictiva, del derecho de libertad sindical …. Tal es el criterio que acoge la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 1996 —recurso núm. 3730-1989 que utiliza la Sentencia de instancia y que damos por reproducida”, añadiendo que “en muchas otras Sentencias el Tribunal Constitucional ha recogido la especialidad y las limitaciones que en toda la función pública tiene el derecho de sindicación”, y, por lo que hace al derecho a la igualdad, que no hay vulneración, porque se aportan de contraste otras categorías de funcionarios (ej. las relacionadas con servicios de salud) y es doctrina constante del Tribunal Constitucional que, siendo los cuerpos de funcionarios estructuras de creación legal, el estatuto jurídico de cada una de ellas es fruto de la Ley y la simple constatación de diferencias entre unos y otros no puede justificar una condena por discriminación ( STC 161/1995, de 7 de noviembre).

3. Contra estas resoluciones judiciales la representación procesal de la actora interpuso recurso de amparo, que registró en este Tribunal el día 18 de octubre de 2006, “por entender que se han vulnerado los derechos fundamentales de huelga, libertad sindical e igualdad, que se recogen en los artículos 7, 14 y 28 de la Constitución”.

Argumenta el recurrente, acerca del primero de los derechos fundamentales cuya lesión alega, que el 28.2 CE “no hace distinción alguna y habla de que ‘se reconoce el derecho de huelga de los trabajadores’, concepto en el que creemos que también están contemplados los funcionarios ya que, en contraposición a la distinción que se efectúa en el punto 1º de dicho artículo en cuanto a la limitación del derecho de sindicación a determinados funcionarios, aquí no se realiza comentario alguno sobre esa particularidad y, además, el propio Tribunal Constitucional efectúa una similar consideración cuando dentro de la indicada Sentencia 11/1981 recoge expresamente que ‘eventual derecho de huelga de los funcionarios públicos no está regulado— y por consiguiente, tampoco prohibido por el Real Decreto-Ley 17/77. Si no hay regulación —y tampoco prohibición— mal puede hablarse de inconstitucionalidad por esta causa’”. Y, sigue diciendo el recurrente, ahora refiriéndose al límite a que el art. 53.1 CE permite sujetar los derechos fundamentales y las libertades públicas mediante la regulación del legislador ordinario, que “en el presente caso no existe una Ley que regule el derecho de huelga y únicamente está la Ley Orgánica de Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado que lejos de regularlo lo anula”, concluyendo “que el artículo aquí cuestionado (art. 6.8 de la Ley Orgánica 2/1986), en la medida en que anula tal derecho, debiera ser declarado inconstitucional porque se extralimita en cuanto al sentido que el derecho de huelga tiene en la Constitución y a los límites que se recogen tanto en el art. 53 CE como en los diferentes Convenios internacionales suscritos por España al respecto”.

El recurrente, a continuación, después de recordar la doctrina constitucional relativa al mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad, según la cual “la consideración de un servicio como esencial no significa la supresión del derecho de huelga de los trabajadores ocupados en tal servicio, sino la previsión de las ‘garantías precisas’ para su mantenimiento”, y la adopción de éstas “es cuestión que no puede ser resuelta apriorísticamente, remitiendo a la ponderación, de un lado, de las circunstancias concurrentes en la huelga y en la comunidad sobre la que incide (extensión territorial, duración, etc.), y, de otro, a la naturaleza de los derechos o bienes constitucionalmente protegidos sobre los que repercute” (STC 53/1986), advierte que la prohibición del derecho de huelga y de cualesquiera medidas substitutivas (medidas éstas últimas que el recurrente conecta con el derecho a la libertad sindical) impuesta por la Ley Orgánica 2/1986, que según su preámbulo se explica “en aras de los intereses preeminentes que corresponde proteger a los Cuerpos de Seguridad, al objeto de asegurar la prestación continuada del servicio, que no admite interrupción”, es una supresión completa de esos derechos y no un sacrificio parcial, estableciéndose de un modo genérico y no referido a las circunstancias del caso concreto, por todo lo cual no es acorde con la doctrina reseñada, que, a su juicio, es extensible a dichas acciones sustitutivas en la medida que éstas son un supuesto de acción sindical de efectos menos gravosos sobre la continuidad del servicio que la huelga.

En fin, termina el recurso de amparo razonando que otras categorías de funcionarios que desempeñan servicios que tampoco se pueden interrumpir, en concreto alude como término comparativo a los servicios médicos, sí tienen reconocido el derecho de huelga, lo que, a juicio del recurrente, supone una vulneración del derecho a la igualdad.

4. Por providencia de la Sección Tercera de este Tribunal de 21 de febrero de 2008, a tenor de lo dispuesto en el art. 50.3 LOTC, en su redacción anterior a la aprobada por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, y disposición transitoria tercera de la referida Ley, se acordó conceder un plazo común de diez días al Ministerio Fiscal y a la parte solicitante de amparo para que formulen, con las aportaciones documentales que procedieren, las alegaciones que estimaren pertinentes en relación con lo dispuesto en el art. 50.1 LOTC.

5. La parte recurrente, mediante escrito registrado en este Tribunal Constitucional el 24 de marzo de 2008, se limitó a afirmar que la demanda no incumple ningún requisito legal y a reiterar, en cuanto al contenido constitucional del presente recurso de amparo, las alegaciones formuladas en la demanda, insistiendo en especial en que los convenios internacionales en los que España es parte limitan pero no excluyen el derecho de huelga de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, destacando que la policía de algunos de los Estados firmantes tienen reconocido dicho derecho.

6. El Fiscal ha presentado sus alegaciones mediante escrito registrado en este Tribunal el 22 de mayo de 2008, en el que interesa que este Tribunal dicte Auto mediante el que se acuerde la inadmisión a trámite de la demanda. Argumenta, de un lado, que la Ertzainza tiene la consideración de Fuerza y Cuerpo de Seguridad (art. 2. b) de la Ley Orgánica 2/1986) y de instituto armado (art. 25 de la Ley autonómica 4/1992, de 17 de julio, de policía del País Vasco), y, de otro, que el art. 28.1 CE, que comprende el de huelga dentro de la vertiente de acción del derecho de sindicación, prevé que “[l]a Ley podrá limitar o exceptuar el ejercicio de este derecho a las Fuerzas e Institutos armados […] y regulará las peculiaridades de su ejercicio para los funcionarios públicos”, para concluir que, “como recoge la Sentencia impugnada en amparo y se apreció por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 26 de septiembre de 1996, cuando ni tan siquiera existe la consagración constitucional de un pleno derecho de sindicación —pues puede no solo ser limitado, sino exceptuado— el hecho de que el derecho de sindicación, limitadamente reconocido en la Ley Orgánica 2/86, no le siga un derecho de huelga —y cabe añadir— o la posibilidad de medidas sustitutivas o concertadas al efecto de alterar el normal funcionamiento de los servicios, constituye una opción reguladora del legislador orgánico que parece absolutamente indiscutible desde la clave del art. 28.1 y 2 CE;”, añadiendo, desde un punto de vista formal, que no es necesario que esta opción se materialice por medio de una Ley específica reguladora del derecho de huelga, siendo plenamente constitucional que una Ley Orgánica reguladora de un colectivo concreto de funcionarios públicos, como es el caso de los ertzainas, pueda perfilar peculiaridades de su régimen de libertad sindical.

Por último, desde las exigencias del principio constitucional de igualdad, no resulta adecuado el término de comparación elegido, pues la propia diferencia de partida entre los servicios médicos y los policiales, tanto en sus estructuras respectivas como en los principios que los informan y en las propias funciones respectivamente atribuidas, justifican plenamente que el tratamiento de unos y otros sea diferente.

En consecuencia, concluye, procede inadmitir la demanda de amparo en cuanto a todos los motivos esgrimidos por resultar manifiesta la ausencia de contenido constitucional de la cuestión planteada.

##### II. Fundamentos jurídicos

1. La cuestión que el recurrente ha planteado en la vía judicial previa a este proceso constitucional, y que reitera ahora, es que el art. 6.8 de la Ley Orgánica 2/1986, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, según el cual “los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad no podrán ejercer en ningún caso el derecho de huelga ni acciones sustitutivas del mismo o concertadas con el fin de alterar el normal funcionamiento de los servicios”, que es la causa determinante de que la Resolución de la Dirección de Trabajo y Seguridad Social de 10 de junio de 2004 declare que en el presente caso “el Consejero de Justicia, Empleo y Seguridad Social, por delegación del Consejo de Gobierno, carece de competencia para el establecimiento de servicios esenciales a la comunidad, toda vez que no existe el supuesto fáctico de hecho previsto en el art. 10 del Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo, esto es, una huelga”, lesiona el derecho a la huelga (art. 28.2 CE) y el derecho a la igualdad (art. 14 CE), solicitando en este recurso de amparo, como lo hizo infructuosamente en las dos instancias de la vía judicial previa, el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad.

Según el recurrente, el concepto “trabajadores” con el que el art. 28.2 CE define el ámbito subjetivo del derecho de huelga, a diferencia de lo sostenido por las Sentencias impugnadas, no excluye a los funcionarios, de suerte que el derecho de huelga de éstos, en contra de lo que expresamente negaban aquellas Sentencias, tiene una consagración constitucional directa, y no mediata, como una manifestación del derecho a sindicarse reconocido en el art. 28.1 CE, lo que a su vez significa que no está afectado por la limitación del derecho de sindicación previsto en el 28.1 CE, según la cual “[l]a ley podrá limitar o exceptuar el ejercicio de este derecho a las Fuerzas e Institutos armados … y regulará las peculiaridades de su ejercicio para los funcionarios públicos”, por todo lo cual el art. 6.8 de la Ley Orgánica 2/1986, al anularlo por completo en lugar de hacer una regulación limitativa del mismo, lesiona el derecho fundamental de huelga constitucionalmente amparado por el art. 28.2 CE. En segundo lugar, el sacrificio del derecho de huelga y de cualesquiera acciones sustitutivas que impone el artículo en cuestión, que según el preámbulo de la Ley Orgánica 2/1986 se justifica en que el servicio policial no admite interrupción, no respeta la doctrina constitucional en materia de mantenimiento de servicios esenciales para la comunidad, que destaca que la garantía de dichos servicios no puede suponer la supresión del derecho de huelga de los trabajadores ocupados en tal servicio, sino la previsión de las garantías precisas para su mantenimiento, y que la adopción de éstas es cuestión que no puede ser resuelta apriorísticamente sino en relación a las circunstancias del caso, doctrina enunciada en relación al derecho de huelga pero que, a su juicio, es extensible a las acciones sustitutivas, en la medida que éstas son un supuesto de acción sindical de efectos menos gravosos sobre la continuidad del servicio que la huelga. En fin, dado que otras categorías de funcionarios que desempeñan servicios que tampoco se pueden interrumpir, en concreto alude como término comparativo a los servicios médicos, sí tienen reconocido el derecho de huelga, alega que la prohibición genérica del art. 6.8 de la Ley Orgánica 2/1986 vulnera el derecho a la igualdad (art. 14 CE).

Por el contrario el Ministerio Fiscal sostiene, de un lado, que la Ertzainza tiene la consideración de Fuerza y Cuerpo de Seguridad (art. 2 b) de la Ley Orgánica 2/1986) y de Instituto armado (art. 25 de la Ley autonómica 4/1992, de 17 de julio, de policía del País Vasco), y, de otro, que el art. 28.1 CE, que comprende la dimensión de ejercicio colectivo del derecho de huelga como parte integrante de la vertiente de acción del derecho de sindicación, prevé que “[l]a Ley podrá limitar o exceptuar el ejercicio de este derecho a las Fuerzas e Institutos armados … y regulará las peculiaridades de su ejercicio para los funcionarios públicos”, a fin de concluir que “como recoge la Sentencia impugnada en amparo y se apreció por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 26 de septiembre de 1996, 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 Ley Orgánica 2/86, no le siga un derecho de huelga —y cabe añadir— o la posibilidad de medidas sustitutivas o concertadas al efecto de alterar el normal funcionamiento de los servicios, constituye una opción reguladora del legislador orgánico que parece absolutamente indiscutible desde la clave del art. 28.1 y 2 CE;”, a lo que añade, desde un punto de vista formal, que no es necesario que esta opción se materialice por medio de una Ley específica reguladora del derecho de huelga. Tampoco resulta lesionado el principio constitucional de igualdad, pues, dada la diferencia de régimen jurídico entre los servicios médicos y los policiales, el término de comparación elegido no es adecuado.

2. Delimitada así la cuestión planteada en este recurso de amparo lo que ahora procede es verificar si, tal como alega el actor, el art. 6.8 de la Ley Orgánica 2/1986 lesiona el derecho de huelga o el derecho a la igualdad, pues en tal caso el art. 55.2 LOTC exigiría que se elevara la cuestión al Pleno con suspensión del plazo para dictar Sentencia.

La privación del derecho de huelga en este caso no vulnera la Constitución española. En efecto, como sostiene el Ministerio Fiscal, el derecho a la huelga de ese colectivo funcionarial no tendría otra cobertura en la norma suprema que la mediata que, como manifestación de la vertiente de actividad del derecho de sindicación, le da el art. 28.1 CE, lo que significa que, puesto que este precepto constitucional prevé expresamente la posibilidad de “limitar o exceptuar el ejercicio de este derecho a ... Institutos armados”, la prohibición genérica del derecho de huelga y de cualesquiera acciones sustitutivas que el art. 6.8 de la Ley Orgánica 2/1986 impone a los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, entre ellos la Ertzainza en tanto policía dependiente de una Comunidad Autónoma (art. 2 b) de la Ley Orgánica 2/1986 y art. 25 de la Ley autonómica 4/1992, de 17 de julio, de policía del País Vasco), muy lejos de vulnerar su derecho fundamental a la huelga constituye una opción reguladora del legislador orgánico, no importando si esta regulación se instrumenta a través de la legislación específica del derecho de huelga o por medio de la legislación que regula el régimen propio de este especial cuerpo de funcionarios públicos.

Sentado, por las razones expuestas, que el derecho de huelga de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, y en lo que aquí interesa de los ertzainas, no tendría otro encaje constitucional que el mediato y limitado que se halla en el art. 28.1 CE, tenemos que concluir que no es posible proyectar sobre este caso, como hace el recurrente para sostener su segunda alegación de inconstitucionalidad del art. 6.8 de la Ley Orgánica 2/1986, la doctrina constitucional en materia de mantenimiento de servicios esenciales para la comunidad elaborada como límite del derecho de huelga ex art. 28.2 CE.

En fin, también en la línea de lo sostenido por el Fiscal, debe tenerse presente que, desde de la STC 7/1984, de 25 de enero, es doctrina constante de este Tribunal que “la igualdad o desigualdad entre Cuerpos de funcionarios o, más en general, entre estructuras que, en cuanto tales y prescindiendo de su substrato sociológico real, son creación del Derecho, es resultado de la definición que éste haga de ellas, esto es, de su configuración jurídica” y, precisamente por ello, no pueden tenerse por término de comparación válido en el contexto del juicio de igualdad que ampara el art. 14 CE.

Como consecuencia de los razonamientos que acaban de exponerse, no existe duda alguna acerca de que el art. 6.8 de la Ley Orgánica 2/1986 no contradice el contenido constitucionalmente garantizado de los derechos fundamentales de huelga y de igualdad, lo que lleva a rechazar el planteamiento, ex art. 55.2 LOTC, de cuestión interna de inconstitucionalidad y, dado que las alegaciones del recurrente se ciñen a las objeciones de constitucionalidad formuladas en relación a dicho precepto legal, se entiende procedente inadmitir este recurso de amparo, porque carece manifiestamente de contenido que justifique un pronunciamiento en cuanto al fondo.

Por lo expuesto, la Sala

ACUERDA

Inadmitir el presente recurso de amparo.

Madrid, a veintitrés de marzo de dos mil nueve.