

INFORME ACERCA DE LOS DERECHOS DE LIBERTAD SINDICAL Y DE REPRESENTACION DE LOS FUNCIONARIOS PUBLICOS

Por JOSE VIDA SORIA y TOMAS SALA FRANCO

Catedráticos de Derecho del Trabajo en las Facultades de Derecho de las Universidades de Granada y Valencia

Sumario: I. EL DERECHO DE LIBERTAD SINDICAL Y EL DERECHO DE REPRESENTACIÓN DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS: 1. Distinción entre ambos derechos. 2. El régimen jurídico vigente.-II. LA INCIDENCIA DEL PROYECTO DE LEY ORGÁNICA DE LIBERTAD SINDICAL: 1. Descripción de la ley. 2. El recurso previo de inconstitucionalidad.-III. ACERCA DE LA POSIBILIDAD DE CONVOCATORIA DE «ELECCIONES SINDICALES» EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA ANTES DE QUE DICTE SENTENCIA EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 1. Procedencia de la presentación a las Cortes de un Proyecto de Ley sobre representación y determinación de las condiciones de empleo de los funcionarios públicos. 2. Procedencia de la celebración de «elecciones sindicales» sin ley marco previa.-IV. ACERCA DE LA POSIBILIDAD DE CONSTITUCIÓN DEL CONSEJO SUPERIOR DE LA FUNCIÓN PÚBLICA ANTES DE QUE DICTE SENTENCIA EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.-V. LA INCIDENCIA DEL CONVENIO NÚMERO 151 DE LA OIT EN EL ORDENAMIENTO SINDICAL ESPAÑOL EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA: 1. Entrada en vigor. 2. Eficacia jurídica del convenio. 3. Ambito subjetivo. 4. Contenido objetivo. 5. Conclusiones.-VI. CONCLUSIONES GENERALES.

La Secretaría de Estado para la Función Pública nos formula las siguientes cuestiones:

1.ª La procedencia de la presentación a las Cortes de un Proyecto de Ley sobre representación sindical y determinación de las condiciones de empleo de los funcionarios públicos, a la vista de la interposición de recurso previo de inconstitucionalidad contra el texto definitivo de la Ley Orgánica de Libertad Sindical, especialmente si la sentencia del Tribunal Constitucional anulase los artículos de la Ley en que se basa el Proyecto de Ley indicado.

2.ª La posibilidad de celebración de «elecciones sindicales» en el ámbito de la Administración Pública, del Estado y Autonómica, mediante convocatoria efectuada en Orden ministerial u otra disposición de rango inferior a Ley.

3.ª El modo de constitución en estos momentos del Consejo Superior de la Función Pública, creado por la Ley 30/1984, de 2 de

agosto, de medidas para la Reforma de la Función Pública, en tanto no se celebren las elecciones sindicales y sea posible delimitar cuáles sean las organizaciones sindicales más representativas.

4.^a Con relación al Convenio número 151 de la OIT sobre protección del derecho de sindicación y procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la Administración Pública, recientemente ratificado por España, cuáles sean los efectos de su integración en nuestro ordenamiento jurídico interno.

Todas estas cuestiones vienen desarrolladas sistemáticamente en el informe que sigue. Así, la primera de ellas, en el apartado III.1. La segunda, en el apartado III.2. La tercera, en el apartado IV. Y la cuarta, en el apartado V. En todo caso, sobre la base de lo señalado con carácter general en los apartados I y III, relativos al derecho de libertad sindical y de representación de los funcionarios públicos y a la incidencia del Proyecto de Ley Orgánica de Libertad Sindical, respectivamente.

I. El derecho de libertad sindical y el derecho de representación de los funcionarios públicos

1. DISTINCIÓN ENTRE AMBOS DERECHOS

1. La idea central de la que se parte en el presente trabajo es la de que en nuestra Constitución es posible distinguir entre un derecho de libertad sindical y un derecho de representación de intereses profesionales de los funcionarios públicos como derechos con entidad propia y dintintos entre sí pese a las evidentes conexiones entre ambos.

2. En efecto, si observamos atentamente el diseño constitucional formal de los derechos colectivos de los trabajadores, advertiremos cómo el derecho de libertad sindical viene reconocido en los artículos 7 y 28.1 mientras que el derecho de representación o participación en la empresa arranca aunque indirectamente del artículo 129.2 de la Constitución. Indirectamente, según mantiene el Tribunal Constitucional en Sentencia de 23 de diciembre de 1983, ya que, en efecto, el artículo 129.2 al prever una participación —que es lo único que prevé— obliga a predeterminedar las formas organizativas a través de las que

participar. Pero sin que el artículo 129.2 prevea ni imponga ningún tipo de representación concreto. (Fundamento jurídico núm. 4: «... el Comité de Empresa... sólo puede encontrar como dijera la sentencia de este Tribunal número 37/1983, de 11 de mayo..., una indirecta vinculación con el artículo 129.2 de la Constitución».) Son, pues, preceptos constitucionales distintos los que fundamentan a este nivel la existencia de estos derechos.

Pero, además, y esto es lo más importante, el artículo 129.2 no configura el derecho de representación o participación –y ello, en el caso de que configure un derecho ya que el artículo 129.2 CE sólo habla de que «los poderes públicos promuevan eficazmente las diversas formas de participación en la empresa»–, como un derecho de titularidad sindical.

Cuestión distinta, que no cabe confundir con lo anteriormente expuesto, es que del derecho constitucional de libertad sindical quepa deducir la existencia de un derecho de acción sindical en la empresa concretable, bien en un derecho a disponer de secciones sindicales de empresa y delegados sindicales, con determinados derechos de actuación –derecho discutido– bien en un derecho a presentar candidaturas a las elecciones de miembros de órganos de representación institucional en la empresa (Comités de empresa o similares) –derecho indiscutido–.

Esta última concreción del derecho de libertad sindical podrá exigir de la regulación del eventual derecho de representación de los trabajadores que se reconozca derecho a los sindicatos a presentar candidaturas, so pena de inconstitucionalidad en caso contrario. Pero esta regulación del derecho de representación de los trabajadores no será en ningún caso regulación del derecho de libertad sindical sino, obviamente, regulación del derecho de representación por la simple, pero fundamental razón, de que la Constitución no configura la titularidad sindical exclusiva del ejercicio de este derecho de representación.

De ello se derivará, consiguientemente, que una ley que regule el derecho de representación de intereses profesionales no estará desarrollando los artículos 7 y 28.1 de la Constitución sino indirectamente el artículo 129.2, por lo que la reserva de ley orgánica que pesa sobre el derecho de libertad sindical, como derecho fundamental que es, «ex art. 81.1» de la Constitución no alcanzará al derecho de representación, pese a que en su desarrollo normativo se aluda naturalmente al sindicato como partícipe, seguramente necesario constitucionalmente, en el proceso electoral.

3. Estas mismas consideraciones son trasladables a los restantes derechos colectivos reconocidos en la Constitución a los trabajadores. Así, al derecho de huelga (art. 28.2), reconocido a «los trabajadores» y no a los sindicatos; al derecho de negociación colectiva (art. 37.1), reconocido a «los representantes de los trabajadores» y no necesariamente a los sindicatos; al derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo (art. 37.2), reconocido a «los trabajadores» y no a los sindicatos; o al derecho a una participación institucional en organismos públicos (art. 129.1), reconocido más ampliamente aún a «los interesados» y no sólo a los sindicatos. Y todo ello, seguramente, porque el reconocimiento constitucional de unos derechos colectivos de titularidad exclusivamente sindical, se ha pensado, resultaría atentatorio del derecho de libertad sindical negativa («Nadie podrá ser obligado a afiliarse a un sindicato», dice el propio art. 28.1 «in fine» de la Constitución) y del derecho de los trabajadores que no quieran sindicarse a ser representados por otras vías distintas de las sindicales. Se ha tratado, quizá, de garantizar en la Constitución a los trabajadores de libertad de representación frente a los propios sindicatos. Lo que no obsta, a su vez, como veíamos para el derecho de representación, a que del derecho de libertad sindical de los artículos 7 y 28.1 se derive igualmente un derecho de los sindicatos a ejercitar estos derechos colectivos, esto es, a declarar la huelga (Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981), a negociar convenios colectivos (Sentencia del Tribunal Constitucional de 24 de junio de 1984), a declarar conflictos colectivos (Sentencia del Tribunal Constitucional de 29 de noviembre de 1982, de 11 de mayo y 6 de junio de 1983), o a participar institucionalmente en organismos públicos y a que, cuando se regulen estos derechos por la ley correspondiente, deba tenerse en cuenta el derecho de acción sindical derivado de la libertad sindical. Pero, en ningún caso, pese a referirse a los sindicatos como eventuales sujetos del ejercicio de tales derechos colectivos, puede entenderse que esta ley está desarrollando el derecho constitucional de libertad sindical cuanto el correspondiente derecho de huelga de negociación colectiva, de adopción de medidas de conflicto colectivo o de participación institucional.

La consecuencia resultará igualmente obvia: la reserva de ley orgánica del derecho de libertad sindical no alcanzará al derecho de negociación, de conflicto o de participación, disponiendo el derecho de huelga de una reserva de ley orgánica propia «ex art. 28.2 y 81.1» de la

Constitución. En todo caso, conviene insistir en que para el Tribunal Constitucional la canalización del «derecho de representación o participación del artículo 129.2 a través de la forma concreta de representaciones unitarias no sindicales (Comités o Delegados) no tiene un apoyo directo en la Constitución. Comités y Delegados son, pues, creación del legislador ordinario, no del constituyente: «el Comité de Empresa... es creación de la ley» (Sentencia de 23 de diciembre de 1983, fundamento jurídico núm. 4). Por consiguiente, el legislador puede introducir estas formas de representación, pero no está obligado constitucionalmente a hacerlo y puede, igualmente, suprimirlas en el futuro.

4. El esquema descrito para el personal sometido al Derecho laboral resulta perfectamente trasladable a los derechos colectivos de los funcionarios públicos y asimilados, aunque con alguna matización.

El principal problema reside en este caso en la interpretación del ámbito subjetivo de los preceptos constitucionales referidos a estos derechos colectivos. Esto es, si se refieren también a los funcionarios públicos o limitan su alcance subjetivo a los trabajadores al servicio de las Administraciones públicas, sometidos al Derecho laboral.

En cuanto al derecho de libertad sindical, reconocido en el artículo 28.1 a «todos», no parece haber problema alguno de extensión a los funcionarios públicos y asimilados por cuanto el propio artículo se encarga de señalar que «la ley... regulará las peculiaridades de su ejercicio para los funcionarios públicos», referencia que volverá a aparecer en el artículo 103.3 al señalarse que «la ley regulará... las peculiaridades del ejercicio de su derecho a sindicación» (1).

Por lo que se refiere, en cambio, al derecho de representación, indirectamente reconocido en el artículo 129.2, el precepto constitucional se refiere claramente a «las diversas formas de participación en la empresa», imposibilitando así su extensión subjetiva a los funcionarios públicos en el seno de la Administración.

Al no poder fundamentar el derecho de representación de los funcionarios públicos ni indirectamente en el artículo 129.2 de la Constitución, habrá que concluir en que ésta no ha reconocido expresamente tal derecho de representación a los funcionarios públicos y que cuando la ley a que se refiere el artículo 103.3 de la Constitución regule el Estatuto de los funcionarios públicos podrá libremente

(1) Dejamos deliberadamente fuera del análisis la problemática concreta de las Fuerzas o Institutos Armados o de los demás Cuerpos sometidos a disciplina militar y de los Jueces, Magistrados y Fiscales a los que la Constitución da un tratamiento específico (arts. 28.1 y 127.1).

establecer o no unos mecanismos de representación institucional de los funcionarios públicos en los distintos centros de trabajo inclinándose por un modelo autoritario o por un modelo participativo de función pública, siendo ambas posiciones legales igualmente constitucionales.

Podrá, igualmente, establecer mecanismos de representación unitarios (o representates «electos», en la terminología del Convenio 135 OIT) o podrá no hacerlo, ya que tal tipo de representación –al contrario que el sindicato– no encuentra su fundamento en la misma Constitución.

5. En todo caso, y esto es lo importante a nuestros efectos, al igual que sucedía respecto de los trabajadores sometidos al derecho laboral, cabe distinguir también respecto de los funcionarios públicos y asimilados entre un derecho de libertad sindical y un derecho de representación independientes, lo que trae como consecuencia que la reserva de ley orgánica que pesa sobre la libertad sindical «ex arts. 28.1 y 81.1» de la Constitución no se extiende a la regulación del derecho de representación, pese a que en su desarrollo normativo se aluda naturalmente al sindicato como partícipe en el proceso electoral de los correspondientes órganos de representación.

Así, pues, el problema residirá entonces en establecer la frontera entre lo que sea desarrollo del derecho de libertad sindical «stricto sensu» y lo que sea desarrollo del eventual derecho de representación unitaria de los funcionarios públicos.

En este último sentido, desarrollo del derecho de libertad sindical serían: 1.º La enumeración de los derechos en que se concrete la libertad sindical –libertades de constitución, afiliación y no afiliación, reglamentación, representación, gestión, disolución, federación y acción sindical–, y el establecimiento de aquellas limitaciones o garantías necesarias para la tutela de otros intereses concurrentes o de la propia libertad sindical; 2.º En relación con la acción sindical en los centros, la regulación de las secciones sindicales y de sus representantes, los delegados sindicales; 3.º En relación con la acción sindical fuera de los centros, la regulación de los sindicatos más representativos; 4.º Las medidas o procedimientos de represión de las conductas antisindicales.

El desarrollo del derecho de representación, por su parte, abordaría: 1.º La regulación de los mecanismos de representación directa de los funcionarios públicos y asimilados en los centros (Juntas o Comités de Personal o similares): Centros en los que deban establecerse, composición, derechos o facultades de sus miembros en el ejercicio de su

función representativa, régimen electoral y funciones; 2.º La regulación del derecho de reunión; 3.º La regulación de la negociación informal de las condiciones de empleo. Y todo ello con independencia de que al regular estas materias se haga referencia obligada a los sindicatos como titulares del derecho a presentar candidaturas a los órganos de representación, a convocar las reuniones del personal o a negociar las condiciones de empleo, sin que por ello pueda entenderse que se esté desarrollando el derecho de libertad sindical de los funcionarios públicos en sentido propio.

Si estableciéramos un parangón con el sector privado podría decirse que, así como en este sector hay un Estatuto de los trabajadores que comprende un título primero —donde se regula la relación laboral individual—, un título segundo —donde se regulan los derechos de representación colectiva y de reunión de los trabajadores en la empresa—, y un título tercero —donde se regula la negociación colectiva y los convenios colectivos—, y en paralelo, hay una ley sindical y una ley de huelga (actualmente el Real Decreto-ley de 4 de marzo de 1977), con un contenido propio, por exigencias de la reserva constitucional de ley orgánica para estas materias, independientemente de que en el Estatuto de los trabajadores se aluda a los sindicatos en numerosos pasajes (art. 67, referido a las elecciones a delegados de personal y miembros del Comité de Empresa; artículo 87.2, referido a la legitimación para negociar convenios de ámbito supraempresarial), del mismo modo en el sector público el diseño sería el de un Estatuto de la Función Pública que comprendería la regulación de la relación de empleo público (Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 7 de febrero de 1964 en cuanto no haya sido derogada por la Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública de 2 de agosto de 1984) y la regulación de los derechos de representación, reunión, negociación y conflicto (futura ley ordinaria con tal contenido) y, en paralelo, una ley sindical y una ley de huelga con carácter orgánica «ex arts. 28.1 y 2 y 81.1» de la Constitución.

2. EL RÉGIMEN JURÍDICO VIGENTE

6. El régimen jurídico actualmente vigente de los derechos de libertad sindical y de representación de los funcionarios públicos y asimilados es el siguiente.

7. En cuanto a la libertad sindical, partiendo de unas normas internacionales ratificadas por el Estado español que, o bien equiparan

el reconocimiento del derecho de libertad sindical de los funcionarios públicos al de los trabajadores contratados laboralmente (arts. 2.º del Convenio núm. 87 de la OIT, y 5.º de la Carta Social Europea), o bien admiten restricciones al ejercicio del derecho de libertad sindical de los funcionarios públicos (arts. 23.3 del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos de la ONU; 8.2 del Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales de la ONU; y 11.2 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales), la Constitución reconoce expresamente el derecho en los artículos 7 y 28.1 aludiendo en este último a una posible peculiarización por ley del ejercicio del mismo, referencia que se repite en el artículo 103.3 del propio texto legal.

No existiendo aún ley orgánica que desarrolle el derecho de libertad sindical de los funcionarios públicos, se mantiene transitoriamente vigente, como norma preconstitucional, el Decreto 1522/1977, de 17 de junio («BOE» de 2 de julio), sobre ejercicio del derecho de asociación sindical por los funcionarios civiles de las Administraciones Públicas, norma a la que se remite la disposición adicional en su párrafo segundo de la ley de 1 de abril de 1977, sobre la regulación del derecho de asociación sindical, al señalar que «el ejercicio del derecho de asociación sindical por los funcionarios públicos... se regulará por disposiciones específicas».

Este decreto no resulta, ciertamente, inconstitucional por el simple hecho de su rango jerárquico normativo, inferior al de ley orgánica exigido por la Constitución para regular la libertad sindical, porque, como es sabido, «no es posible exigir la reserva de ley de manera retroactiva para anular disposiciones reguladoras de materias y de situaciones respecto de las cuales tal reserva no existía de acuerdo con el derecho anterior» (fundamento jurídico núm. 5 de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981). En cuanto a su ámbito material, el derecho no establece más peculiaridades que la del lugar donde tienen que depositarse los Estatutos (art. 4.º -el Registro de Organizaciones de Funcionarios de la Dirección General de la Función Pública en vez del IMAC-, lo que no parece atentar contra el derecho de libertad sindical, remitiéndose, incluso, como derecho supletorio, a la ley de 1 de abril de 1977).

Por lo demás, en ninguna parte aparece regulado o definido el sindicato más representativo en el marco de la Administración Pública, no siéndoles de aplicación a los funcionarios públicos y asimilados lo

dispuesto en la disposición adicional sexta del Estatuto de los trabajadores por expresa exclusión de su ámbito de «la relación de servicio de los funcionarios públicos... así como la del personal al servicio del Estado, las Corporaciones Locales y las Entidades públicas autónomas, cuando, al amparo de una ley, dicha relación se regule por normas administrativas o estatutarias» (art. 1.3.a del ET).

8. Por lo que se refiere a un derecho de representación unitaria de los funcionarios públicos, no se encuentra vigente en España Convenio Internacional alguno sobre el tema, no existiendo, como ya vimos, en nuestra Constitución reconocimiento expreso de tal derecho como algo distinto del derecho de representación a través de los sindicatos que reconocen carácter general los artículos 7 y 28.1 de la Constitución, por lo que todo quedaría en manos de la ley que regulara el estatuto de la Función Pública (art. 103.3) que *podría establecer o no con entera libertad constitucional mecanismos de representación directa de los funcionarios públicos.*

Lo cierto es que, hasta la fecha, no se han establecido con carácter general otros mecanismos de representación que el previsto en la ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública de 2 de agosto de 1984, en cuanto que el Consejo Superior de la Función Pública estará integrado, entre otras representaciones, por parte del personal, por «17 representantes designados por las organizaciones sindicales, en proporción a su representatividad respectiva» (art. 7.1).

No existen tampoco normas anteriores a la Constitución que hayan establecido con carácter general mecanismos de representación. El artículo 5.º del Decreto 1522/1977, de 17 de junio, había señalado, ciertamente, que «las organizaciones profesionales de funcionarios públicos podrán participar, a través de los procedimientos de consulta y colaboración que se establezcan, en la determinación de las condiciones de su empleo», aludiendo indirectamente a un desarrollo preciso del derecho de representación en cuyos mecanismos deberían participar los sindicatos. Pero realmente este precepto no fue desarrollado después con carácter general.

Tan sólo en algunos sectores de la Administración Pública, con un carácter localizado, se han convocado –por la propia Administración y a través de disposiciones de rango ínfimo–, elecciones a determinados órganos de representación de los funcionarios públicos y asimilados. Esto ha ocurrido en la Dirección General de Tráfico (elecciones reguladas por un Reglamento provisional de 30 de enero de 1979

remitido por circular del Director general); en la Dirección General de Correos y Telecomunicaciones (elecciones convocadas por Resolución de la Dirección General de 27 de marzo de 1981 y reguladas por Resolución de 27 de septiembre de 1981); en la Administración de la Seguridad Social (elecciones reguladas por Resolución de la Secretaría de Estado para la Seguridad Social de 12 de diciembre de 1981); y en las Corporaciones Locales (reguladas por la Resolución de la Dirección General de Administración Local de 29 de enero de 1981).

En cuanto a la constitucionalidad de estas disposiciones, todo dependerá de que sean anteriores o posteriores a la Constitución. Si fuesen anteriores, no podrá tachárselas de inconstitucionales por el solo hecho de su rango jerárquico, ciertamente inferior al que para la regulación del derecho de representación exige la Constitución como parte integrante en su caso del estatuto de la Función Pública para el que existe establecida una reserva de ley en el artículo 103.3 de la Constitución. En estos casos, el problema se reduciría a analizar la constitucionalidad de fondo de estas disposiciones.

Si, por el contrario, fuesen posteriores a la Constitución, podrían ser consideradas inconstitucionales por el solo hecho de incumplir la reserva de ley que la Constitución establece.

De todas las disposiciones reseñadas tan sólo de la de Correos podría discutirse su anterioridad a la Constitución en la medida que la normativa parece arrancar, pese a sus posteriores modificaciones, de diciembre de 1976. Todas las demás son posteriores a la Constitución, por lo que deberán considerarse inconstitucionales por atentar contra el principio de reserva de ley establecido en el artículo 103.3 de la Constitución.

9. Por lo demás, con fecha de 7 de junio de 1979, se publicó en el «Boletín Oficial del Estado» de 16 de junio, una resolución de la Secretaría de Estado para la Administración Pública, por la que se dispuso la publicación de la Circular 3/1977, de 11 de noviembre, en la que se establecían directrices provisionales de acción sindical en la Función Pública.

En esta circular venían a regularse dos cuestiones distintas bajo el ambiguo y genérico nombre de «acción sindical». De un lado, las representaciones sindicales en los distintos centros, sus reuniones y los derechos de «las organizaciones profesionales» —esto es, de los sindicatos de funcionarios públicos—, tales como la utilización de locales y la confección, distribución y exposición de propaganda sindical (cfr. 2, 3.1,

4.1 y 5). De otro lado, el derecho de reunión de los funcionarios públicos y la utilización de locales para estas reuniones (cfr. 3.2 y 4.2). La primera de estas materias se corresponde obviamente con el desarrollo de la libertad sindical; tan sólo la segunda se corresponde con el desarrollo del derecho de representación de intereses de los funcionarios.

En cualquier caso, aunque se trate de unos preceptos posteriores a la Constitución –su publicación es de fecha 16 de junio de 1979–, pese a su carácter provisional y transitorio, puede fácilmente afirmarse su constitucionalidad pese a no respetar la reserva de ley que la Constitución establece –orgánica para la regulación del derecho de libertad sindical (arts. 28.1 y 81.1 CE) y ordinaria para la regulación del derecho de representación (art. 103.3 CE)–, ya que, aunque de 1979, la resolución se limita a publicar una Circular de origen anterior cual es la Circular 3/1977, de 11 de noviembre.

II. La incidencia del proyecto de ley orgánica de libertad sindical

1. DESCRIPCIÓN DE LA LEY

10. Sobre esta compleja situación jurídica planea el proyecto de la ley orgánica de libertad sindical, aprobado por mayoría absoluta del Congreso, según previene el artículo 81.2 de la Constitución, habiendo sido suspendida su publicación y entrada en vigor debido a la interposición de tres recursos previos de inconstitucionalidad, promovidos por el grupo Parlamentario Popular, por el Gobierno Vasco y por el Parlamento Vasco («BOE» de 7 de agosto de 1984).

11. Se trata de una ley sindical, común a los trabajadores sujetos de una relación laboral y a los funcionarios públicos y asimilados, cuyo contenido normativo, como no podía ser de otra manera, se refiere básicamente a lo siguiente:

- 1.º Las facultades en que se concreta la libertad sindical (art. 2).
- 2.º El régimen jurídico sindical (arts. 4.º y 5.º).
- 3.º La definición de quienes sean sindicatos más representativos a los distintos niveles funcionales y territoriales y sus competencias (arts. 6.º y 7.º).

4.º La acción sindical en la empresa: las secciones sindicales de empresa o de centro de trabajo y sus derechos (art. 8.º); los derechos de los cargos sindicales electivos (art. 9.º); los delegados sindicales y sus derechos (art. 10); el canon de la negociación colectiva (art. 11).

5.º La tutela de la libertad sindical y la represión de las conductas antisindicales (arts. 12 a 15).

No se regula en esta ley nada relativo al ejercicio sindical de los derechos colectivos de negociación colectiva formal o informal, huelga, participación institucional, representación en la empresa o adopción de conflictos colectivos, más allá de la constancia de tales derechos sindicales y su remisión a las normas correspondientes. Así, por ejemplo, el artículo 2.2.d relativo al ejercicio de la actividad sindical de todos los sindicatos o los artículos 6.3 y 7.1 y 2 relativos al ejercicio de la actividad sindical de los «sindicatos más representativos».

12. En esta ley se establece únicamente como «peculiaridades» del ejercicio de la libertad sindical de los funcionarios públicos y asimilados, en cuanto a la libertad de representación, la de que «quienes ostenten cargos directivos o de representación en el sindicato en que estén afiliados, no podrán desempeñar, simultáneamente, en las Administraciones Públicas cargos de libre designación de categoría de director general o asimilados, así como cualquier otro de rango superior» (art. 3.2) y, en cuanto a la libertad de acción sindical, la afirmación en el artículo 6.3 de que los sindicatos más representativos (de funcionarios, se entiende) gozarán de capacidad representativa 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». Quizá, por la ambigüedad del precepto, pueda en el futuro conservarse también la peculiaridad que el Decreto 1522/1977 establecía en cuanto al lugar de depósito de los Estatutos, ya que el artículo 4.1 de la ley habla de «la oficina pública establecida al efecto», que puede, sin atentar por ello al derecho de libertad sindical, ser distinta para los sindicatos de funcionarios públicos.

13. De esta ley conviene resaltar, a los efectos de este trabajo, dos pasajes concretos. De un lado, la definición legal de cuáles sean los sindicatos de funcionarios públicos más representativos (arts. 6 y 7). De otro, el mandato al Gobierno establecido en la disposición adicional segunda.

En cuanto al concepto de sindicato más representativo, la ley distingue entre los sindicatos más representativos en el ámbito estatal, los sindicatos más representativos en el ámbito de una Comunidad Autónoma y los sindicatos más representativos en un ámbito territorial y funcional determinado.

El parámetro de la representatividad exigida es siempre el mismo: la audiencia sindical. Esto es, serán sindicatos más representativos a los distintos niveles señalados los que acrediten la obtención en dicho ámbito del 10 por 100 o más del total de los miembros «de los correspondientes órganos de las Administraciones Públicas». Con dos salvedades: 1.^a Que el sindicato que esté afiliado, federado o confederado a una organización sindical de ámbito superior que tenga la consideración de más representativa a ese nivel lo será también al nivel inferior aunque a este nivel no acredite la representatividad mínima del 10 por 100; 2.^a Que, a nivel de Comunidad Autónoma, la ley exige una especial audiencia expresada en la obtención de, al menos, el 15 por 100 de los miembros de los órganos correspondientes de las Administraciones Públicas, siempre que cuenten con un mínimo de 1.500 representantes y no estén federados o confederados con organizaciones sindicales de ámbito estatal.

El concepto legal de sindicato más representativo presupone, pues –y esto es lo importante a nuestros efectos–, la existencia previa de unas elecciones a miembros de los correspondientes órganos de representación de los funcionarios públicos al basarse en el criterio de la audiencia sindical.

Por su parte, la disposición adicional segunda, en su párrafo 2.^o, establece que «en el plazo de un año y en desarrollo de lo previsto en el artículo 103.3 de la Constitución, el Gobierno remitirá a las Cortes un proyecto de ley en el que se regulen los órganos de representación de los funcionarios de las Administraciones Públicas».

No se tratará aquí, en puridad, de regular una «peculiaridad» del ejercicio del derecho de libertad sindical de los funcionarios públicos cuanto de desarrollar el derecho de representación de estos últimos reconocido en el artículo 129.2 o derivable del artículo 103.3, ambos de la Constitución, como parte del Estatuto de la Función Pública, cosa obvia si se observa cómo la misma disposición enlaza esta previsión con el desarrollo de este artículo 103.3 y no del 28.1.

2. EL RECURSO PREVIO DE INCONSTITUCIONALIDAD

14. De los tres recursos previos de inconstitucionalidad planteados contra el proyecto de ley orgánica de libertad sindical, el de mayor contenido crítico es, sin duda, el planteado por el grupo Parlamentario Popular.

De él vamos a resaltar únicamente aquellos motivos de impugnación que pudieran referirse a la libertad sindical y al derecho de representación de los funcionarios públicos.

15. El primer motivo de inconstitucionalidad del Proyecto, considerado en su conjunto, es el de «no garantizar con una regulación completa y de carácter orgánico el ejercicio de la libertad sindical a todos los trabajadores y a todos sus sindicatos».

En este orden de cosas el recurso acusa al Proyecto de no regular las peculiaridades del ejercicio del derecho de sindicación de los funcionarios públicos a que le obliga la Constitución (arts. 28.1 y 103.3), concretando la crítica en el doble sentido siguiente: 1.º Atribuye el proyecto a los sindicatos de funcionarios facultades desmesuradas respecto de las que les están constitucionalmente atribuidas; 2.º Al no instrumentar el proyecto los presupuestos de la acción sindical, esto es, el mecanismo de representación de los funcionarios públicos en los distintos centros, imposibilita fácticamente su ejercicio.

En el primer sentido, acusa al proyecto de reconocer en los artículos 2.2.d y 6.3.b los derechos de negociación colectiva y de huelga a los sindicatos de funcionarios, cuando en realidad el proyecto matiza la cuestión suficientemente señalando en el artículo 2.2.d que ello se producirá «en los términos previstos en las normas correspondientes» y en el artículo 6.3.b que ello se producirá «en los términos previstos en el Estatuto de los trabajadores». Es más, al aludir en el artículo 6.3.c a la participación «como interlocutores en la determinación de las condiciones de trabajo en las Administraciones públicas a través de los oportunos procedimientos de consulta o negociación», se está refiriendo expresamente a los sindicatos de funcionarios públicos como alternativa para éstos de la imposible, según el Tribunal Constitucional (Setencia del Tribunal Constitucional de 27 de julio de 1982), negociación colectiva vinculante.

En cuanto a la acusación al proyecto de no regular los mecanismos de representación y hacer por ello inefectiva la acción sindical, si bien

podiera ciertamente aceptarse la crítica de la inoportunidad o falta de previsión en el «timing» seguido en la presentación de leyes a las Cortes (por la ambigüedad e inseguridad jurídica que crea), no parece, sin embargo, que ello pueda ser motivo de inconstitucionalidad, pues como ya hemos subrayado desde el principio de este informe la regulación del derecho de representación es tan sólo «materia conexa» y no sindical «stricto sensu», al ser desarrollo de un precepto constitucional distinto: el artículo 103.3 y no el artículo 28.1 de la Constitución.

Por lo demás, no parece, incluso, que en una interpretación razonablemente sistemática del artículo 28.1 de la Constitución pueda deducirse que las «peculiaridades» del ejercicio del derecho de sindicarse libremente para los funcionarios públicos vayan más allá de la libertad sindical individual, afectando a la libertad del sindicato misma, esto es, a la libertad de acción sindical.

16. El motivo de inconstitucionalidad tercero alude al concepto legal de sindicato más representativo, acusando al proyecto de: 1.º Desorbitar las atribuciones de los sindicatos más representativos; y 2.º No referir esa condición a cada uno de los ámbitos territoriales o funcionales en los que el concepto pudiera resultar necesario.

Por lo que se refiere a las atribuciones a los sindicatos más representativos, acusa el recurso al proyecto de atribuirles una posición privilegiada que supera lo que un sano principio de desigualdad de trato, justificado por la desigualdad fáctica de representatividad, y la propia doctrina del Comité de Libertad Sindical de la OIT admite («Privilegios que excedan de una prioridad en materia de representación en las negociaciones colectivas, consultas con el Gobierno o, incluso, en materia de designación de los delegados ante organismos internacionales»).

Si bien es cierto que el artículo 6.1 del proyecto señala en abstracto que «la mayor representatividad sindical reconocida a determinados sindicatos les confiere una singular posición jurídica a efectos... de acción sindical», esta afirmación legal hay que ponerla en relación con el artículo 6.3, que la concreta, y comparar este último precepto con el artículo 2.2.d del Proyecto en donde se reconocen a todos los sindicatos, sean o no más representativos: «El derecho a la negociación colectiva, al ejercicio del derecho de huelga, al planteamiento de conflictos individuales y colectivos y a la presentación de candidaturas para la elección... de los correspondientes órganos de las Administraciones Públicas, en los términos previstos en las normas correspondientes».

Realmente, lo que hace el artículo 6.3 es establecer unos «pluses» de capacidad representativa para el ejercicio de la actividad sindical en determinados casos en que la mayor representatividad es una exigencia objetiva, no sobrepasando lo que constituye doctrina internacional sobre el tema: ostentar participación institucional, negociación colectiva estatutaria, participar en la determinación de las condiciones de empleo en las Administraciones Públicas, participar en los sistemas no jurisdiccionales de solución de conflictos colectivos, promover elecciones a órganos de representación y obtener cesiones temporales del uso de inmuebles patrimoniales públicos. Tan sólo en este último caso pudieran plantearse dudas en relación con la doctrina internacional sobre el tema.

Mayores dificultades para su defensa presenta la segunda de las críticas hechas en el recurso al proyecto por establecer una mayor representatividad «por irradiación», «ex lege» o por aplicación del «ius sanguinis» (arts. 6.2.b y 7.1). Sobre todo si se tienen en cuenta las Sentencias del Tribunal Constitucional ya aparecidas sobre el tema a propósito de contenciosos concretos.

Sería, en este sentido, posible afirmar que existe ya una cierta construcción jurisprudencial más o menos consolidada por el Tribunal Constitucional acerca de lo que deba entenderse por «Sindicato más representativo».

En primer lugar, la Sentencia del Tribunal Constitucional 53/1982, de 22 de julio, abordando la cuestión de si es o no constitucionalmente legítimo aplicar a un órgano administrativo provincial (Comisión Ejecutiva provincial del Instituto Nacional de Empleo) el criterio de la mayor representatividad a nivel nacional, tras analizar la naturaleza concreta del órgano provincial en cuestión y las funciones que realizaba, concluía en la razonabilidad de que la representatividad se midiera a nivel nacional y los sindicatos participantes fueran los más representativos a ese nivel y no al nivel provincial. Sin embargo, pese a la concreta conclusión, lo relevante a señalar es que el criterio seguido por el Tribunal Constitucional fue el de analizar el carácter de la representación, pudiendo cuestionarse, como hace el propio recurso, qué hubiera sucedido si se hubiera tratado de una institución autonómica, provincial o local sin dependencia alguna de una organización nacional. En tal caso, probablemente la medida de la representatividad se hubiera referido al propio ámbito.

La Sentencia de Tribunal Constitucional 65/1982, de 10 de noviembre, discutiéndose en este caso la composición de la delegación española de trabajadores para la Conferencia General de la OIT, de una manera más clara aún, no duda en señalar que la objetividad en la atribución de mayor representatividad «ha de medirse en relación con el objetivo de la designación de representantes o, en concreto, con el ámbito territorial del ente o de la Administración ante la que ha de darse la representación, extremo éste que obliga a declarar infundada la tesis de la Central recurrente, según la cual el criterio de la disposición adicional sexta del Estatuto de los Trabajadores sería aplicable en el ámbito internacional. Por el contrario, hay que tener en cuenta que dicha disposición adicional se refiere en forma expresa a la representación «ante la Administración Pública u otras Entidades u Organismos de carácter nacional» y aquí nos hallamos ante un organismo de carácter internacional, cual es la OIT» (fundamento jurídico núm. 3).

Por todo ello, no sería descabellado pensar en una eventual aceptación por parte del Tribunal Constitucional del motivo de inconstitucionalidad tercero en este punto, con la consiguiente reducción del concepto de sindicato más representativo y la supresión del criterio de la representatividad «en cascada» que no se corresponda realmente en el ámbito territorial y funcional en que se pretenda ejercer la actividad sindical.

III. Acerca de la posibilidad de convocatoria de «elecciones sindicales» en la Administración Pública antes de que dicte sentencia el Tribunal Constitucional

1. PROCEDENCIA DE LA PRESENTACIÓN A LAS CORTES DE UN PROYECTO DE LEY SOBRE REPRESENTACIÓN Y DETERMINACIÓN DE LAS CONDICIONES DE EMPLEO DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

17. La primera cuestión que plantea la suspensión de la publicación y entrada en vigor de la Ley Orgánica de Libertad Sindical, a la vista del tenor literal de su disposición adicional segunda, es la de si procede la presentación a las Cortes de un proyecto de ley sobre representación y determinación de las condiciones de empleo de los funcionarios públicos, semejante al anteproyecto elaborado por la

Secretaría de Estado para la Administración Pública, cuál debería ser su contenido y alcance y, en su caso, en qué podría ser afectado por una Sentencia del Tribunal Constitucional que anulase determinados artículos de la Ley Orgánica de Libertad Sindical.

18. En cuanto a la presentación de un proyecto de ley del género a las Cortes antes de que se resuelva el recurso previo de inconstitucionalidad por el Tribunal Constitucional, entendemos que ello resulta perfectamente posible por cuanto este proyecto de ley desarrollaría materias no sindicales en sentido estricto, si bien conexas, siendo desarrollo, como ya vimos con anterioridad, del artículo 103.3 de la Constitución que, en cualquier caso, no desarrolla el derecho de libertad sindical reconocido en los artículos 7 y 28.1 de la Constitución, no necesitando por ello ni ley orgánica ni siquiera una «habilitación» o «mandato» al legislador ordinario desde una ley orgánica como la sindical. Podría decirse acertadamente que el legislador orgánico ha actuado «oficiosa» e innecesariamente en su disposición adicional segunda al emplazar al Gobierno para que remita a las Cortes un proyecto de ley en el que se regulen los órganos de representación de los funcionarios de las Administraciones Públicas. Es más, la suspensión de la vigencia de la Ley Orgánica de Libertad Sindical permite enmendar errores pasados en el sentido de haber pospuesto en el calendario legislativo la aprobación de una ley que debiera en buena lógica haber sido aprobada con anterioridad, pudiendo proceder a la debida y rápida presentación y aprobación de una ley que regule el derecho de representación antes de la entrada en vigor de aquélla.

19. Consecuencia lógica de lo anterior será el contenido posible de una ley ordinaria que pretenda regular el derecho de representación de los funcionarios en las Administraciones Públicas.

Su contenido deberá evitar en todo caso la regulación de aquellas materias estrictamente sindicales, lo que no impedirá, sin embargo, como ya advertimos desde el principio de este estudio, que tenga necesariamente que reconocer participación al sindicato en una serie de pasajes, como consecuencia obligada del derecho constitucional de libertad sindical.

De esta manera, si analizamos con detenimiento y a la luz de lo anterior el contenido del Anteproyecto elaborado por la Secretaría de Estado para la Administración Pública, habrá que concluir que, con la salvedad del título del mismo, es correcto en este sentido, no invadiendo competencias de una ley orgánica sindical.

En efecto, el título del anteproyecto —«anteproyecto de ley sobre representación *sindical* y determinación de las condiciones de empleo de los funcionarios públicos»—, no se corresponde realmente con su contenido ni tampoco con la distinción entre un derecho de libertad sindical «*stricto sensu*» y un derecho de representación de los funcionarios públicos con participación sindical, que en el informe hemos venido manteniendo. A nuestro juicio, para evitar confusiones —frecuentes, por lo demás, en este campo, por cuanto es usual denominar a las elecciones a miembros de los órganos de representación directa o institucional en los centros de trabajo «elecciones sindicales» por el solo hecho de la participación sindical, no exclusiva, a la hora de presentar candidaturas—, debería pasar a denominarse el texto legal: «Ley sobre representación y determinación de las condiciones de empleo de los funcionarios públicos».

Cabría, en este mismo sentido, señalar alguna prevención frente a la literalidad del artículo 5.º, ya que se refiere no sólo a las facultades de los miembros de la Junta de personal sino también a las de los Delegados de las secciones sindicales, tema de naturaleza estrictamente sindical. Sin embargo, si tenemos en cuenta lo dispuesto expresamente en el párrafo 3.º del artículo 10 de Proyecto de Ley Orgánica de Libertad Sindical en el sentido de que «los delegados sindicales, en el supuesto de que no formen parte del Comité de empresa, tendrán las mismas garantías que las establecidas legalmente para los miembros... de los órganos de representación que se establezcan en las Administraciones Públicas» no resulta excesivamente grave el que esta ley repita «pedagógicamente» lo que ya fue voluntad expresada de la Ley Orgánica Sindical. En todo caso, en puridad, nada costaría suprimir esta referencia del Anteproyecto.

Finalmente, en este mismo sentido, podría plantear dudas la inclusión en la ley de un precepto como el artículo 19 relativo a la determinación por vía de negociación o consulta de las condiciones de empleo público, ya que tal participación se atribuye en exclusiva a «las organizaciones sindicales más representativas». Sin embargo, tanto si se justifica como sustitución de la negociación colectiva no existente en la función pública (según sentencia del Tribunal Constitucional de 27 de julio de 1982), como si se refiere la ley a su mecanismo de representación o participación institucional en un ámbito superior al centro de trabajo, para el que prevé las Juntas de Personal, no hay inconveniente en mantenerlo pese a su referencia a los sindicatos. De lo que se trata,

al igual que sucede en el Estatuto de los Trabajadores (título III) con los convenios colectivos supraempresariales, es de repartir las legitimaciones para la participación en la Administración Pública según el nivel o ámbito de la misma. Así, las consultas a nivel de centro se canalizan a través de las Juntas de Personal y las consultas de ámbito general superior al centro a través de las organizaciones sindicales más representativas.

20. El contenido de esta ley parece que deba tener el alcance de básico, constituyendo en este sentido «bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del régimen estatutario de sus funcionarios» (art. 149.1.18 de la Constitución), no sólo por cumplir así con el principio de trato igual que el artículo 14 y el propio artículo 149.1.1 y 18 de la Constitución establecen, sino también por razones funcionales. En el sentido de que, como quiera que las elecciones a miembros de las Juntas de Personal constituyen la base para construir el sindicato más representativo, a efectos nacionales, esto es, a efectos de las negociaciones sobre las condiciones de empleo (ex art. 19 del Anteproyecto) y de representación en el Consejo Superior de la Función Pública (ex art. 7.1 de la Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública), parece necesario que exista la mínima homologación de los parámetros de la representatividad en todas las Comunidades Autónomas.

En este sentido se ha manifestado la sentencia del Tribunal Constitucional de 27 de julio de 1982, si bien confundiendo este derecho con el de libertad sindical, al afirmar que «el ejercicio por los funcionarios públicos del derecho de sindicación... su determinación sólo al legislador estatal corresponde pues, de una parte, implica la regulación o desarrollo de su derecho fundamental (arts. 53.2 y 81.1 de la Constitución) en términos que aseguren la igualdad en su ejercicio (art. 149.1) y, de otra, forma parte del régimen jurídico de las Administraciones Pública y del régimen estatutario de sus funcionarios (art. 149.1.18)».

21. Cabe, finalmente, plantear la incidencia de una sentencia del Tribunal Constitucional anulatoria de determinados preceptos de la Ley orgánica de Libertad Sindical sobre el texto del Anteproyecto de ley sobre la representación de los funcionarios públicos.

Realmente, en atención a lo ya destacado del recurso previo de inconstitucionalidad en relación con la Ley orgánica de Libertad Sindical, no pueden previsiblemente producirse incidencias sobre el Anteproyecto referido, a no ser que el Tribunal Constitucional aceptase

el segundo motivo de inconstitucionalidad del recurso considerando objeto de ley orgánica sindical también al derecho de representación. Tan sólo en ese caso el Anteproyecto resultaría inviable por inconstitucional a su vez. Frente a esta eventual interpretación hemos venido argumentando desde el inicio de este estudio, distinguiendo entre un derecho de libertad sindical y un derecho de representación como derechos constitucionales propios y distintos, si bien constitucionalmente conexos (véase *supra* I.1).

Fuera de esto, una eventual sentencia anulatoria del concepto legal de sindicato más representativo no supondría alteración alguna para este Anteproyecto, si bien condicionaría obviamente su aplicación (cfr. arts. 5 y 19).

2. PROCECENCIA DE LA CELEBRACIÓN DE «ELECCIONES SINDICALES» SIN LEY MARCO PREVIA

22. De acuerdo con todo lo dicho anteriormente, mientras la ley marco sobre representación y determinación de las condiciones de empleo de los funcionarios públicos no sea aprobada y entre en vigor, la procedencia jurídica de la celebración de las llamadas «elecciones sindicales», esto es, de elecciones a representantes de los funcionarios públicos y asimilados ante la Administración Pública, dependerá de la existencia o no anterior a la Constitución de disposiciones reguladoras del derecho de representación de los funcionarios públicos.

En este sentido, ya vimos cómo tan sólo las disposiciones referentes al personal de Correos pudieran eventualmente entenderse anteriores a la Constitución en cuanto a su origen -diciembre de 1976-, si bien han sido objeto de modificación posterior a la Constitución -27 de marzo de 1981 y 27 de septiembre de 1981-, por lo que todas las disposiciones existentes en la materia referentes a distintos sectores de la Administración Pública, incluida la de Correos, deberán entenderse inconstitucionales por razones de forma al haber infringido el principio constitucional de reserva de ley establecido y las elecciones efectuadas a su amparo jurídicamente ilegales y sin efectos jurídicos aceptables.

En cuanto a la posibilidad de convocar elecciones y regular las funciones de los elegidos a través de nuevas disposiciones de rango inferior a la ley en el caso -general, por lo demás-, de inexistencia de disposiciones anteriores, la reserva constitucional de ley sobre la materia lo impediría igualmente.

23. Así, aquellas elecciones que pudieran celebrarse al margen de la legalidad, autoconvocadas por los propios funcionarios o incluso, por la Administración, podrán tener a lo sumo una operatividad «fáctica» pero en ningún caso una validez jurídica que obligue a la Administración en Derecho a consultar, negociar o entablar, con la representación funcional de ellas salida, una relación o a utilizar sus resultados como parámetro obligado a ningún efecto sindical.

IV. Acerca de la posibilidad de constitución del Consejo Superior de la Función Pública antes de que dicte sentencia el Tribunal Constitucional

24. La Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública de 2 de agosto de 1984 crea el Consejo Superior de la Función Pública (arts. 6 y 7) y, al regular su composición, señala que el personal estará representado en él por «diecisiete representantes designados por las organizaciones sindicales, en proporción a su representatividad respectiva» (art. 7.1).

25. El primer problema que plantea esta ley es el de no referirse a los «sindicatos más representativos» en proporción a su representatividad sino a «las Organizaciones Sindicales en proporción a su representatividad respectiva». No es ciertamente lo mismo. Y pudiera ocurrir que organizaciones sindicales que no sean «más representativas» tengan derecho, con base en el artículo 7.1 de esta ley, a sentarse en el Consejo Superior de la Función Pública como representantes del personal. En todo caso, el proyecto de Ley orgánica de Libertad Sindical, cuando entrase en vigor, derogaría este precepto o, al menos, lo «reconduciría» a sus términos correctos.

26. Si bien la ley no habla de los «sindicatos más representativos» en sentido propio, sí que alude a la «representatividad respectiva» como criterio de designación de los diecisiete representantes en el Consejo, planteando en consecuencia el problema de cuál es el parámetro que ha de servir para medir la representatividad.

Como ya señaló anteriormente (cfr. *supra* I.2.8), en ninguna parte se regula o define la representatividad en el marco de la función pública, no siendo de aplicación a los funcionarios públicos y asimilados lo dispuesto en la disposición adicional sexta del Estatuto de los Trabajadores por expresa exclusión de su ámbito de estos últimos (art. 1.3.^a del

ET) y encontrándose suspendida en su vigencia la Ley orgánica de Libertad Sindical por recurso previo de inconstitucionalidad, donde sí que se establece ciertamente, como parámetro para medir la representatividad de los sindicatos de funcionarios públicos, el criterio de la audiencia sindical, esto es, la acreditación de la obtención en el ámbito de que se trate del 10 por 100 o más del total de los miembros de los órganos de representación de los funcionarios en las Administraciones Públicas (cfr. *supra* II.1.14).

Si bien la aplicación analógica del criterio de la audiencia sindical ante la evidente laguna legal no constituiría un excesivo problema en tanto no se aprobase la Ley orgánica de Libertad Sindical, el problema surge nuevamente de la ausencia de una ley marco sobre representación y determinación de las condiciones de empleo de los funcionarios públicos y de la inexistencia jurídica de elecciones a representantes a los efectos del necesario cómputo de la representatividad de los sindicatos en orden a la constitución del Consejo Superior de la Administración Pública. Faltando las bases de la representatividad, ésta no podrá medirse en atención al criterio de la audiencia sindical. No pudiendo ser utilizados a estos efectos, por lo que ya dijimos acerca de su inconstitucionalidad (cfr. *supra* III.2), los resultados de las elecciones «fácticas» habidas en determinados sectores de la Administración, además de ser claramente insuficientes por su parcialidad.

Una vez abandonado, por su imposible utilización, el criterio de la audiencia sindical, no quedan sino dos alternativas para solucionar el problema planteado: Primera, esperar, como mínimo, a la publicación de la Ley sobre derecho de representación y determinación de las condiciones de empleo de los funcionarios públicos y a que se produzcan elecciones generales en la Administración Pública, aunque la Ley orgánica de Libertad Sindical todavía no esté vigente; segunda, utilizar como parámetro de la representatividad el criterio de la afiliación o, como ha señalado el propio Tribunal Constitucional de la «notoria implantación» (sentencia del Tribunal Constitucional 70/1982, de 29 de noviembre y 37/1983, de 11 de mayo, sobre legitimación para incoar conflictos colectivos: «implantación suficiente... en el ámbito de que se trate»).

Esta segunda opción que, a nuestro juicio, pudiera ser aceptable para determinadas actuaciones sindicales de mayor informalidad o no institucionalizadas, tales como consultas o negociaciones informales, no parece que sea de recibo en relación con la participación institucional

en el Consejo Superior de la Función Pública, para la que la propia Ley exige el reparto de representantes «en proporción a la representatividad» de las organizaciones sindicales. Máxime, cuando, como en este caso, la representación prevista en la Ley lo es del «personal», término que comprende no sólo a los funcionarios públicos o asimilados sino también al personal sometido al Derecho laboral.

Lo que supone la necesaria utilización del parámetro de la audiencia sindical respecto de las organizaciones sindicales representativas de este personal laboral y la consiguiente disfuncionalidad de los criterios de representatividad utilizados en cada caso.

27. Consiguientemente, nuestra opinión en Derecho en este punto es la de que no será posible cubrir legalmente los 17 puestos de representación sindical del personal en el Consejo Superior de la Función Pública en tanto no sean aprobadas las leyes orgánicas de libertad sindical y de derechos de representación y determinación de las condiciones de empleo de los funcionarios públicos o, al menos, esta última y se hayan realizado efectivamente elecciones generales en toda la Administración Pública.

V. La incidencia del Convenio núm. 151 de la OIT en el ordenamiento sindical español en la Administración Pública

1. ENTRADA EN VIGOR

28. El Convenio número 151 de la OIT, sobre la protección del derecho de sindicación y los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la Administración Pública, fue adoptado en Ginebra el 27 de junio de 1978.

El Convenio ha sido ratificado por España el 18 de septiembre de 1984 y ha venido publicado en el «Boletín Oficial del Estado» de 12 de diciembre de 1984. De acuerdo con lo previsto en el instrumento de ratificación, y conforme a lo establecido en el artículo 11.3 del mismo Convenio («... este Convenio entrará en vigor, para cada miembro, doce meses después de la fecha en que haya sido registrada su ratificación»), entrará en vigor para España el 18 de septiembre de 1985.

2. EFICACIA JURÍDICA DEL CONVENIO

29. El Convenio número 151 posee un doble valor, desde el punto de vista de nuestro ordenamiento interno.

De un lado, entra a formar parte de nuestro propio ordenamiento jurídico, de acuerdo con lo establecido en el artículo 96.1 de la CE: «Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno.» De la lectura del citado artículo 96.1 de la CE puede deducirse que el Convenio número 151, ya ratificado y publicado, forma parte ya de nuestro ordenamiento interno, independientemente de su entrada en vigor a efectos internacionales, que no se producirá sino el 18 de septiembre de 1985.

No obstante, suele entenderse que un convenio no entra en vigor para el ordenamiento interno sino a partir de la misma fecha en que entra en vigor a efectos de las propias obligaciones internacionales que su ratificación implica, unificando así su entrada en vigor interna y externa.

En todo caso, posiblemente es indiferente que el Convenio número 151 está ya en vigor en nuestro ordenamiento interno, o solamente llegue a estarlo a partir del 18 de septiembre de 1985, debido al carácter programático del mismo, necesitado del ulterior desarrollo nacional y debido también a que la mayor parte de su contenido se encuentra ya recogido en nuestro ordenamiento.

30. De otro lado, el Convenio tiene un valor interpretativo de los derechos y libertades fundamentales acerca de las mismas materias contenidas en nuestra Constitución, de acuerdo con el artículo 10.2 de la misma: «Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.»

Por consiguiente, el Convenio número 151 sirve ya, puesto que ya está ratificado, como guía interpretativa de los derechos fundamentales y libertades recogidas en los artículos 15 a 29 de la CE. Más concretamente, del derecho a la libre sindicación (art. 28.1), el cual incluye –según repetida jurisprudencia del Tribunal Constitucional–, no solamente el derecho a constituir y a afiliarse –o no– a un sindicato,

sino también el derecho a la actividad del sindicato como organización colectiva. En cambio, no servirá de criterio interpretativo del derecho de huelga (art. 28.2), el cual no se ve reflejado en el Convenio, ni del derecho a la negociación colectiva, el cual si bien está contemplado —en el sentido que luego veremos—, en el Convenio, no es sin embargo un derecho fundamental o libertad pública, ya que se encuentra en el artículo 37.1 de la CE.

Ello no obstante, cabría entender aquí que la referencia del artículo 10.2 de la CE es a los artículos 14 a 38 (capítulo 2.º: «Derechos y libertades») y no solamente a los artículos 15 a 29 (capítulo 2.º, sección 1.ª: «De los derechos fundamentales y libertades públicas»). Pero, de nuevo, debido al carácter de la referencia a la negociación colectiva contenida en el artículo 7 del Convenio, que aparece como alternativa a «otros métodos» de participación en la determinación de las condiciones de trabajo de los empleados públicos, posiblemente resulta asimismo indiferente a efectos prácticos que el artículo 10.2 de la CE venga interpretado en sentido estricto (exclusivamente referido a los arts. 15 a 29) o en sentido amplio (abarcando igualmente los arts. 30 a 38).

3. AMBITO SUBJETIVO

31. En términos generales, el convenio número 151 es una refundición, en el ámbito del empleo público, del convenio número 98, del convenio número 135 y del convenio número 154, todos ellos de la OIT.

Así, los artículos 4 y 5 del convenio número 151 son un claro equivalente de los artículos 1 y 2, respectivamente, del convenio número 98.

Del mismo modo, el artículo 6 del convenio número 151 es, en su apartado 1.º, un equivalente del artículo 2.1 del convenio número 135 de la OIT.

En fin, el artículo 7 del convenio número 151 es, parcialmente, un reflejo del artículo 4 del convenio número 98 y del artículo 5.1 del convenio número 154 (este último no ratificado por España).

En resumen, el convenio número 151 viene a reconocer, en el ámbito de la Administración Pública, una serie de derechos ya reconocidos a los trabajadores sometidos al Derecho laboral en varios convenios anteriores, los cuales expresa e implícitamente excluían de su ámbito de aplicación a los empleados públicos.

Así, el convenio número 98, en su artículo 6, establece que «el presente convenio no trata de la situación de los funcionarios públicos en la Administración del Estado...». Igualmente, el convenio número 135, sobre la protección y facilidades a los representantes de los trabajadores *en la Empresa*, parece referirse únicamente a la Empresa (privada y pública) excluyendo de su ámbito a la Administración Pública.

Únicamente el convenio número 154 (no ratificado por España), sobre el fomento de la negociación colectiva, incluye expresamente a la Administración Pública, ya que, de un lado, «se aplica a *todas* las ramas de la actividad económica» (art. 1.1); y, de otro, admite modalidades de aplicación del mismo en dicho ámbito (art. 1.3: «En lo que se refiere a la administración pública, la legislación o la práctica nacionales podrán fijar modalidades particulares de aplicación de este convenio»), lo que demuestra que, en principio y a salvo esas modalidades, su ámbito se extiende claramente a la Administración Pública.

32. El ámbito subjetivo del convenio número 151 es muy amplio: «Todas las personas empleadas por la Administración Pública» (art. 1.1), lo que incluye a los funcionarios públicos y a los contratados administrativa y laboralmente. Fija, no obstante, algunas matizaciones.

En primer lugar, no es aplicable a esos sujetos «en la medida en que... les sean aplicables disposiciones más favorables de otros convenios internacionales del trabajo».

Ello supone que el convenio número 151 resultará aplicable en aquellos casos que mejore la situación anterior, a la luz de otros convenios de la OIT, y no será aplicable, precisamente, cuando los convenios anteriores resulten más favorables. En realidad, más que de una determinación del ámbito subjetivo, se trata aquí realmente de una versión peculiar de juego del principio de norma más favorable entre convenios internacionales de trabajo.

En concreto, y en breve resumen, ello supondrá que:

a) Los artículos 4 y 5 del convenio número 151, que son más favorables que los artículos 1 y 2 del Convenio número 98, se aplicarán a los contratados administrativa y laboralmente (que estaban incluidas en el convenio núm. 98) y a los funcionarios (que estaban excluidos del convenio núm. 98).

b) El artículo 6.1 del convenio número 151, que es más favorable que el artículo 2.1 del convenio número 135, será de aplicación a los

contratados administrativa y laboralmente y a los funcionarios, todos ellos excluidos del ámbito del Convenio número 135.

c) El artículo 7 del convenio número 151 se aplicará a los contratados administrativa y laboralmente y a los funcionarios públicos, ya que el convenio número 154 no ha sido ratificado por España.

33. En segundo lugar, el convenio número 151 (art. 1, aps. 2 y 3) establece que «la legislación nacional deberá determinar hasta qué punto las garantías previstas en el presente convenio» son de aplicación a:

- los empleados de alto nivel que posean poder decisorio o desempeñen cargos directivos;
- a los empleados cuyas funciones sean de naturaleza altamente confidencial;
- y a las Fuerzas Armadas y a la policía.

Dos problemas interpretativos, no claramente resueltos, plantean estas referencias al ámbito subjetivo.

De un lado, no está claro si esa determinación de «hasta qué punto» las garantías del convenio son aplicables a ciertas personas, permite excluirlas, en su caso, totalmente de la aplicación de dichas garantías o, por el contrario, sólo autoriza a limitar –parcialmente– la aplicación de las mismas. Al margen de que el artículo 28.1 de la CE permite «limitar o exceptuar» del ejercicio del derecho de libertad sindical «a las Fuerzas e Institutos armados y a los demás cuerpos sometidos a disciplina militar» (lo que, en concreto, supone la exclusión de las Fuerzas Armadas, Guardia Civil y Policía Nacional, hoy por hoy), si bien es cierto que doctrinalmente se ha sostenido (sobre todo, la doctrina italiana) que ese «hasta qué punto» –el cual se repite en los convenios números 87 y 98– supone la posibilidad de limitar, pero no de excluir, a dichos sujetos, no conocemos ninguna decisión de la OIT que haya aceptado expresamente esta segunda interpretación, aunque tampoco quede explícitamente rechazada.

34. De otro lado, tampoco es un tema claramente resuelto el si la obligación contemplada habitualmente en los convenios («la legislación nacional determinará hasta qué punto») queda suficientemente cumplida si la legislación de un Estado, incluso anterior a la ratificación de un convenio de la OIT contiene limitaciones o incluso excepciones

totales a la aplicación del Convenio a determinados colectivos previstos como limitables o excluibles en el mismo; o, así, por el contrario, es necesario que, una vez ratificado el Convenio, el estado ratificante afronte expresamente la determinación de en qué medida —total, parcialmente o en absoluto, en su caso—, se aplican las garantías del convenio a los colectivos contemplados por éste a esos efectos.

Algunas razones apoyan teóricamente esta segunda interpretación. Así, el que el convenio establezca en futuro («la legislación nacional *determinará*», dice) dicha obligación. También, que sólo de este modo quedará suficientemente clara la situación en el ordenamiento interno, ya que, de otro modo, puede resultar muy difícil saber si el convenio —que es ley, incluso una *superley* en el derecho interno, de acuerdo con el artículo 96.2 de la CE—, ha derogado o no una situación legal anterior restrictiva de los derechos que el convenio contemple.

No hay, en este sentido, «jurisprudencia» alguna de la OIT que aborde explícitamente esta cuestión. De todos modos, las dudas surgen más bien respecto de la interpretación, en este supuesto, del artículo 1.º, 2 y 3 del Convenio número 151 cara a las obligaciones externas del Estado español ante la OIT. Desde el punto de vista del derecho interno, seguramente la duda interpretativa vendría resuelta en el primero de los sentidos apuntados, considerando, por tanto, que la referencia a la «legislación nacional» se refiere tanto a la futura como a la ya vigente, del mismo modo que las varias referencias de la Constitución a la regulación legal de un derecho (por ejemplo, del derecho de huelga) han sido interpretadas en el sentido de que una ley anterior no contradictoria con el texto constitucional siga siendo de aplicación, mientras no sea sustituida por una ley futura en la materia de que se trate (véase, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981).

En todo caso, de los supuestos contemplados como exceptuables o limitables en el artículo 1.º, 2 y 3 del Convenio número 151, solamente los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía quedan, ahora, plenamente excluidos de las garantías equivalentes a las previstas en los artículos 4, 5, 6, 7 y 8 del convenio.

Los cargos de alta dirección no quedan excluidos como tales de las garantías equivalentes a las reconocidas en el artículo 6 del convenio, ya que en el ámbito de la Administración Pública les es de aplicación la resolución de 7 de junio de 1979. Lo mismo cabe decir de los cargos de confianza.

Ambos tipos de sujetos (cargos de alta dirección y de confianza) gozan, por lo demás, de garantías que equivalen y concretan las de los artículos 4 y 5 del convenio, en la medida en que éstas se desprenden de la propia aplicación del artículo 28.1 de la CE (por lo que respecto al art. 4 del convenio) o se encuentran reflejadas en el artículo 2.2 y 1.3 de la Ley de Regulación del Derecho de Asociación Sindical de 1 de abril de 1977 (por lo que respecta a los arts. 4 y 5 del Convenio, respectivamente).

4. CONTENIDO OBJETIVO

35. El Convenio número 151 OIT tiene un cuádruple contenido:

1. Protección del derecho de sindicación (arts. 4 y 5).
2. Facilidades que deben concederse a las organizaciones de empleados públicos (art. 6).
3. Procedimientos para la determinación de las condiciones de trabajo (art. 7).
4. Solución de conflictos (art. 8).

36. Antes de entrar en el análisis de cada uno de los aspectos del contenido conviene resaltar, como característica común al tratamiento que en él se hace de cada uno de ellos, que en todos los casos las normas del convenio tienen un claro carácter programático, necesitando todas las garantías establecidas de un mayor o menor, según los casos, desarrollo normativo que se deja a la competencia de los respectivos Estados. Ello es clarísimo en todos los artículos. Así:

- a) Art. 4.º, 1: «Los empleados públicos gozarán de protección adecuada», sin que se predetermine cuáles sean los mecanismos de protección.
- b) Art. 5.º: «Las organizaciones de empleados públicos gozarán de completa independencia...» (párrafo 1) o «de adecuada protección...», sin que se especifiquen los medios de tutela de la una o la otra.
- c) Art. 6.º: «Deberán concederse a los representantes de las organizaciones... facilidades apropiadas» (párrafo 1), especificando que «la naturaleza y el alcance de estas facilidades se determinarán...», no quedando, pues, determinadas en el Convenio mismo.

- d) Art. 7.º: «Deberán adoptarse, de ser necesario, medidas adecuadas a las condiciones nacionales...», lo que indudablemente deja a la legislación o práctica nacionales la fijación de tales medidas.
- e) Art. 8.º: «... se deberá tratar de lograr, de manera apropiada a las condiciones nacionales...».

A) *La protección del derecho de sindicación*

37. El contenido de los artículos 4 y 5 viene a ser una reproducción casi idéntica del Convenio número 98 (arts. 1 y 2), y consiste en el reconocimiento del derecho a protección adecuada contra actos discriminatorios (art. 4) de la Administración pública en cuanto empleador o, más en general, contra actos de injerencia de la Administración en la «constitución, funcionamiento o administración» de las organizaciones de empleados públicos (art. 5.2).

Realmente, y aparte su carácter programático, no vienen a suponer novedad alguna en relación a la situación actual. Y ello porque: 1) los empleados públicos –salvo los funcionarios– ya tienen reconocida la misma protección en el Convenio número 98 (arts. 1 y 2); 2) los funcionarios la tienen reconocida en los artículos 2.º, 2 y 1.º, 3 de la Ley de 1 de abril de 1977, en relación con la disposición final primera del Real Decreto 1522/1977, de 17 de junio; 3) tal protección, ya reconocida en nuestras leyes, resulta aún más concretada en la nulidad de los actos discriminatorios o de injerencia correspondientes en virtud de lo establecido en el artículo 17 del ET –para los contratados laboralmente–, o, en los artículos 14 y 28.1 de la CE, en relación con la conocida línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional de considerar «radicalmente nulos» tales actos (sentencias de 23 de noviembre de 1981, de 20 y 22 de diciembre de 1982).

38. Únicamente, el Convenio número 151, artículo 4, supone una novedad respecto del Convenio número 98, artículo 1, en el sentido de que este último limitaba la protección frente al despido basado en sus actividades sindicales al concretar éstas en las realizadas «fuera de las horas de trabajo». Por el contrario, más ampliamente, el artículo 4.2.b) del Convenio 151 refiere la protección frente al despido a la «participación en las actividades normales» de una organización de empleados públicos, sin distinguir entre que se realicen dentro o fuera de las horas de trabajo.

Desde esta perspectiva, el artículo 4.2.b) del Convenio número 151 se aplicará, en cuanto más favorable, a los trabajadores de la Administración Pública sometidos al Derecho Laboral a quienes ya era de aplicación el Convenio número 98. («El presente Convenio deberá aplicarse a todas las personas empleadas por la Administración Pública, en la medida en que no les sean aplicables disposiciones más favorables de otros convenios internacionales del trabajo».)

B) *Facilidades que deben concederse a las organizaciones de empleados públicos*

39. Se trata, en el caso del artículo 6 del Convenio número 151, de una norma equivalente, en cierto sentido, al artículo 2.1 del Convenio número 135 de la OIT y de un carácter —como este último— claramente programático. La concreción de tales facilidades se deja o bien a la negociación colectiva o bien a cualesquiera otros métodos de participación en la determinación de las condiciones de trabajo (consulta, p.e.) o bien a «cualquier otro medio apropiado» (art. 6.3 Convenio 151).

No supone el artículo 6 novedad de fondo respecto a nuestro ordenamiento, donde tales facilidades están ya reconocidas en el ET (arts. 61 a 81) para los trabajadores contratados laboralmente y en la Circular 3/1977 (Resolución de 7 de junio de 1979), en el ámbito de la Administración Pública.

40. De este modo, la normativa actualmente en vigor configura el siguiente cuadro:

De un lado, los artículos 61 a 81 del ET regulan las facilidades de los representantes del personal (Comités de Empresa y Delegados de personal), y resulta de aplicación también a los trabajadores contratados laboralmente por las Administraciones Públicas. Pero no contempla facilidades para las organizaciones sindicales de esos trabajadores.

De otro lado, la Circular 3/1977 regula, por el contrario, fundamentalmente la acción sindical en el ámbito interno —en los centros de trabajo— de la Administración Pública. No obstante, el ámbito subjetivo de la Circular 3/1977 parece referirse solamente a los funcionarios (así se desprende de la E. de M. de la resolución de 1979: «Algunas Asociaciones y Funcionarios, destinatarios de sus normas», dice el párrafo 1.º, y alguna de sus directrices (en especial, la 3.ª: Reuniones) habla expresamente de reuniones de Funcionarios (3.2), o de utilización de locales para reuniones de Funcionarios (4.2). Además, precisamente

las reuniones de funcionarios no se plantean como reuniones sindicales si son dentro del horario de trabajo (3, 2, 4 y sentencias del Tribunal Constitucional de 8 de junio de 1981 y 7 de noviembre de 1982). En cambio, otras directrices de la Circular (2.^a: Representaciones sindicales; 4.^a: Locales; 5.^a: Propaganda), aparentemente se refieren de un modo más amplio a «personas que prestando (en el centro) sus servicios, pertenezcan a cualquier organización profesional con personalidad jurídica» (2.^a Directriz) o a reuniones de representantes (3.1), o a utilización de locales por organizaciones profesionales (4.1) o a «representantes» (5.1: Confección de propaganda) o a «organizaciones profesionales» (5.2: Distribución de propaganda).

41. En resumen, podemos concluir que en el ámbito de la Administración Pública los sindicatos pueden elegir representantes sindicales (2 por centro, como máximo), estos pueden celebrar reuniones fuera del horario de trabajo (3.2.3) y pueden convocar reuniones (no sindicales) de todo el personal (3.2.4), pueden disponer de locales (4.1), confeccionar y distribuir propaganda (5.1 y 5.2) y disponer de tabloneros de anuncios (5.3).

42. Precisamente, el artículo 6 del Convenio número 151 contempla la otorgación de facilidades en los centros de trabajo de la Administración Pública a las «organizaciones de empleados». Recordemos que «empleados» significa (art. 1 del Convenio) también contratados laboralmente si no le son aplicables otros Convenios más favorables, y el Convenio 135 no lo es, puesto que se limita al ámbito de la Empresa. Por tanto, empleados públicos, lo son, en este caso, también los contratados laboralmente.

«Organizaciones» en el Convenio número 151 significan *sindicatos*, como puede desprenderse del análisis de la terminología empleada en los Convenios 135, 154 y 151. En efecto, si bien el Convenio 135 utiliza la expresión «representantes» para referirla tanto a una representación sindical [art. 3.a)] como a una representación electa no sindical [art. 3.b)], precisamente el Convenio número 154 contrapone expresamente el término «representantes» —en el sentido de representantes electos, es decir, unitarios o no sindicales— al término «organizaciones (véase art. 3 del Convenio núm. 154), expresión esta última que queda, así, reducida a las organizaciones sindicales, en contraposición a otras formas de representación colectiva. Parece lógico que el Convenio 151, aunque no lo diga expresamente, dé a la expresión «organizaciones» el mismo sentido de sindicatos:

43. De todo lo cual se deduce, en suma, que el artículo 6 del Convenio número 151 obliga a otorgar facilidades precisamente a los sindicatos, mientras que no obliga a otorgarlas a otros posibles «representantes» de los empleados públicos que, en su caso, pudieran existir en el ámbito de la Administración Pública.

Entendemos que, en este sentido, la Circular 3/1977 supone un desarrollo al menos suficiente del artículo 6 del Convenio 151, en la medida en que el alcance y naturaleza de estas facilidades se dejan a la determinación discrecional del estado ratificante. Independientemente de que, en el futuro, sea conveniente introducir una mayor claridad en la normativa correspondiente, mejorando una norma coyuntural como es la Circular 3/1977.

C) *Procedimientos para la determinación de las condiciones de empleo*

44. El artículo 7 del Convenio, independientemente del carácter programático que, en todo caso, tiene y que supone la necesidad de desarrollarlo, obliga a establecer –a efectos de permitir a los empleados públicos participar en la determinación de las condiciones de trabajo–, alternativamente, o bien «procedimientos de negociación» o bien «otros métodos».

La norma convencional resulta, aquí, de aplicación sólo a los funcionarios y contratados administrativos, puesto que los contratados laboralmente tienen ya regulado su derecho de negociación colectiva en los artículos 82 y siguientes del ET.

45. Sin duda, en este punto, nuestra legislación es deficiente y ello obliga a introducir procedimientos de negociación u otros métodos. La alternativa es clara, no siendo necesario que se introduzcan procedimientos de negociación. Ello concuerda, por lo demás, con la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional (sentencia de 27 de julio de 1982) y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (casos del Sindicato de la Policía Belga, del Sindicato sueco de conductores de locomotoras y caso Schmidt-Dahlström).

Seguramente, la participación prevista a través del Consejo Superior de la Función Pública (arts. 6 y 7, Ley 30/1984 de 2 de agosto) cumple en sí suficientemente las obligaciones del artículo 7 del Convenio número 151, dadas las funciones del Consejo, a) «Informar... los anteproyectos de Ley referentes al personal...»; b) «Informar... sobre aquellas disposiciones o decisiones relevantes en materia de perso-

nal...»; c) «... tomar conocimiento, debatir y, en su caso, recomendar a las Administraciones competentes la adopción de medidas dirigidas a mejorar la organización, *las condiciones de trabajo*, el rendimiento y la consideración social del personal...»; d) «Debatir y proponer, a iniciativa de sus componentes, las medidas necesarias para la coordinación de las políticas de personal...») y dada la composición del Consejo [art. 7.d): «Por parte del personal, 17 representantes designados por las organizaciones sindicales...»]. Todo lo que viene a suponer un derecho de consulta de las organizaciones de empleados públicos.

De todos modos, para cumplir suficientemente lo requerido en el artículo 7 del Convenio número 151, sería necesario hacer operativo el funcionamiento del Consejo, resolviendo el problema actual de determinación de esos 17 representantes de organizaciones sindicales (véase, supra, IV).

D) *Solución de conflictos*

46. El artículo 8 prevé que «la solución de los conflictos que se planteen con motivo de la determinación de las condiciones de empleo se deberá tratar de lograr», de nuevo alternativamente, o bien mediante la negociación colectiva o bien «mediante procedimientos independientes e imparciales», entre los que prevé expresamente la mediación, la conciliación y el arbitraje, pero sin cerrarse a otros posibles métodos.

Aparte de subrayar que no hay una referencia expresa al derecho de huelga (salvo, implícitamente, al mencionar la «negociación», ya que parece inconcebible una verdadera negociación sin la posibilidad, al menos, de recurrir a la huelga), hay que indicar aquí dos temas:

- Primero.-Los contratados laboralmente disponen del derecho de negociación en el ET, del derecho de huelga (regulado en el Real Decreto-ley 17/1977) y de la posibilidad de incoar procedimientos de conflicto colectivo (ídem), también a través de sus organizaciones sindicales.
- Segundo.-Los contratados administrativos y funcionarios carecen del derecho de negociación colectiva (sentencia del Tribunal Constitucional de 27 de julio de 1982), del derecho a incoar procedimientos de conflicto al no serles de aplicación el Real Decreto-ley 17/1977 (sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981) y sólo dudosamente tienen reconocido el derecho

de huelga directamente en el artículo 28.2 de la CE (véase sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981, p. j.: 13: «el *eventual* de huelga de los funcionarios públicos no está regulado por el Real Decreto-ley 17/1977).

47. Por ello, a fin de dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 8 del Convenio número 151, será necesario regular la negociación colectiva de los funcionarios o, al menos, su derecho de huelga o procedimientos de conciliación, mediación o arbitraje, en una ley que desarrolle el artículo 28.2 de la CE o el artículo 37.2 de la CE.

5. CONCLUSIONES

48. La ratificación del Convenio número 151 OIT supone la obligación, a partir al menos del 18 de septiembre de 1985, de proceder a adoptar las medidas necesarias —normalmente, legislativas— para:

- a) Con dudas, determinar expresamente en qué medida se aplican las garantías del Convenio a las Fuerzas Armadas y a la Policía.
- b) Establecer los medios necesarios para permitir la determinación de los 17 representantes sindicales en el Consejo Superior de la Función Pública.
- c) Regular procedimientos de negociación o, alternativamente, de conciliación, mediación y arbitraje para la solución de los conflictos que surjan con motivo de la determinación de las condiciones de trabajo de empleos administrativos y de funcionarios.

49. A la luz de estas conclusiones, y teniendo en cuenta el carácter programático del Convenio 151, habría que decir que:

a) Mientras no forme parte del ordenamiento jurídico interno no puede, desde luego, fundamentar recursos válidos ante las distintas instancias jurisdiccionales de nuestro país. No obstante, puede pensarse que tiene ya un valor interpretativo de los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidas en la CE y, en su caso, desarrolladas por ley. Pero ello, dado el carácter programático y flexible del Convenio y la mayor concreción de nuestra normativa (art. 28 de la CE, Ley 1 de abril de 1977, Convenios números 87 y 98 OIT, Real Decreto 1522/1977, Circular 3/1977) tiene pocos o ningún significado práctico.

b) Una vez que el Convenio entre a formar parte de nuestro ordenamiento puede, teóricamente, fundamentar recursos que lo invoquen directamente. Pero dado el carácter programático del mismo, es casi totalmente necesario desarrollarlo en normas jurídicas concretas, y esta conclusión es predicable de los artículos 6, 7 y 8 del Convenio. Pero hay que tener en cuenta que:

- el art. 6 se encuentra desarrollado ya por la Circular 3/1977, independientemente de que se quiera sustituir por una normativa futura.
- el art. 7 se encuentra desarrollado ya por la Ley de Medidas Urgentes para la Reforma de la Función Pública, a través del Consejo Superior. Aunque aquí, es necesario introducir una normativa que dé operatividad a la representación sindical prevista en dicho Consejo.
- el art. 8 del Convenio necesita un desarrollo en materia de procedimiento de solución de conflictos colectivos en la Administración Pública.
- los arts. 4 y 5 (protección frente a actos discriminatorios o antisindicales) se encuentran ya suficientemente desarrollados en los artículos 28.1 y 14 de la CE, art. 17 del ET y doctrina constitucional de aplicación de los mismos.

c) Vigente ya el Convenio, los recursos -teniendo en cuenta que el Convenio se refiere a la sindicación y a la acción sindical- se substanciarían por la vía de la Ley 62/1978 de 26 de diciembre, especialmente artículos 6 a 10 (garantía contencioso administrativa) para los funcionarios y empleados administrativos, o por la vía del recurso laboral ante Magistratura, para los contratados laboralmente por la Administración.

VI. Conclusiones generales

50. De todo lo dicho es posible extraer las siguientes conclusiones generales:

1.^a Es posible distinguir entre un derecho de libertad sindical y un derecho de representación de intereses profesionales de los funcionarios

públicos como derechos con entidad propia y distintos entre sí pese a las evidentes conexiones entre ambos.

2.^a La Ley Orgánica de Libertad Sindical define legalmente, por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico, cuáles sean los sindicatos de funcionarios más representativos (arts. 6 y 7) y establece el mandato al Gobierno de que remita a las Cortes un proyecto de ley en el que se regulen los órganos de representación de los funcionarios de las Administraciones Públicas (disposición adición segunda).

3.^a Resulta perfectamente posible la presentación de un proyecto de ley sobre representación y determinación de las condiciones de empleo de los funcionarios públicos, dada la naturaleza «oficiosa» del mandato contenido en la disposición adicional segunda de la Ley Orgánica de Libertad Sindical. Es más, la suspensión de la vigencia de la Ley Orgánica de Libertad Sindical permite en este sentido proceder a la debida y rápida presentación y aprobación de una ley que regule el derecho de representación antes de la entrada en vigor de aquélla. Su contenido deberá evitar en todo caso la regulación de aquellas materias estrictamente sindicales. Su contenido tendrá el carácter de «básico», siendo, por ello, de la competencia del Estado y no de las Comunidades Autónomas.

4.^a La reserva constitucional de ley sobre la materia impide la posibilidad de convocar elecciones y regular las funciones de los elegidos a través de disposiciones de rango inferior a la ley, ante la inexistencia de normas anteriores a la Constitución. Las elecciones celebradas al margen de la legalidad tendrán a lo sumo una operatividad «fáctica» pero en ningún caso una validez jurídica que obligue a la Administración en Derecho a consultar, negociar o entablar, con la representación funcional de ellas salida, una relación o a utilizar sus resultados como parámetro obligado a ningún efecto sindical.

5.^a No será posible cubrir legalmente los 17 puestos de representación sindical del personal en el Consejo Superior de la Función Pública en tanto no sean aprobadas las leyes orgánicas de libertad sindical y de derechos de representación y determinación de las condiciones de empleo de los funcionarios públicos o, al menos, esta última, y se hayan realizado efectivamente elecciones generales en toda la Administración Pública.

6.^a Las concretas incidencias de la ratificación del Convenio número 151 de la OIT se reducen a establecer los medios necesario para permitir la determinación de los 17 representantes sindicales en el

Consejo Superior de la Función Pública y regular procedimientos de negociación o, alternativamente, de conciliación, mediación y arbitraje para la solución de los conflictos que surjan con motivo de la determinación de las condiciones de trabajo de empleados administrativos y de funcionarios.

Por lo demás, mientras no forme parte del ordenamiento jurídico interno no podrá fundamentar recursos válidos ante las distintas instancias jurisdiccionales de nuestro país, teniendo solamente un valor interpretativo de los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidas en la Constitución y, en su caso, desarrolladas por la ley. Una vez que el Convenio entre a formar parte de nuestro ordenamiento podrá teóricamente, fundamentar recursos que lo invoquen directamente, pero dado su carácter programático será necesario desarrollarlo en normas jurídicas concretas con anterioridad.

