

Problemas de la representación sindical y la negociación colectiva en la función pública. Convergencias y divergencias con el empleo privado

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LAS RELACIONES COLECTIVAS EN EL EMPLEO PÚBLICO. CONVERGENCIAS Y DIVERGENCIAS CON EL EMPLEO PRIVADO. III. LAS BASES CONSTITUCIONALES Y EL TRATAMIENTO LEGAL DE LAS RELACIONES COLECTIVAS EN LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. IV. LA ORGANIZACIÓN DEL SINDICATO EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. V. FACILIDADES Y GARANTÍAS DE LA REPRESENTACIÓN DEL PERSONAL EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. VI. LA CAPACIDAD CONVENCIONAL PARA LA DETERMINACIÓN DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS. VII. LA ESTRUCTURA DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN LA FUNCIÓN PÚBLICA. VIII. LOS SUJETOS NEGOCIADORES. IX. CONSTITUCIÓN Y FUNCIONAMIENTO DE LOS ÓRGANOS NEGOCIALES. X. EL ÁMBITO MATERIAL DE LA NEGOCIACIÓN EN LA FUNCIÓN PÚBLICA. ENCUADRAMIENTO Y LÍMITES. XI. LA DETERMINACIÓN CONJUNTA DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO DEL PERSONAL FUNCIONARIO Y LABORAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. XII. LAS MATERIAS OBJETO DE NEGOCIACIÓN. XIII. LAS MATERIAS EXCLUIDAS DE LA OBLIGATORIEDAD DE LA NEGOCIACIÓN. XIV. RESERVA DE NEGOCIACIÓN Y DEBER DE NEGOCIAR. XV. NATURALEZA Y EFICACIA DE LOS ACUERDOS Y PACTOS. XVI. VIGENCIA Y APLICACIÓN DE LOS ACUERDOS Y PACTOS.

I. INTRODUCCIÓN

Este trabajo pretende analizar las peculiaridades de la organización y la acción sindical en las organizaciones públicas y las singularidades que han de adoptar los procedimientos de determinación de las condiciones de empleo en el régimen estatutario, en comparación con el régimen contractual del sector privado.

En su enfoque nos ha parecido necesario no limitarnos al estudio del actual marco jurídico regulador, considerando necesario el

abordaje, no selectivo y limitado temporalmente, de los instrumentos convencionales que la propia dinámica colectiva genera, estimándose igualmente conveniente el análisis de la interpretación aplicativa que de las normas y los instrumentos colectivos está realizando nuestra jurisprudencia a partir de las sentencias emanadas por el Tribunal Supremo, pero también de las producidas por los Tribunales Superiores de Justicia de nuestras Comunidades Autónomas, cuya mayor proximidad a la conflictividad jurídica los convierte en una fuente de considerable interés para la percepción de los problemas ocasionados por un sistema de relaciones colectivas articulado sobre las posiciones de autonomía que caracterizan el actual modelo de distribución de competencias en materia de empleo público.

Precisamente este último dato nos lleva a rechazar una dialéctica bipolar de la materia, fundamentada en el conflicto de intereses entre la Administración pública y sus empleados, sin ninguna consideración por la estructura territorial del Estado y por la posible diferenciación funcional de los distintos ámbitos negociales, olvidando que el tratamiento de los niveles más centralizados del sistema puede sugerirnos una imagen de estabilidad y orden, distinta de la que se puede obtener del proceso cuando éste se analiza desde la angulación que puede proporcionarnos el estudio de sus unidades más dispersas y autónomas.

Es más, en el sistema de función pública es difícil definir un ámbito o unidad de negociación por excelencia, similar al de la empresa o el centro de trabajo en el sector privado, pero lo cierto es que donde más se ha negociado y donde mayor conflictividad jurídica se ha generado es en los segmentos más descentralizados del sistema, fundamentalmente en el nivel local, sin duda el espacio más externo, o si se quiere más abierto del modelo público de relaciones colectivas, y también el que cuenta con un mayor número de unidades de negociación y, por tanto, de posibilidades de conflicto e incidencia. De aquí que cualquier hipótesis que quiera establecerse sobre la negociación colectiva de los funcionarios públicos haya de partir del estudio de la dinámica convencional de los entes territoriales de base, única que puede traducir adecuadamente la práctica de la representación sindical y la negociación colectiva como la han entendido sus propios actores, pues sólo a través del establecimiento del proceso de convergencias y divergencias que toda institución jurídica segrega entre la norma que la regula, su aplicación a la realidad social y su interpretación jurisprudencial podremos ganar una visión más completa del impacto funcional que la introducción de los derechos colectivos propios del ámbito del contrato en el seno del estatuto ha tenido para nuestras Administraciones públicas.

II. LAS RELACIONES COLECTIVAS EN EL EMPLEO PÚBLICO. CONVERGENCIAS Y DIVERGENCIAS CON EL EMPLEO PRIVADO

El estudio de las relaciones colectivas en la función pública parece haberse orientado desde una perspectiva laboral ¹ fundamentada en la idea de que la admisión misma de los derechos colectivos de los funcionarios públicos supone la ruptura del modelo estatutario, basado en la regulación y la gestión unilateral de la prestación de servicios a las Administraciones públicas, anunciando el comienzo de una tendencia imparable en la laboralización de las relaciones de empleo que se pretende como objetivo último y se considera como un valor en sí mismo. El planteamiento es simple: si la existencia del régimen estatutario implica la presencia de los principios e instituciones propios del Derecho Administrativo, la admisión de los derechos colectivos de los funcionarios públicos supone la introducción en el ámbito público de los principios e instituciones propios del Derecho del Trabajo comportando una mayor identificación, o, como mínimo, una mayor proximidad entre trabajo público y privado ².

Dicha visión, que se alimenta de una concepción acrítica del ordenamiento laboral como un ordenamiento total y común de las rela-

¹ No en balde las principales monografías sobre los derechos colectivos de los funcionarios públicos se deben a los juristas del Derecho del Trabajo, siendo fundamentales las primeras aportaciones de REY GUANTER, Salvador del, *Estado, sindicatos y relaciones colectivas en la función pública*, INAP, Madrid, 1986; REY GUANTER, Salvador del, *Comentarios a la Ley de Órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones Públicas*, MAP, Madrid, 1988; REY GUANTER, Salvador del (Coord.), *Seminario sobre relaciones colectivas en la función pública*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales-Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, s/f. En un segundo momento hay que referirse a las aportaciones de GÓMEZ CABALLERO, Pedro, *Los derechos colectivos de los funcionarios*, CES, Madrid, 1994; SALA FRANCO, Tomás; ROQUETA BUJ, Remedios, *Los derechos sindicales de los funcionarios públicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995; FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, Juan José; RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana, *La negociación colectiva de los funcionarios públicos*, CEDECS, Barcelona 1996. Un salto decisivo en el estudio de los derechos colectivos de los funcionarios públicos se produce en el excelente trabajo de ROQUETA BUJ, Remedios, *La negociación colectiva en la función pública*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, que se conoce tras la primera redacción de este trabajo. En la doctrina administrativista pasado un temprano impulso inicial en el que hay que destacar los trabajos de PARADA VÁZQUEZ, J. Ramón, *Sindicatos y asociaciones de funcionarios públicos*, Tecnos, Madrid 1968; ORTEGA, Luis, *Los derechos sindicales de los funcionarios públicos*, Tecnos, Madrid, 1983, se carece de trabajos monográficos, con la excepción del de Díez Sánchez, Juan José, *El derecho de huelga de los funcionarios públicos*, Civitas, Madrid, 1990. En el campo de la Ciencia de la Administración hay que referirse al trabajo de ARENILLA SÁEZ, Manuel, *La negociación colectiva de los funcionarios públicos*, La Ley, Madrid, 1993.

² Este planteamiento se expresa con toda contundencia en el trabajo de GÓMEZ CABALLERO, Pedro, *Los derechos colectivos de los funcionarios*, CES, Madrid, 1994, pág. 23; En el prólogo al mismo de DURÁN LÓPEZ, Federico, el derecho de la función pública se percibe como una «tierra de conquista» o «tierra irredenta», *ob.cit.*, pág. 11. Un desarrollo extremo de estas posiciones puede verse en MAIRAL JIMÉNEZ, Manuel, *El derecho constitucional a la igualdad en las relaciones jurídicas de empleo público*, CEMCI, Granada, 1990. Para una seria reconsideración de estos planteamientos, hasta ahora dominantes en nuestro Derecho del Trabajo, GODINO REYES, Martín, *El contrato de trabajo en la Administración pública*, Civitas, Madrid, 1996.

ciones de empleo dependientes, plantea una lógica de homogeneización que relativiza las particularidades del entorno público e impide que pueda distinguirse, para constituirse como objeto de análisis diferenciado, la acción colectiva desarrollada en la empresa, de la acción colectiva desarrollada en los entes públicos, consagrándose una unidad ficticia que no tiene en cuenta las características singulares del sujeto que se sitúa en el otro extremo de la relación de empleo.

Y, sin embargo, nuestra Constitución abunda, en sus arts. 35.2 y 103.3, con especial cuidado terminológico, en la distinción entre «un» Estatuto de los trabajadores y «el» Estatuto de los funcionarios públicos, por lo que una posible aproximación regulativa entre las dos grandes áreas de empleo dependientes no puede ignorar la especificidad del sector público, sin que sea admisible una operación de mera transferencia al trabajo público de los institutos jurídicos del trabajo privado.

La simple lógica de la homologación entre el Derecho colectivo del trabajo y el Derecho colectivo de la función pública, en términos de transferencia de reglas, lógicas y valores, tanto conflictuales como negociales, de la «cultura» del Estatuto de los trabajadores a la «cultura» del Estatuto de los funcionarios públicos, constituye un instrumento objetivamente insuficiente y una perspectiva errónea que ignora el dato esencial de su formación en un cuadro de referencia sustancialmente distinto y extraño al que supone su introducción en las organizaciones públicas³.

No se trata de negar que en el estudio de las relaciones colectivas en la función pública deba ser un punto de referencia ineludible la experiencia y la técnica jurídica acumulada en la disciplina laboral, por ser éste el espacio jurídico en el que se han desarrollado los derechos de libertad sindical, negociación colectiva y huelga, y donde se han sedimentado los «depósitos» de formas jurídicas que pueden facilitar soluciones a problemas concretos desde una perspectiva constructiva⁴. Se trata de tener en cuenta que el ámbito jurídico del Estatuto de los trabajadores constituye un determinado equilibrio de derechos y deberes, de técnicas de control y poderes, que define la especial situación del trabajador en el sistema de organización del trabajo que supone la empresa, concebida a su vez como el instrumento fáctico de los derechos de libertad de un sujeto calificado como empre-

³ Véase al respecto PAJNO, Alejandro, «Rapporto di pubblico impiego e "cultura" dello statuto dei lavoratori», *Diritto processuale amministrativo*, 3-1992, págs. 454-480.

⁴ Como se ha dicho, es evidente que el Derecho de la función pública utiliza técnicas, experiencias e instrumentos del Derecho laboral, pero su incorporación al Derecho de la función pública debe hacerse sin poner en cuestión el carácter estatutario de la relación, sin que sea admisible una privatización encubierta de la función pública como institución, MONTORO CHINER, María Jesús, «Para la reforma del empleo público: nueve proposiciones», *RAP* 136 (1995), pág. 183.

sario orientado a crear, sostener y dirigir una actividad productiva para la obtención de su propio beneficio; sistema cuyos valores y principios son sustancialmente diferentes de los que sostienen la doctrina del estatuto funcional en la que emerge particularmente el carácter instrumental de toda la disciplina del empleo público con respecto a las finalidades institucionales que articulan la organización y la acción de las Administraciones públicas, concebidas éstas como organizaciones sometidas plenamente a la ley y al Derecho, caracterizadas por su vocación esencial de servicio en interés de la comunidad.

Precisamente, la cuestión esencial que plantea la relación entre el régimen estatutario y el ejercicio de derechos colectivos, como los de libertad sindical y negociación colectiva, es la de hacer compatibles instituciones jurídicas que parten de concepciones organizativas y métodos de gobierno de las relaciones laborales divergentes ⁵. Sin duda, en la relación entre representación profesional y Administración pública es prioritaria la naturaleza y cualidad del sujeto público funcionalizado al servicio del interés general, así como el fundamento último del método de gobierno y dirección de las relaciones que puedan establecerse que ha de basarse siempre en la programación prevista por la norma legal. Conviene no olvidar que las normas jurídicas son en relación con las Administraciones públicas lo que la autonomía privada es en relación con los particulares: la fuente u origen de toda posibilidad jurídica de actuar y la pauta que proporciona un sentido y unos límites a dicha actuación, con la trascendental diferencia de que la autonomía privada, como potestad de regular el propio interés, es esencialmente libre y carece de conexión funcional con el interés público. Para la Administración pública la individualización del interés público y del mejor modo de satisfacerlo se constituye en el objeto principal de su actividad, en cambio, para la autonomía privada, el interés público actúa sólo como un límite de su actividad ⁶.

Además, en el ámbito público la representación sindical y la negociación colectiva asumen una mayor responsabilidad. No sólo han de demostrar que son un instrumento con capacidad para organizar e institucionalizar las relaciones de conflicto entre las partes, también han de demostrar que pueden ser útiles a los ciudadanos como sistema dotado de racionalidad funcional, caracterizado por su mayor dinamismo y aptitud intrínseca para mejorar la calidad y la eficacia de los servicios públicos. Es decir, en el Derecho de la función pública, la libertad sindical y los procedimientos de negociación que determinan las condiciones de empleo no sólo son un instrumento de tutela de los

⁵ Tal como señala RIVERO LAMAS, Juan. «El proceso de laboralización de la función pública: aspectos críticos y límites». *RArAP* 6-7 (1995), pág. 86.

⁶ SANTORO-PASARRELLI, Francesco, «Autonomia collettiva», *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè Editore, Milano, 1959, págs. 371-372.

trabajadores, sino que deben ser un instrumento de mejora de la eficacia empresarial.

Sin embargo, éste es un déficit sensible del modelo de implantación del sistema de relaciones colectivas en el sector público que, inspirado en una difusa ideología *pro operario* y convencido de la bondad del pluralismo social, ha procurado una posición paritaria a las organizaciones sindicales respecto de la Administración pública. Hoy la práctica nos enseña que los sindicatos no se han constituido en ese elemento esencial de la relación entre eficacia administrativa y tutela de los derechos de los funcionarios que se esperaba, sino que, por el contrario, éstos han desarrollado una dinámica corporativa y clientelar, abonada por el paternalismo de nuestros gestores públicos, que a punto está de malbaratar la posibilidad de utilizar la autonomía colectiva y el reconocimiento del conflicto de intereses que su afirmación conlleva en un elemento esencial de democratización y progreso en las Administraciones públicas.

Aquí conviene distinguir entre un modelo de negociación colectiva de las condiciones de empleo propio del ámbito estatal y autonómico, y el correspondiente al ámbito local.

En el nivel central la negociación del último período se ha beneficiado de una particular situación política, constituyéndose los contenidos de su regulación en motor del consenso social, cuando no en medida equilibradora ofrecida a las organizaciones sindicales, como compensación por una política económica de ajuste o por la adopción de medidas de flexibilización en el ámbito del mercado y del trabajo privado⁷.

En cambio, en el nivel descentralizado la negociación colectiva de los funcionarios públicos ha demostrado toda su potencialidad expansiva permitiendo a las organizaciones sindicales un comportamiento autónomo y una notable capacidad de incidencia sobre aspectos sustanciales de la política y la gestión del personal, pero también de la

⁷ Sobre la creciente integración entre el sistema de relaciones colectivas y el sistema político, resaltando el papel del sindicato como sujeto político, VARDARO, Gaetano, «Ordinamento intersindicale e teoria dei sistemi», *Giornale di Diritto dei Lavoro e di Relazioni Industriali* 21 (1984), pág. 50. La difícil catalogación jurídica de los recientes Acuerdos Administración-Sindicatos y su naturaleza de tipo político es puesta de manifiesto por OJEDA AVILÉS, Antonio, «El "Acuerdo para modernizar la Administración y mejorar las condiciones de trabajo": un importante avance en la negociación colectiva pública», *Actualidad Laboral* 17 (1992), págs. 325-335; más claramente en LÓPEZ GÓMEZ, José Manuel, «El Acuerdo Administración-Sindicatos sobre condiciones de trabajo en la función pública para 1994-1997. Reflexiones sobre la negociación colectiva unitaria del personal funcional y laboral», en *Asociación española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, El arbitraje Laboral. Los Acuerdos de Empresa*, Tecnos, Madrid, 1996, págs. 285-294.

Obviamente la tesis puede invertirse, como nos demuestran los últimos acontecimientos, es decir, un mayor ajuste en el ámbito público puede ser compensado con acuerdos en el ámbito privado.

organización y el funcionamiento de los aparatos públicos, incluso en aquellos espacios que deberían haber quedado reservados a la representación política, con una evidente quiebra del principio de legitimación democrática de la Administración y de las posiciones jurídicas que como usuarios de los servicios públicos se deben a terceros ⁸.

Precisamente, uno de los peligros de este modelo de contratación descentralizada estriba en que pueden utilizarse todos los espacios disponibles con la finalidad de obtener resultados concretos y tangibles para satisfacer los intereses sectoriales de los distintos grupos y categorías, que se demuestran como siempre más diferenciados y complejos hasta semejarse a un sistema orientado a la obtención de incentivos individualizados.

Este planteamiento aleja cualquier posibilidad de que el procedimiento de negociación colectiva permita la obtención de una síntesis entre los intereses colectivos y los intereses globales de productividad y eficiencia de las Administraciones públicas desarrollándose una cultura de conflicto y oposición, antagonista y «desjerarquizadora», carente de toda dimensión de tipo social, donde los intereses de todos son la expresión corporativa de los intereses de cada uno, acentuándose así una lógica de disparidades y privilegios que acaba atentando contra el principio de igualdad y favoreciendo la instalación de un específico modelo de sindicalismo local o grupal en el que desaparece el concepto de sindicato como sujeto colectivo articulador de las solidaridades básicas de la ciudadanía social ⁹.

Para ello, con excesiva frecuencia, en el plano de los hechos y las prácticas convencionales de los entes locales y de algunas Comunidades Autónomas uniprovinciales, las normas que regulan el estatuto de los funcionarios públicos han sido ignoradas, forzadas o desconocidas,

⁸ Sobre el debate suscitado en Alemania en torno a la constitucionalidad de la participación del personal en la determinación de las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos que se entiende atentatoria al principio de división de poderes y al de legitimación democrática de la Administración pública, por cuestionar la función de las autoridades administrativas con competencia en materia de empleo público integradas en un ejecutivo vinculado por el principio de responsabilidad política ante el Parlamento, puede verse el trabajo de ALBANESSE, Alejandra, «Impiego pubblico e impiego privato presso la pubblica amministrazione in Germania e Spagna», *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali* 57 (1993), págs. 186-187.

⁹ Los estudios de sociología del trabajo aplicados al ámbito de los servicios llaman la atención sobre el exceso de normas que caracterizan las relaciones laborales en estas organizaciones, advirtiendo que en un ambiente donde todo está predeterminado la acción sindical deriva hacia fórmulas de microconcertación que ignoran o interpretan a conveniencia las normas existentes, buscando formas de tutela individual que otorguen ventajas o excepciones limitadas, insistiendo, también, en el potencial comportamiento antijerárquico de los responsables sindicales, a los que se permite tener acceso a una información privilegiada con la que poner en duda y después modificar, mediante su intervención, las decisiones tomadas por los demás miembros de la jerarquía formal; al respecto sorprende la coincidencia de planteamientos de trabajos tan distintos como los de REYNAUD, Emmanuèle, *El poder de decir no. Los corporativismos en la empresa*. MTSS, Madrid, 1993, pág. 61; y PONZELLINI, Anna M., «Le relazioni di lavoro nei servizi pubblici nella transizioni pubblico-privato», *Sociología del Lavoro* 57 (1995), pág. 227.

por considerarse inútiles, no funcionales o contrarias a los intereses de las partes, despreciando el principio de seguridad jurídica, fundamento último de todo Estado de Derecho, que predica la obediencia a las normas de mayor jerarquía, configurándose así un sistema de contratación informal de las condiciones de trabajo, poco transparente y responsable, donde todos pueden regularlo todo, en beneficio de un pragmatismo aplicativo que afirma la validez de los acuerdos obtenidos aunque ello suponga una práctica derogatoria de preceptos legales o la confusión de regímenes jurídicos funcionalizados por distintos valores y principios, posición en la que se descuenta el alejamiento de sujetos que pudieran accionar en defensa de sus intereses o de sus posiciones de servicio público, debido a su extrañamiento de la organización y desconocimiento de su sistema de regulación, con lo que el control de esas medidas acaba correspondiendo en exclusiva a otras Administraciones superiores cuya intervención se sujeta hasta el momento a criterios aleatorios y, a menudo, a razones de tipo político.

El resultado es que se carece de un marco seguro y controlado en el que pueda desenvolverse la gestión del régimen estatutario y los mismos derechos colectivos que lo integran, escenario que se sustituye por una mezcla intrincada de principios y normas singulares, a modo de un particular Derecho interno¹⁰, sobrepuesto al ya de por sí confuso sistema normativo que implica la articulación de las competencias estatales y autonómicas en materia de función pública.

Así se acaba con el mismo concepto de estatuto concebido como un conjunto unitario y básico de reglas que regulan el ejercicio de funciones públicas sobre la base de principios constitucionales como los de igualdad y mérito, imparcialidad y objetividad, eficacia y seguridad jurídica, apareciendo tantos estatutos como entes públicos, de tal manera que la disciplina del empleo público local —y en algunos casos también del empleo público autonómico— puede acabar muriendo de un exceso de negociación y de una sobredosis de especialidad y confusión de regímenes jurídicos¹¹.

Ante esta situación, en la que sin duda tiene una buena parte de responsabilidad la ausencia de un legislador previsor y coherente, por razones de orden institucional pero también de vinculación constitucional, deben recuperarse los principios que se consideran más relevantes para la organización y la acción pública, admitiéndose al respecto que los intereses públicos tutelados por la Administración

¹⁰ La idea de un Derecho interno construido entre los actores institucionales del sistema de relaciones laborales con independencia del Derecho externo o formal, en BONAFE-SCHMITT, Jean-Pierre, «Pour une approche socio-juridique de la production des normes dans les relations de travail», *Droit et Société* 27 (1994), pág. 340.

¹¹ La idea del riesgo de una sobredosis de especialidad en la disciplina del empleo público en ROMAGNOLI, Umberto, «Tras el crepúsculo, un nuevo día», *RL* 1-2 (1996), pág. 178.

pueden requerir la imposición de limitaciones y cargas específicas sobre el ejercicio de los derechos colectivos de los funcionarios públicos que, en cualquier caso, no deben ser interpretados y afirmados de forma absoluta, al modo laboral, como si se tratara de oponerlos a los poderes de elección y dirección del empresario, ya que sin duda pueden ser sometidos a las matizaciones y peculiaridades que demanden la salvaguardia de otros bienes constitucionales indiscutiblemente protegidos también frente a los intereses colectivos considerados éstos como una categoría más de intereses privados ¹².

A nivel general parece faltar en nuestro sistema de relaciones colectivas capacidad para el ejercicio de una lógica de representación y negociación coherente que permita coordinar las diversas expectativas y reclamaciones de los distintos colectivos de empleados públicos, orientando y seleccionando sus demandas, definiendo una jerarquía entre ellas, aceptando algunas y rechazando otras, controlando en suma las tendencias corporativas del modelo, en un proceso común de interpretación y elaboración, de tal modo que sea posible obtener síntesis creativas y compatibles orientadas de forma equilibrada en función de la mejora del servicio público y de las condiciones de trabajo de sus empleados. Ese es precisamente el papel que se atribuye a las confederaciones sindicales más representativas debido a su función de mediación y coordinación entre aspiraciones particulares o sectoriales y objetivos sociales. Ese es sin duda, también, el fundamento último de la difusión de su capacidad de influencia a través del mecanismo de mayor representación e irradiación que facilita su posición como interlocutores en todas las unidades de negociación del sistema que constituyen los distintos entes públicos.

Por ello, hay que llamar la atención sobre el divorcio profundo que parece existir en la práctica de nuestro sindicalismo más representativo entre enunciados de principio, declaraciones de estrategia y líneas de conducta, de un lado, y acciones concretas en el seno de nuestras Administraciones públicas, de otro. Parece que para obtener una mayor legitimidad institucional en su actuación las organizaciones sindicales formulan objetivos amplios que pueden ser comprendidos, defendidos y aplicados en cualquier situación por su coherencia y compatibilidad con la consecución de una mayor eficacia y calidad en la prestación de los servicios públicos, pero, en cambio, sus secciones sindicales no defienden lo que se ha establecido en las declaraciones de política sindical sino que se movilizan con respecto a los asuntos sobre

¹² El interés colectivo no es el interés general de toda la colectividad jurídicamente organizada, y siendo un interés diverso del interés individual y superior al interés de los individuos pertenecientes al grupo, es un interés particular y no un interés público, tal como se plantea en SANTORO-PASSARELLI, Francesco, «Autonomia collettiva», *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè Editore, Milano, 1959, págs. 369-370.

los que tienen posibilidades y medios de incidir obteniendo ventajas concretas y tangibles para sus afiliados y simpatizantes, procurándose así el correspondiente respaldo representativo y, por tanto, el aumento de su influencia e implantación, de tal manera que se acaba defendiendo de los primeros objetivos sólo los que son compatibles con los segundos ¹³.

Se genera así una actuación sindical que se manifiesta como si sus propias acciones fueran irrelevantes para el equilibrio del sistema de servicios públicos, dando pie a una política de recursos humanos desvinculada de sus resultados últimos sobre las prestaciones públicas, cuando los propios intereses sociales del sindicalismo confederal, los principios de solidaridad colectiva en que se basa y su tradición histórica, son contrarios a esa crisis de eficiencia de la solidaridad que parece producirse en situaciones concretas y particulares ¹⁴.

En el otro extremo hay que referirse a la naturaleza política del gestor público, a su mayor sensibilidad frente a criterios de consenso y ausencia de conflicto con la finalidad última de generar legitimación. Todo ello produce su debilidad como empleador, su tendencia al intercambio poco riguroso en la determinación de las condiciones de trabajo y su débil percepción del resultado económico de la negociación, factores que conscientemente asumidos deberían inducir a nuestros cargos y directivos públicos a trasladar con mayor intensidad la racionalización de sus posiciones a la observancia del Derecho objetivo, cuyo desbordamiento, a menudo basado en el desconocimiento, deja sin posibilidad efectiva de imposición de vínculos al comportamiento de los actores del sistema de relaciones colectivas.

Además, la débil consideración que de las políticas de personal se tiene como ámbito de gobierno supone una renuncia implícita a mantener la iniciativa en la negociación, permitiendo al sujeto sindical escoger el momento y proponer el contenido de la misma, así como gestionar su posterior devenir y tratamiento de los correspondientes flujos bianuales o trianuales. La posición de preeminencia sindical en el sistema público de relaciones colectivas se afirma entonces por una cierta abdicación de la parte pública de su función específica como gestor racionalizador de la fuerza de trabajo, desconsiderándose así la potencialidad transformadora y la función dinámica de un modelo de

¹³ Tal como se describe en RUSCIANO, Mario; ZOPPOLI, Lorenzo, «I diritti sindacali nel pubblico impiego», *Politica del Diritto* 2-1985, pág. 325-327. El problema de los objetivos estructurales es que sólo pueden plantearse como discurso o como proyecto de futuro, pero que no tienen la visibilidad y la inmediatez de los asuntos concretos, al respecto PAOLO CERASE, Francesco, *Un'amministrazione bloccata. Pubblica amministrazione e società nell'Italia di oggi*, Franco Angeli, Milano, 1990, págs. 78-81.

¹⁴ La tesis aplicada al sector público de las empresas municipales en DELLA ROCCA, Giuseppe, «Il particolarismo nelle relazioni sindacali. Il caso delle aziende pubbliche locali», *Giornali di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali* 66 (1995), págs. 329-335.

relaciones laborales basado en la naturaleza mixta, conflictual y a la vez cooperativa, del sistema.

Los factores hasta aquí considerados contribuyen a crear un contexto caracterizado por la debilidad de aquellos mecanismos regulativos que históricamente han acompañado a la difusión de las relaciones pluralistas propias de la autonomía colectiva en el sector privado, entendidas éstas como un método de control de los poderes y facultades empresariales.

Pero tampoco conviene olvidar las propias características estructurales del empleo público. En primer lugar, la estabilidad y la seguridad en la ocupación en estrecha relación con los principios constitucionales de igualdad y mérito, pero también con el de continuidad en la prestación del servicio público, lo que sin duda otorga una eficaz protección frente a las inclemencias del mercado reforzando la impermeabilidad de los trabajadores públicos hacia las consecuencias negativas de sus acciones reivindicativas y conflictuales. En segundo lugar, la difusión en el sector público de posiciones laborales dotadas de una elevada capacidad de impacto sobre el conjunto de los usuarios de un servicio, lo que permite la adopción de conductas no responsables por parte de pequeños grupos que estratégicamente situados pueden movilizarse conscientes de la fuerza de su acción sobre una opinión que presionará sobre los poderes públicos para que pongan fin a la situación e impulsen una solución satisfactoria que permita la regularidad en la prestación del servicio. Aquí, la bilateralidad, presente en el sistema de relaciones laborales entre empresario y trabajadores, se convierte en plurilateralidad, arrastrando los problemas típicos del conflicto «terciario», caracterizados porque la contraposición entre las partes no se produce entre el «patrono» y los «obreros» en el seno de la producción industrial, sino entre el «usuario» y los «empleados» en el seno de una relación de servicio, con la correspondiente socialización en negativo de un conflicto que no se proyecta sobre bienes inmateriales, es decir, sobre bienes productivos, sino sobre ciudadanos en uso de su derecho a la prestación del servicio, produciéndose así una traslación del conflicto del campo de la economía al del Derecho ¹⁵.

La presencia de un «sindicalismo sin sindicato», la «ausencia de un patrón serio», la «existencia de un pluralismo sin mercado» y la «terciarización del conflicto» parecen ser las notas características del sistema de relaciones laborales en el ámbito público ¹⁶. Si en un sistema de relaciones

¹⁵ Sobre el conflicto en el sector servicio, ACCORNERO, Aris, «Conflitto, "Terziario" e "Terzi"», *Giornale di Diritto dei Lavoro e di Relazioni Industriali*, 25 (1985).

¹⁶ Al respecto, BORDOGNA, Lorenzo, «Problemi delle relazioni sindacali nel settore pubblico. L'esperienza italiana in prospettiva comparata», *Stato e Mercato* 36 (1992), págs. 377-400. También los diferentes trabajos recogidos en ZOPPOLI, Lorenzo, *Contrattazione e delegificazione nel pubblico impiego. Dalla legge quadro alle politiche di «privatizzazione»*, Jovene Editore, Napoli, 1990.

laborales como el descrito se acepta un derecho de huelga sin límites, se admite la prevalencia de los procedimientos de negociación colectiva como sistema ordinario de determinación de las condiciones de trabajo al margen de las restricciones impuestas por las normas de Derecho objetivo, y se permite el pleno desarrollo de la organización y la acción sindical, el resultado es un «régimen de doble protección» en el que los empleados públicos gozan de los derechos de su estatuto y del conjunto de los beneficios de la autonomía colectiva, es decir, de los beneficios del contrato ¹⁷.

III. LAS BASES CONSTITUCIONALES Y EL TRATAMIENTO LEGAL DE LAS RELACIONES COLECTIVAS EN LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

En el período posterior a la aprobación de la Constitución Española de 1978 se desarrolla un vivo debate sobre el encaje de los derechos colectivos de los funcionarios en el contexto constitucional.

Partiendo de los artículos 28.1 y 103.3 CE que reconocían directamente el derecho a la sindicación de los funcionarios públicos, aunque aludiendo a una posible peculiarización del mismo, referida tanto a los aspectos organizativos como funcionales, se discutía si en la Constitución podían encontrar acogida los derechos de huelga y de negociación colectiva de los funcionarios públicos.

Aunque toda la doctrina evidencia las enormes dificultades interpretativas que ofrece el texto constitucional para garantizar una respuesta única e inequívoca a estas cuestiones, hoy parece admitirse pacíficamente que el derecho de huelga de los funcionarios públicos puede ampararse constitucionalmente en la íntima conexión existente entre los derechos de sindicación y huelga, pero, sobre todo, en la previsión del art. 28.2 CE en su referencia al «mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad», concluyendo que la mayoría de los servicios esenciales son por definición servicios públicos, con lo que dejaría de tener sentido aquella manifestación constitucional si se partiera de la exclusión del derecho de huelga de los funcionarios públicos.

Con todo, la jurisprudencia constitucional es en este aspecto poco explícita y la STC 11/1981, de 8 de abril, eludió un pronunciamiento

¹⁷ Garantismo normativo y control sindical se afirman como dos técnicas de mediación de los intereses del trabajo alternativas o diametralmente opuestas o «exclusivas», la tesis en CESARI, Aldo; DE LUCA TAMAJO, Raffaele, *Dal garantismo al controllo*, seconda edizione, Giuffrè Editore, Milano, 1987, págs. 43-44. Entre nosotros se ha advertido que «la acumulación de las garantías estatutarias y los instrumentos de la acción sindical, pueden configurar a la función pública como un sector laboral privilegiado e inmune a la fuerza negocial de la Administración», ORTEGA, Luis, «La negociación colectiva de funcionarios públicos», *Cuadernos de Relaciones Laborales* 1 (1992), pág. 40.

claro sobre el tema, limitándose a afirmar que no hay en nuestra carta constitucional una consagración expresa del derecho de huelga de los funcionarios públicos, ni tampoco una prohibición ¹⁸.

Por lo que hace referencia al derecho de negociación colectiva de los funcionarios públicos, existe una notable coincidencia doctrinal en referir el art. 37.1 CE a la negociación colectiva entre representantes de los trabajadores y los empresarios ¹⁹. Por lo que hace referencia a la posible conexión entre el derecho de negociación colectiva y el derecho de sindicación de los funcionarios públicos reconocido en el art. 28.1 CE, hay que tener en cuenta que su aplicación al ámbito de la función pública fue tempranamente bloqueada por la fundamental STC 57/1982, de 27 de julio. Dicha sentencia rechaza expresamente la relación funcional entre el derecho de sindicación y el derecho de negociación colectiva de los funcionarios públicos, lo que representa una quiebra de índole subjetiva con relación a la doctrina del propio Tribunal sobre el contenido esencial de la libertad sindical, afirmando expresamente que en el caso de los funcionarios públicos el derecho de negociación colectiva no forma parte del contenido esencial del derecho de libertad sindical, aunque no existe precepto constitucional alguno que prohíba al legislador ordinario en su día el reconocimiento expreso de este derecho y el establecimiento de los mecanismos necesarios para su desarrollo ²⁰.

¹⁸ Sobre el derecho de huelga de los funcionarios públicos hay que remitirse a los trabajos de GÓMEZ CABALLERO, Pedro, «El derecho de huelga en la Función Pública», *REDT* 27 (1986); DÍEZ SÁNCHEZ, Juan José, *El derecho de huelga de los funcionarios públicos*, Cívitas, Madrid, 1990; BLASCO ESTEVE, Avelino, «La huelga de los funcionarios públicos», en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor García de Enterría*, III, Cívitas, Madrid, 1991, págs. 2.619-2.668; SALA FRANCO, Tomás; ROQUETA BUJ, Remedios, *Los derechos sindicales de los funcionarios públicos*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1995, págs. 291-296; TORRENTE GARÍ, Susana, *El ejercicio del derecho de huelga y los servicios esenciales*, CEDECS, Barcelona, 1996. Conviene tener en cuenta la existencia de alguna excepción notable a la generalizada aceptación del derecho de huelga de los funcionarios públicos, como es el caso de EMBID IRUJO, Antonio, «La problemática actual de la huelga de funcionarios», *REDA* 9 (1978).

¹⁹ El trabajo de VALDÉS DAL-RE, Fernando, «El derecho a la negociación colectiva en la jurisprudencia laboral», *Temas Laborales* 19-20 (1990), pág. 85, resalta la interpretación restrictiva y rigurosa que el Tribunal Constitucional ha hecho del artículo 37.1 CE, como «un poder de regulación afectado a un concreto fin, cual es la ordenación de las relaciones laborales (STC 58/1985)».

²⁰ Una crítica a esta posición con un serio intento de replanteamiento de la misma en MARTÍNEZ ABASCAL, Vicente-Antonio, «Alcance y efectos de la capacidad convencional colectiva en la función pública española», *REDT* 39 (1986), págs. 435-481. Se ha subrayado que lo que parece excluir la jurisprudencia del Tribunal Constitucional no es el derecho de negociación colectiva sino la celebración un convenio colectivo con efectos vinculantes, advirtiendo que el Tribunal reconoce la existencia de un nexo conceptual entre el derecho de sindicalización y la participación en la determinación de las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos cuya efectividad requiere de su concreción legislativa, ello permite sostener que aunque el espacio de la negociación colectiva venga establecido legalmente, el legislador no tiene a su disposición la posibilidad de prescindir del procedimiento convencional para la definición de las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos, tal como se afirma en ROQUETA BUJ, Remedios, *La negociación colectiva en la función pública*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, págs. 52-58.

A partir de aquí puede afirmarse que la Constitución no reconoce pero tampoco impide el derecho a la negociación colectiva de los funcionarios públicos, sino que remite a la ley la regulación de la materia, en el bien entendido de que cuando hablamos de reconocimiento del derecho de negociación colectiva nos referimos a un derecho de participación en la determinación de las condiciones de trabajo, ya que el ejercicio del derecho de negociación colectiva en las Administraciones públicas no tiene por qué desarrollarse en los mismos términos que en el ámbito laboral. Precisamente se puede distinguir entre una negociación tendente a regular por convenios colectivos las condiciones de empleo y la utilización de un procedimiento convencional que permitan la participación de los empleados públicos en la determinación de sus condiciones de trabajo, con independencia de la naturaleza y efectos que pueda atribuirse legalmente a los resultados de dicha negociación.

En todo caso, la consecuencia principal de esta tesis es la definición del derecho de negociación colectiva de los funcionarios públicos como un derecho de configuración legal carente de reconocimiento constitucional, lo que permite afirmar la inexistencia de una reserva constitucional a la negociación colectiva en la regulación de las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos, sin que pueda consolidarse un espacio normativo propio o reservado a los resultados de la negociación, garantizándose exclusivamente desde la ley el empleo de un procedimiento convencional para la determinación de las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos en los ámbitos materiales que el mismo legislador ha previsto, en el bien entendido de que el resultado último de la negociación no tiene por qué consistir en un instrumento de naturaleza contractual con efectos vinculantes, pudiendo finalizar en un acto del poder público de reconocimiento e imposición de reglas negociadas, al que sólo se podrá atribuir, para diferenciarlo del resto de fuentes del mismo nivel, la cualidad de haber sido producido a través de un procedimiento participativo ²¹.

²¹ Esta línea interpretativa, aunque con matizaciones que permiten considerar que el autor considera la existencia de una posible conexión constitucional entre el derecho de negociación colectiva y el derecho de libertad sindical, está presente tempranamente en REY GUANTER, Salvador del, *Estado, sindicatos y relaciones colectivas en la Función Pública*, INAP, Madrid, 1986, págs. 121-127, con mayor claridad afirmando la indefinición constitucional y la decidida voluntad del legislador para establecer el marco jurídico de la negociación colectiva funcional que se establece como parte del contenido «adicional» de la libertad sindical. REY GUANTER, Salvador del «La ordenación de la negociación colectiva en el acuerdo para modernizar la Administración pública de la Junta de Andalucía y mejorar las condiciones de trabajo», *Temas Laborales*; sin reservas en esta misma dirección BLASCO ESTEVE, Avelino, «La negociación colectiva de los funcionarios públicos», *REDA* 52 (1986). Los estudios más recientes coinciden con el amplio sector doctrinal que entiende que el derecho a la negociación colectiva deriva del derecho de sindicación reconocido en la Constitución, al respecto GÓMEZ CABALLERO, Pedro, *Los derechos colectivos de los funcionarios*, CES, Madrid, 1994, págs. 282-287; SALA FRANCO, Tomás; ROQUETA BUJ, Remedios, *Los derechos sindicales de los funcionarios públicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, págs. 223-229; ROQUETA BUJ, Remedios, *La negociación colectiva en la*

Con independencia de las diferentes posiciones sobre la vinculación constitucional del derecho a la negociación colectiva de los funcionarios públicos, lo cierto es que la legislación ordinaria ha dado el paso que la Constitución no daba, por lo que debe reputarse amparable por la misma y reconocido como contenido adicional de la libertad sindical el derecho de negociación colectiva para la determinación de las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos, de conformidad con lo establecido en los arts. 1.2 y 2.2. d) de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical (en adelante LOLS), preceptos que reconocen tales derechos a las «organizaciones sindicales en el ejercicio de la libertad sindical», operándose así la deseada conexión entre el derecho de negociación colectiva y el de libertad sindical en su componente dinámico de actividad ²².

Esa integración se realiza, tal como prevé el mismo art. 2.2 d) LOLS, «en los términos previstos en las normas correspondientes», de modo que aunque se produzca una regulación conjunta de los derechos colectivos de los trabajadores sujetos a una relación laboral o a una relación administrativa, en la intención del legislador está la idea de que el ejercicio de la libertad sindical y los derechos de acción que la misma comporta en la función pública deben ser algo distinto, algo que ha de adecuarse a la especialidad de la relación funcional y a las propias características estructurales de la Administración como sujeto ²³.

Por ello, la LOLS cierra su regulación con una Disposición Adicional 2ª 2, donde se ordena al Gobierno la remisión al Parlamento de un proyecto de ley en el plazo de un año en el que debían regularse los órganos de representación de los funcionarios en las Administraciones públicas.

Proyecto que tras el correspondiente procedimiento legislativo pasa a ser la Ley 9/1987, de 12 de junio, de Órganos de Representación, Determinación de las Condiciones de Trabajo y Participación del Per-

función pública, Tirant lo Blanch, Valencia 1996, págs. 58-61; otros autores se limitan a exponer las posiciones doctrinales existentes, así FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, Juan José; RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana, *La negociación colectiva de los funcionarios públicos*, CEDECS, Barcelona, 1996, págs. 57-64.

²² La propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en sus sentencias 9/1988, de 25 de enero, y 61/1989, de 3 de abril, ha precisado que los sindicatos pueden ostentar derechos adicionales atribuidos por normas infraconstitucionales, que pasan a integrar el contenido del derecho. Así, éste resulta compuesto no sólo por su contenido esencial sino también por los derechos que las normas crean y pueden alterar o suprimir, con la decisiva consecuencia de que al fundirse tales facultades con el núcleo de la libertad sindical, los actos contrarios o las mismas pueden ser considerados vulneradores del derecho fundamental, como se advierte en SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo, *Lesión de la libertad sindical y comportamientos antisindicales*, Madrid, MTSS, 1993, págs. 137-138.

²³ Tal como se pone de relieve por LÓPEZ GANDÍA, Juan, «La negociación colectiva de los funcionarios públicos (La Ley 9/1987, de Órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones Públicas)», *Revista de Treball* 8 (1988), págs. 10-11.

sonal al Servicio de las Administraciones Públicas, modificada con posterioridad por la Ley 7/1990, de 19 de julio, de Negociación Colectiva y Participación en la Determinación de las Condiciones de Trabajo de los Empleados Públicos (en adelante LORAP) ²⁴, legislación dictada según la Exposición de Motivos de la Ley 9/1987, de conformidad con lo establecido en el art. 103.3 CE, constituyendo la misma parte del régimen estatutario de los funcionarios públicos en desarrollo del art. 149.1.18 de la Constitución, orillando, por tanto, cualquier anclaje en otros preceptos constitucionales, aunque en el mismo texto se consagra la aplicación directa a las Administraciones públicas de lo preceptuado en la LOLS sobre régimen jurídico sindical, representatividad sindical, acción sindical, tutela de la libertad sindical y represión de las conductas antisindicales.

El reconocimiento expreso por parte de la LOLS del derecho a la negociación colectiva como contenido de la libertad sindical, que ha tenido su traducción específica en el ámbito de las Administraciones públicas por medio de la LORAP, permite obtener el resultado evidente de configurar una reserva de procedimiento negocial en beneficio de las organizaciones sindicales para la regulación de las materias competencia de cada Administración pública que pueden ser objeto de negociación de conformidad con lo establecido en el Capítulo III de la Ley 9/1987, redactado según lo dispuesto por la Ley 7/1990.

Reserva de procedimiento negocial que ha de ser considerada como un trámite esencial e indispensable para la válida producción de la norma o acto regulador de las relaciones de empleo incluidas en el correspondiente ámbito competencial, para los que la ley impone un procedimiento en el que se inserta la participación de las organizaciones sindicales que, además, puede ser reclamada a través del proceso especial establecido en la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona, cuyo ámbito se extiende y limita a la protección de los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en los artículos 14 al 29 y 30.2 CE, sin perjuicio del recurso de amparo que pueda deducirse ante el Tribunal

²⁴ Sobre las vicisitudes de la elaboración de esta modificación MARTÍNEZ GIRÓN, Jesús, «La génesis de la Ley 7/1990, de 19 de julio, sobre negociación colectiva y participación en la determinación de las condiciones de trabajo de los empleados públicos», *Revista Galega de Administración Pública* 1 (1992), págs. 75-84.

La LORAP ha sido objeto de una nueva modificación para adaptarla a los procedimientos de elecciones sindicales y cómputo de la representatividad sindical introducidos en el sector laboral, contenida en la Ley 18/1994, de 30 de junio, por la que se modifica la normativa de elecciones a los órganos de representación del personal al servicio de las Administraciones públicas de la Ley 9/1987, de 12 de junio, modificada por la Ley 7/1990, de 19 de julio, evidenciando de nuevo que la regulación conjunta de los derechos sindicales de los funcionarios públicos y del personal laboral sirve a la concepción de establecer con plenitud el sistema de representatividad sindical, tal como en su día puso de relieve CASAS BAAMONDE, M^a Emilia, «Los derechos de representación unitaria en la función pública», *RL II-1986*, págs. 284-315.

Constitucional frente a todos los actos de los poderes públicos que por su entidad y trascendencia supongan un radical desconocimiento u obstaculización del derecho de negociación, lo que se considera un atentado contra una manifestación de la libertad sindical que ha de protegerse al reducirse trascendentalmente las posibilidades de acción o de capacidad de obrar de las organizaciones sindicales previstas por la ley ²⁵.

No hay que olvidar que el derecho que se reconoce e integra en el artículo 28.1 CE, consiste en la posibilidad de que las organizaciones sindicales desempeñen el papel y las funciones que las leyes les atribuyen, entre otras las de participar en la determinación de las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos a través de procedimientos de negociación entre las autoridades competentes y las organizaciones de empleados públicos, lo que obliga a las Administraciones públicas a negociar aquellas materias que constituyen el objeto mismo del ejercicio de esa libertad que no pueden ser reguladas unilateralmente sin haber ofrecido como mínimo a todas las organizaciones interesadas que ostenten representación la correspondiente negociación, sin perjuicio de que en aquellos supuestos en que la Administración haya ignorado estas facultades o derechos se pueda demandar ante la jurisdicción la anulación de las normas o actos producidos, así como la acomodación de su conducta a la que pueda ser considerada como más adecuada para configurar un verdadero procedimiento convencional.

Como procedimiento participado de producción de normas, al margen de la conexión que la presencia del sujeto sindical establece con la libertad amparada por el art. 28.1 CE, la actividad negociadora en las Administraciones públicas puede relacionarse con la aplicación directa del art. 105 CE que considera esencial la participación de los ciudadanos a través de las organizaciones reconocidas por la ley en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que les afectan, participación que se constituye en expresión directa de una Administración pública democrática y dialogante, hasta tal punto que la STS de 19 de mayo de 1988 (Ar. 5.060) la ha conectado directamente con el derecho a participar directamente en los asuntos públicos ²⁶. Así,

²⁵ La STC 1/1994, de 17 de enero, manifiesta que: «Los sindicatos, junto a los medios de acción que configuran el núcleo mínimo e indisponible de la libertad sindical que constitucionalmente les corresponden (art. 7 CE), pueden ostentar otras facultades o derechos adicionales atribuidos por normas legales o reglamentarias que pasan a engrosar el contenido del derecho fundamental y, por tanto, los actos contrarios a tales facultades o derechos adicionales, aunque no afectan a su contenido esencial, son susceptibles de impugnación a través del recurso de amparo por incidir en ese contenido más pleno (SSTC 39/1986 y 184/1987, entre otras).

²⁶ Véase al respecto REBOLLO PUIG, Manuel, «La participación de las Entidades representativas de interés en el procedimiento de elaboración de disposiciones administrativas generales», RAP 115 (1988); DELGADO BARRIO, Javier, «Participación ciudadana y disposiciones generales», en *Eficacia, discrecionalidad y control judicial en el ámbito administrativo*, CGPJ, Madrid, 1994; DE LA MORENA DE LA MORENA, Luis, «Los convenios colectivos y su aplicación al funcionario local», *El Consultor* 8 (1994).

la intervención de las organizaciones sindicales en la formación de la voluntad administrativa para el cumplimiento de la función representativa que les es propia en el ejercicio de la potestad reglamentaria se constituye en una manifestación directa no sólo del art. 28.1 CE, sino también del derecho establecido en el art. 23.1 del texto constitucional.

Frente a esta argumentación sorprende la consolidada jurisprudencia del Tribunal Supremo²⁷ que niega toda conexión entre el derecho a la negociación colectiva de los funcionarios públicos con el derecho de libertad sindical y, por tanto, la posibilidad de que las lesiones al derecho de negociación de las organizaciones sindicales de los funcionarios públicos, al constituir lesiones al derecho de libertad sindical, puedan ser neutralizadas por los sistemas jurisdiccionales de protección y amparo de los derechos fundamentales.

No por su negativa a reconocer que dicho derecho pueda encontrar amparo en el artículo 37.1 CE, ya que la remisión de dicho precepto al proceso que se desarrolla entre los representantes de los trabajadores y empresarios, con exclusión de este círculo subjetivo de las Administraciones públicas, parece correcta²⁸. Tampoco, por la afirmación de que el derecho a la negociación colectiva de los funcionarios públicos no dimana del artículo 28.1 CE, sin que exista, por tanto, en sede constitucional un derecho a la negociación colectiva integrado en el contenido esencial de la libertad sindical de los funcionarios públicos.

La razón última de nuestra discrepancia con la doctrina del Tribunal estriba en la no consideración del derecho de negociación colectiva como contenido adicional de la libertad sindical, por entender que la LOLS atribuye a las organizaciones sindicales simplemente un derecho a participar como interlocutores en la determinación de las condiciones de trabajo a través de procedimientos que no precisa, procedimientos que en la LORAP se instrumentan mediante las correspondientes Mesas de Negociación, concebidas como órganos institucionales de carácter estable, a los que nuestro Tribunal remite directamente la titularidad del derecho de negociación colectiva desvinculándolo así de los sujetos sindicales²⁹.

²⁷ STS de 14 de julio de 1994 (Ar. 6.017), STS de 4 de octubre de 1994 (Ar. 7.846), STS de 3 de noviembre de 1994 (Ar. 10.190), STS de 20 de enero de 1995 (Ar. 609), STS de 1 de febrero de 1995 (Ar. 1.210), STS de 30 de junio de 1995 (Ar. 5.107) y STS de 4 de julio de 1995 (Ar. 6.155).

²⁸ La doctrina laboralista subraya que la expresión representantes de los trabajadores y empresarios del artículo 37.1 CE, debe ser entendida de forma rigurosa con referencia a las partes de la relación jurídico laboral, sin que tales expresiones puedan comprender a los funcionarios y Administraciones públicas, como se plantea en ROQUETA BUJ, Remedios, *La negociación colectiva en la función pública*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, págs. 33-35.

²⁹ Por todas, la STS de 14 de julio de 1994 (Ar. 6.017) establece: «Es fundamental observar que el derecho de negociación colectiva regulado en la ley ...se deposita en órganos estables de creación legal, como son las Mesas de negociación, sin que por tanto se atribuya de modo directo a los sindicatos. Estos carecen de una legitimación propia para la negociación, siendo sólo la Mesa correspondiente la que puede reclamar ésta, o la que, en su caso, puede reclamar si se omite».

Precisamente, en otros pronunciamientos más recientes la jurisprudencia de nuestro Tribunal reconoce la diferenciación existente en la doctrina constitucional entre el contenido esencial y el adicional de la libertad sindical, así como su origen legal y ulterior integración y tratamiento de las facultades que conforman el contenido adicional como propias del derecho de libertad sindical, susceptibles de beneficiarse de la tutela y protección prevista por el art. 53.2 CE para la garantía de los derechos y libertades fundamentales. Pero para afirmar a renglón seguido que estas facultades y derechos adicionales se han de ejercer de conformidad con su regulación legal, regulación que en el art. 2.2 d) LOLS se refiere a los términos establecidos en las normas correspondientes, que no son otros que los previstos en el art. 30 LORAP en favor de los sindicatos que las han de instrumentar a través de las Mesas de Negociación como órganos institucionales previstos por la ley, con lo que se vuelve a la posición inicial, aunque advirtiendo ahora que si la atribución legal de este derecho se hubiera operado directamente en favor del sindicato éste podría defenderlo, como contenido adicional de su libertad, reaccionando frente a sus violaciones por el medio procesal especial establecido en la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona ³⁰.

Parece discutible una construcción jurisprudencial que atribuye a los órganos que se constituyen para el ejercicio de un derecho la titularidad del mismo. Sobre todo si se tiene en cuenta que dichos órganos —las Mesas de Negociación— no han de configurarse forzosamente como unidades institucionales, permanentes y estables, bastando su consideración como instancias funcionales constituidas para la negociación, sin que su existencia se haya de prorrogar indefinidamente, entre otras razones porque las estructuras negociales sucesivas se habrán de constituir en su día con los datos de representación sindical válidos para el correspondiente proceso negociador, que se deberán aportar en el momento en que se deseen ejercer las corres-

Esta jurisprudencia ha suscitado diversos comentarios críticos entre otros los de MANZANA LAGUARDIA, Rafael, «Negociación colectiva en el ámbito de la función pública (Pese a la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 1994)». *Revista General del Derecho* 606 (1995); RIVERO LAMAS, Juan, «El proceso de laboralización en la función pública: aspectos críticos y límites», *RArAP* 6-7 (1995); REY GUANTER, Salvador del, «Función pública y negociación colectiva: un breve balance jurisprudencial», *Seminario de Derecho Local*, Barcelona, 1996.

Comparativamente hay que referirse a la jurisprudencia de nuestros Tribunales Superiores de Justicia que venía reconociendo sin dificultar la lesión del derecho a la libertad sindical que consagra el artículo 28.1 CE, cuando se niega, obstaculiza o desvirtúa el ejercicio de dicha facultad negociadora al determinarse condiciones de trabajo de los funcionarios públicos sin previa negociación con las organizaciones sindicales representativas, así, por ejemplo, la STSJ de Baleares, de 3 de marzo de 1993 (RGD 594-1994) y la STSJ del País Vasco, de 27 de enero de 1994 (RGD 607-1995).

³⁰ SSTs de 19 de mayo de 1995 (Ar. 4.277) y de 30 de junio de 1995 (Ar. 5.107).

pondientes facultades convencionales por cada una de las organizaciones sindicales sobre la base de las certificaciones expedidas a su requerimiento por la oficina pública competente.

Como nos ha recordado recientemente el Tribunal Constitucional ³¹, la Mesa de Negociación es un simple cauce de determinación colectiva de las condiciones de trabajo del personal y no una entidad titular del derecho mismo que difícilmente podría sostener dada su falta de personalidad jurídica y su composición mixta integrada con la representación de las partes interesadas.

Además, aunque se afirmara el carácter institucional de este órgano, en el seno del mismo las Organizaciones sindicales siguen siendo sujetos colectivos actuando en defensa de los intereses de los funcionarios públicos, vinculándose en el desarrollo de sus funciones a un sujeto sindical y no a un mandato representativo, no asumiendo otra legitimación que la suya propia y específica, como se demuestra por el simple hecho de que el sindicato puede separarse del acuerdo y negarse a suscribirlo con independencia de la voluntad expresada por el órgano, es decir, sin que quede sometido al régimen de mayorías vigente para la formación de los actos colegiales, usando de su propia libertad en el seno del procedimiento convencional establecido ³².

Es altamente significativo que la legitimación inicial para la negociación se predica en el primer párrafo del artículo 30 de la LORAP, de las «Organizaciones Sindicales», sin que pueda afirmarse que la incorporación de un sindicato como organización a una instancia de negociación tenga que comportar la pérdida o limitación de su derecho que se transfiere a otros órganos cuya existencia se hace necesaria por el simple hecho de tratarse de un derecho vinculado a la concurrencia de varios titulares, necesitado en su ejercicio de normas específicas de organización y procedimiento ³³.

³¹ STC 101/1996, de 11 de junio.

³² No parece que en el seno de estos órganos complejos pueda predicarse la existencia de relaciones de interdependencia funcional entre sus componentes, por lo tanto, más que a un órgano complejo habría que referirse a un órgano plurisubjetivo o virtual, en el que ninguno de sus integrantes pierde su propia identidad en favor del conjunto orgánico y que no debe necesariamente operar con el pleno o la mayoría de sus componentes como se plantea en la doctrina comparada por ZOLI, Carlo, *Gli obblighi a trattare nel sistema dei rapporti collettivi*, CEDAM, Padova, 1992, págs. 245 y ss.; precisamente la doctrina administrativa señala que aunque los componentes de un colegio son personas físicas su representación permite considerarlos como «figuras jurídicas subjetivas», añadiendo que no debe confundirse la subjetivización de los intereses representados y la individualización de los mismos, al respecto VALENTINI, Stelio, *La collegialità nella teoria dell'organizzazione*, Giuffrè Editore, Milano, 1968.

³³ No es extraño que el ejercicio de un derecho fundamental vinculado con la concurrencia de varios titulares implique la necesidad de normas organizativas y procedimentales para la participación y la formación de la voluntad de sus titulares, GAVARA DE CARA, Juan Carlos, *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo*. CEC Madrid 1994, págs. 186 y ss.

Por último, hay que tener en cuenta que la misma configuración del derecho a la negociación colectiva de los funcionarios públicos, integrado en un marco estatutario inspirado en el principio de uniformidad, elimina cualquier posible existencia de un sistema de negociación colectiva de eficacia limitada que se fundamente exclusivamente en la autonomía normativa del sindicato-asociación, al no ser admisible que una organización sindical pueda negociar por sí misma, directamente con la Administración pública, un acuerdo para la fijación de las condiciones de trabajo de sus afiliados al margen del procedimiento determinado por la ley ³⁴.

De mantenerse esta posición desaparecería toda posible conexión funcional entre el sujeto sindical y el derecho de negociación colectiva, lo que afectaría sin duda a la posición del sindicato como agente negociador en el sistema de función pública y derivadamente al derecho reconocido en el artículo 28.1 CE, cuya posible peculiarización no puede soportar un proceso de diferenciación que en la práctica comporte su desnaturalización al privar a la libertad del amparo de uno de sus componentes más dinámicos ³⁵.

En cambio, parece correcta la firmeza con la que nuestro Tribunal Supremo ha venido defendiendo el acceso efectivo a la negociación colectiva de las organizaciones sindicales legitimadas para formar parte de la Mesa de Negociación, permitiendo la reacción y uso del canal procesal de protección y defensa de los derechos fundamentales a los sindicatos que estando legitimados para ello no han sido llamados a participar en la negociación o que siéndolo se les ha intentado sustraer el ejercicio efectivo de su función mediante negociaciones alternativas y paralelas de carácter informal a las que no han sido convocados todos los integrantes de una Mesa de Negociación ³⁶.

³⁴ Tal como ha planteado la STS de 19 de mayo de 1995 (Ar. 4.277): «la Ley 9/1987 ... cuyo artículo 30 reserva la participación en la determinación de las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos a las Organizaciones sindicales previstas en los artículos 6.3 c), 7.1 y 7.2 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical; y ello a través de unos órganos institucionalizados en la propia Ley 9/1987, cuales las Mesas de negociación, abiertas sólo a esos concretos sindicatos, con lo que ni siquiera éstos tienen la posibilidad de negociar cada uno por sí solo con la Administración un Convenio Colectivo».

³⁵ Parece haber pesado excesivamente en la doctrina del Tribunal la reducción progresiva que ha sufrido la conexión entre libertad sindical y negociación colectiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, así como la asimilación entre Mesa de Negociación e instancia representativa de origen legal. Al respecto, GONZÁLEZ ORTEGA, Santiago, «La negociación colectiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en ALARCÓN, Manuel Ramón (Coord.), *Constitución y Derecho del Trabajo: 1981-1991*, Marcial Pons, Madrid, 1992, págs. 408-415.

³⁶ La STS de 24 de julio de 1990 (Ar. 6.346), subraya la adecuación del procedimiento especial arbitrado por la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona, para reaccionar contra la denegación de la participación del sindicato CSIF en una Mesa de Negociación de una Diputación Provincial que se considera atentatoria a la libertad sindical: «según se desprende de los arts. 2, 1, d), 6, 3, c) y 8, 2, b) de la Ley Orgánica 11/1985, en relación con los arts. 30 y 31 de la Ley 9/1987, de 12 de junio». La

IV. LA ORGANIZACIÓN DEL SINDICATO EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

La actividad sindical en los lugares de trabajo ocupa una posición central en la configuración jurídica de los sistemas de relaciones colectivas que se han fundado en la libertad sindical. Así, según el artículo 2.1 LOLS, la libertad sindical comprende el derecho de fundar sindicatos libremente, el derecho a afiliarse al sindicato, el derecho de los afiliados a elegir libremente a sus representantes y el derecho a la actividad sindical.

En el ejercicio del derecho a la actividad sindical, los trabajadores afiliados a un sindicato, de conformidad con lo previsto en el art. 8.1 LOLS, pueden, en el ámbito de la empresa o centro de trabajo, constituir secciones sindicales de conformidad con lo establecido en los estatutos de la organización sindical. De esta forma el derecho nace de la conjunción de dos condiciones: la voluntad de los afiliados y la conformidad estatutaria, sin que sea precisa la concurrencia de otras voluntades o requisitos, pero este derecho queda acotado en un ámbito —la empresa o centro de trabajo— de difícil delimitación en nuestras Administraciones públicas³⁷.

STS de 6 de junio de 1995 (Ar. 4.874) admite la utilización del procedimiento especial de la Ley 62/1978, cuando: «se sustraiga a la Mesa General y, por tanto, a sus legítimos componentes, el debate pleno de las materias que le son propias mediante una puntual y oficial negociación de las mismas en un tiempo inmediatamente anterior a la reunión de aquella con alguno o algunos de los sindicatos representantes en la misma, aprobando oficialmente un acuerdo obtenido mediante unas negociaciones en las que uno, al menos, de los sindicatos de la Mesa fue eludido».

³⁷ La STSJ de Aragón de 14 de octubre de 1991 (Edersa 9991-1992) considera que no se opone a la conceptualización de un Ayuntamiento como centro de trabajo la diversidad de tareas o cometidos y de lugares físicos en que desarrollan sus tareas los servidores municipales. La STSJ de Castilla-La Mancha de 13 de octubre de 1994 (RGD 613-614-1995) en la que se discute si puede entenderse por empresa la Administración Periférica de la Provincia señala que: «el concepto de Administración Periférica del Estado supone un criterio meramente organizativo ajeno a toda manifestación de una personalidad jurídica autónoma e independiente, siendo consustancial a la idea de empresa la asociación a una personalidad física o jurídica o de un grupo de personas; en otras palabras, la técnica por virtud de la cual se descentralizan los servicios que presta la Administración del Estado en función de circunscripciones geográficas de ámbitos inferiores al nacional, para mejor organizarlos y realizar las tareas y actividades encomendadas, da lugar a la constitución de órganos periféricos que no gozan de una personalidad propia o autónoma, distinta de la Administración de que se trate, por más que para una mejor coordinación de todos ellos se encomiende la superior dirección de todos ellos, para un más adecuado funcionamiento, a un órgano único aglutinador de esas misiones de impulso y coordinación, que es el Gobernador Civil, pues la personalidad única la sigue conservando la Administración Central del Estado a la que pertenecen y sus distintos Organismos Autónomos o Entidades Públicas».

Aquí el concepto de empresa o centro de trabajo sigue al de personalidad jurídica sin que se admita una visión más flexible fundamentada en criterios geográficos y funcionales —centrados en la distribución de competencias en materia de personal—, como la que se había propuesto por FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a F^a; CRUZ VILLALÓN, J., «Los sindicatos en la función pública: régimen jurídico y representaciones sindicales en el centro de trabajo», en REY GUANTER, Salvador del (Coord.), *Seminario sobre Relaciones Colectivas en la Función Pública*, Consejo

La constitución de los órganos sindicales conocidos como secciones y delegados, cuando se realiza de conformidad con las previsiones legales, produce un derecho de prestación a cargo de un tercero —empresario o Administración pública— que entraña cargos y costes para el mismo, lo que permite realizar las comprobaciones oportunas tendentes a garantizar que en la constitución y elección de estos órganos se han cumplido los requisitos legales exigidos y posibilita la negativa a reconocer esta actividad organizativa si los supuestos de hecho previstos por la ley no se han satisfecho adecuadamente ³⁸.

Aquí conviene subrayar la estrecha dependencia existente en la LOLS entre los sistemas de representación unitaria y sindical. Para que las secciones sindicales puedan disfrutar de los derechos establecidos en el artículo 8.2 LOLS, es preciso que tengan representación en las Juntas de Personal o cuenten con Delegados de Personal, entendidos éstos como órganos de representación unitaria del personal en las Administraciones públicas ³⁹.

Además, la posible elección de delegados sindicales por las secciones sindicales con presencia en los órganos de representación se condiciona a la existencia en la empresa o en el centro de trabajo de más de 250 trabajadores. Así, para que sea posible la elección de uno o más delegados sindicales es preciso que se den dos condiciones: la existencia de una

Andaluz de Relaciones Laborales-Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, *s/f*, págs. 230-231; tal como se plantea en SALA FRANCO, Tomás; ROQUETA BUJ, Remedios, *Los derechos sindicales de los funcionarios públicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, págs. 169-172.

Lo cierto es que la noción de empresa o centro de trabajo en la Administración pública deberá acabar siguiendo la del ámbito del órgano unitario de proyección si se quiere disfrutar de las garantías y derechos previstos por LOLS, tal como acertadamente se plantea en la SSTSJ de Canarias de 4 de junio de 1996 (Ar. 1.704), donde se rechaza la tesis de que el concepto de «empresa» en la Administración pública haya que referirlo a todas y cada una de las Administraciones públicas con personalidad jurídica, mientras que por «centro de trabajo» deba entenderse las distintas unidades administrativas en las que exista un órgano dotado de competencias en materia de personal, que sea capaz de responder y colaborar con las representaciones sindicales en el desarrollo de sus funciones, ya que este tipo de soluciones acabarían dando como resultado que el ámbito de las representaciones sindicales resultaría más amplio que el asignado a las representaciones unitarias, optando por considerar la unidad electoral a efectos de constitución de una Junta de Personal como determinante para la constitución de secciones sindicales de funcionarios públicos y consecuente elección de delegados sindicales.

³⁸ Las SSTC 173/1992, de 29 de octubre, y 292/1993, de 18 de octubre, distinguen entre una vertiente de organización «interna» del Sindicato, relativa a la creación de Secciones Sindicales en cualesquiera unidades productivas y a la elección de sus representantes y otra «externa» por la que los órganos sindicales y, en especial, los delegados sindicales, están dotados por la ley de determinadas facultades que generan a su vez cargas y costes para la empresa. En el aspecto interno nada impide ni coarta la autoorganización del sindicato en secciones y el nombramiento de sus representantes, contrariamente el aspecto externo ya no es un mero ejercicio de un derecho de libertad sino también un derecho de prestación a cargo de un tercero que sólo existe cuando concurren los requisitos previstos por la ley, requisitos que pueden referirse a las características de la unidad productiva y a la implantación del sindicato en aquel ámbito.

³⁹ Tal como se afirma en la STS de 1 de abril de 1995 (Ar. 3.225): «el ámbito equiparable e idóneo para llevar a cabo la acción sindical es, según acertadamente postula el Sindicato de funcionarios apelante, el de las Unidades electorales para la constitución de las Juntas de Personal por ser el único que permite la representatividad sindical en la forma regulada por el art. 10.1 y 2 de la Ley Orgánica 11/1985, en relación con el art. 7 de la Ley 9/1987, de 12 de junio».

determinada plantilla en la unidad de referencia y la presencia del sindicato en el órgano unitario, requisitos cuya necesaria coexistencia en el mismo espacio organizativo nos llevan a afirmar que dicho ámbito no puede ser otro que el del órgano de representación unitaria ⁴⁰.

Las dificultades surgen cuando reparamos que en nuestras Administraciones públicas, dentro del mismo ámbito representativo, conviven conjuntamente personal laboral y funcionario, con lo que puede darse una rica problemática que desde una perspectiva expositiva podemos articular en torno a tres tipos de situaciones referidas a:

a) El sistema de cómputo de los 250 trabajadores con los que obtener el umbral requerido para la elección de delegado sindical, cómputo que puede realizarse de manera indistinta agregando a todos los empleados públicos —laborales y funcionarios— que prestan servicio en una unidad administrativa con independencia de su régimen jurídico, o remitiendo su obtención a cada uno de los tipos de prestación establecidos en función de su distinto régimen jurídico de Derecho privado o de Derecho público.

b) La determinación del órgano unitario en el que se debe alcanzar representación, admitiendo que la misma se pueda obtener indistintamente en el comité de empresa o en la junta de personal, o exigiendo que la representación se consiga en el órgano correspondiente, sin que el dato de la representatividad sea intercambiable en el caso de una agrupación mixta de funcionarios y personal laboral.

c) El régimen jurídico del delegado sindical, donde se puede aceptar que un contratado laboral o un funcionario represente indistintamente a todos los empleados públicos con independencia de su régimen jurídico de adscripción, o rechazar esta solución entendiendo que el personal laboral sólo puede estar representado por trabajadores sometidos a una relación de Derecho privado, mientras que el personal funcionario sólo puede estar representado por personal sometido a una relación de Derecho público.

La complejidad de los problemas que planteamos y la afortunada naturalidad con la que suelen resolverse en la realidad cotidiana nuestras Administraciones públicas no ha de hacernos perder de vista su latente conflictividad ⁴¹.

⁴⁰ Tal como se plantea en ÁLVAREZ DE LA ROSA, Manuel, *La organización del sindicato en los lugares de trabajo (Empresa y Administración Pública)*, Civitas, Madrid, 1991.

⁴¹ La STSJ de Galicia de 14 de abril de 1993 (Art. 1914) advierte que: «De toda la redacción del art. 10 (LOLS) no se desprende en ningún momento que la Ley mezcle los diversos tipos de trabajadores sujetos a distinta normativa jurídica —laborales y funcionarios o estatutarios—, a los efectos de la designación de Delegados Sindicales. Conclusión que viene avalada por el tipo de función y de derechos, que establece la Ley para los Delegados Sindicales de los trabajadores laborales, que se equiparan a los de los representantes unitarios, regulados en el Estatuto de los Trabajadores (Título II); mientras que en relación a los Delegados Sindicales de los funcionarios, son los que corresponde a los órganos de representación en las Administraciones

Es evidente que la LOLS distingue dos ámbitos funcionales de representación y actuación coincidentes con el régimen legal de prestación de servicios a los que remitir la actuación de las secciones y delegados sindicales. Ámbitos funcionales que, aunque regulados en el mismo texto legal, se diseñan como esferas separadas de encuadramiento y representación, de manera que no se concibe la discusión de problemas y la pertinente búsqueda de soluciones del personal funcionario por trabajadores laborales, dada la actual separación existente entre los dos tipos de relaciones jurídicas. También, en función de lo establecido por el artículo 10.3 LOLS para los delegados sindicales que no formen parte de los órganos unitarios, la actuación de los que representen a los afiliados a una sección sindical se va a proyectar sobre ámbitos distintos, en el caso de los laborales, el que se establezca para los Comités de Empresa —con las garantías y derechos de los miembros de los Comités de Empresa—, en el caso de los funcionarios, el que se establezca para las Juntas de Personal —con las garantías y derechos de los miembros de las Juntas de Personal—, ámbitos funcionales que han de venir definidos en un caso por el Estatuto de los Trabajadores y en el otro por la LORAP.

De este modo, la LOLS está presuponiendo una separación efectiva entre la representación sindical del personal funcionario y la representación sindical del personal laboral ⁴². De tal manera que secciones

públicas (Capítulo II de la Ley 9/1987, 12 junio). Así pues, no parece posible interpretar que un Sindicato más representativo en el ámbito de los órganos de una Administración pública aproveche esta circunstancia para nombrar representante de la Sección Sindical a un trabajador no funcionario, si en ese ámbito laboral no ha tenido la suficiente representatividad para hacer tal nombramiento». La STS de Galicia de 18 de noviembre de 1993 (Ar. 4.740), entiende que: «del texto del art. 10 LOLS no se desprende que la intención del legislador hubiese sido que a los efectos de designación de Delegados Sindicales pudieran sumarse los trabajadores sujetos a diversa normativa». En la misma línea la STSJ de Cantabria de 29 de marzo de 1994 (Ar. 1.015).

Con mayor contundencia, la STSJ de Canarias/Santa Cruz de Tenerife de 4 de junio de 1996 (Ar. 1.704) se pronuncia en contra de la suma de funcionarios y laborales integrantes de las llamadas secciones sindicales mixtas o híbridas, compuestas por personal laboral y funcionario, a efectos de la obtención del umbral que permite disfrutar de los derechos y garantías de la acción sindical previstas en la LOLS y en la LORAP.

⁴² La posible aceptación de las llamadas secciones sindicales mixtas divide a la doctrina, entre quienes las aceptan en función de lo determinado en los respectivos estatutos sindicales, tal como se plantea en FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a F^a; CRUZ VILLALÓN, J., «Los sindicatos en la función pública: régimen jurídico y representaciones sindicales», en REY GUANTER, Salvador del, *Seminario sobre relaciones colectivas en la función pública*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales-Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 1989, pág. 225; y los que admiten su constitución, pero las declaran inoperantes al no poder obtener los beneficios y facultades previstos por la LOLS, como se afirma en GÓMEZ CABALLERO, Pedro, *Los derechos colectivos de los funcionarios públicos*, CES, Madrid, 1994, págs. 223-22, en SALA FRANCO, Tomás; ROQUETA BUJ, Remedios, *Los derechos sindicales de los funcionarios públicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, págs. 174-176 y en ÁLVAREZ DE LA ROSA, Manuel, «Constitución de secciones sindicales: problemas en la delimitación de la empresa (grupos de empresas) y en la consideración de los afiliados (funcionarios y trabajadores)», *Tribuna Social* 67 (1996), págs. 25-26.

sindicales integradas por personal con representación en la respectiva Junta de Personal elijan delegados sindicales que tengan la condición de funcionarios públicos en unidades con una plantilla de empleados sujetos a una relación administrativa superior a 250 efectivos. Y secciones integradas por personal laboral con representación en el Comité de Empresa elijan delegados sindicales que tengan la condición de contratados laborales en unidades con una plantilla de empleados sujetos a una relación laboral superior a 250 efectivos.

Con todo, no parece que ninguna alteración se produzca en el esquema legal si una sección sindical integrada conjuntamente por personal laboral y funcionario con presencia en un órgano de representación de una Administración pública elige los delegados sindicales que le correspondan siempre que tengan la condición de funcionarios y el centro o unidad cuente con una plantilla superior a los 250 activos funcionariales, ya que el modelo representativo contenido en la LOLS puede articularse internamente dentro de la propia sección sindical, diferenciándose los correspondientes colectivos y representaciones, sin perjuicio de la posible constitución de órganos de articulación comunes que permita dotar de homogeneidad y coordinación a la acción del sindicato en cada una de las Administraciones públicas.

Además, conviene recordar que los requisitos establecidos en el artículo 8 LOLS los cumplen directamente por ministerio de la ley las secciones de los sindicatos más representativos⁴³. En cuanto a los demás sindicatos la condición exigida estriba en que tengan representación en el comité de empresa o en los órganos de representación de las Administraciones públicas, con lo que la representación en algunos de los dos órganos comporta para la sección la obtención de los beneficios de la LOLS.

Cuestión distinta es la elección de delegado sindical, donde sin duda el umbral de plantilla se ha de producir para cada tipo de relación y su actuación se proyecta sobre un órgano de representación que asume en exclusiva la representación de los trabajadores o de los funcionarios, formando su regulación parte del régimen jurídico del estatuto de los trabajadores o del régimen jurídico del estatuto de los funcionarios públicos.

A partir de aquí podemos concluir indicando que la constitución de secciones sindicales que engloben personal funcionario y laboral en nuestras Administraciones públicas es una opción legítima, como legítimo es el otorgamiento a dichas secciones de los derechos previstos en el artículo 8 LOLS cuando tengan la condición de representativas o hayan obtenido presencia en el comité de empresa o en el órgano de

⁴³ Algunos de los derechos establecidos por el mismo artículo como la utilización de un local adecuado o el derecho al tablón de anuncios se predicen genéricamente en el artículo 42 LORAP con respecto de las «Organizaciones Sindicales» sin añadir otros requisitos.

representación establecido en la correspondiente Administración pública. En cambio, la elección de delegados sindicales en los entes públicos va a depender de que se tenga representación en el correspondiente órgano unitario, de la superación del umbral de plantilla y, en definitiva, de la adecuada correspondencia de régimen jurídico entre delegado, órgano y plantilla.

Si del análisis jurídico se pasa a la práctica convencional seguida hasta el momento en las Administraciones autonómicas, se puede llegar a identificar hasta tres modelos distintos.

En el primero de ellos se prescinde de la constitución de secciones sindicales por referencia a los órganos de representación encomendando la misma a la libertad de autoorganización de cada sindicato, determinando por acuerdo o pacto el número de delegados sindicales que corresponden a cada organización con independencia del régimen jurídico y de la plantilla existente, estableciéndose como única condición del delegado la prestación de servicios en centros de trabajo de la Comunidad Autónoma correspondiente.

En el segundo modelo se establece el máximo de secciones sindicales que podrán constituirse en la Administración autonómica y el ámbito de cada una de ellas que se remite al de las correspondientes Juntas de Personal, sin perjuicio de que puedan crearse otras secciones que carecerán del derecho a la designación de delegados sindicales; a partir de aquí se determina el número de delegados sindicales de cada una de las secciones de los ámbitos establecidos en consideración al número de empleados públicos existentes en los mismos sin distinción de regímenes jurídicos.

En el tercer modelo se constituyen tantas secciones sindicales como consejerías y provincias tiene la Comunidad Autónoma, computándose el número de delegados sindicales por cada sección sindical en función del número de empleados públicos de cada unidad con independencia de su régimen jurídico ⁴⁴.

⁴⁴ Al primer modelo podemos adscribir el «Acuerdo de 6 abril de 1995 de la Consejería de la Función Pública de la Comunidad de Baleares que aprueba el Convenio adoptado en la mesa general de negociación entre la Administración y los Sindicatos sobre desarrollo de la Acción Sindical de las juntas de personal, comités de empresa y de las secciones sindicales» (BOCAIB de 25 de abril de 1995) y el «Acuerdo de 24 julio de 1995 entre la Diputación General de Aragón y las Organizaciones sindicales sobre derechos y garantías sindicales» (BOA de 9 de agosto de 1995). Al segundo modelo hay que adscribir el «Pacto de 13 de octubre de 1995 sobre desarrollo de la acción sindical de las juntas de personal y de las secciones sindicales, en el ámbito de la Administración General de la Comunidad de Castilla y León» (BOCyL de 8 de noviembre de 1995) y el «Acuerdo de 27 de diciembre de 1995 por el que se aprueba el Acuerdo Administración-Sindicatos para el período 1996-1998, sobre condiciones de trabajo en la función pública» (DOC-LM de 29 de diciembre de 1995, cap. V). En el tercer modelo hay que incluir la «Orden de 28 de septiembre de 1990 de la Junta de Extremadura que publica el acuerdo suscrito por la Administración y los sindicatos en materia de derechos sindicales» (DOE 4 de noviembre de 1994).

Así, la práctica negocial autonómica en esta materia nos confirma que:

a) Son las propias Administraciones públicas y las organizaciones sindicales las que están definiendo convencionalmente el ámbito específico para constitución de las secciones sindicales, utilizando como referencias principales los órganos de representación y el de sus propias estructuras departamentales y territoriales.

b) Las secciones sindicales que se constituyen integran conjuntamente al personal laboral y funcionario.

c) La plantilla mínima para la obtención de los umbrales de designación de delegados sindicales engloba indistintamente a personal laboral y funcionario.

d) El número de delegados sindicales por sección se establece convencionalmente aunque se tiene en cuenta el número de efectivos totales y la representación obtenida en la circunscripción de referencia. Con frecuencia la sola constitución de una sección sindical en el ámbito definido, con independencia de la representación obtenida y de la plantilla del mismo, permite obtener un único delegado sindical.

En la práctica convencional de las Corporaciones Locales la mayoría de instrumentos colectivos permiten la constitución de secciones sindicales en el ámbito de la entidad subordinando el nombramiento de delegado sindical a la simple constitución de la sección de conformidad con los estatutos de la organización sindical ⁴⁵, a la condición

El «Acuerdo de 16 de enero de 1995 del Consejo de Gobierno de Madrid por el que se aprueba expresa y formalmente el acuerdo de la mesa general de negociación de 30 de enero de 1995, relativo al texto refundido sobre condiciones de trabajo del personal funcionario de la Comunidad Autónoma de Madrid» (BOCM de 2 de marzo de 1995), se limita a afirmar en su artículo 38 que las secciones sindicales se constituirán sumando los trabajadores laborales y funcionarios, determinándose su ámbito de actuación de forma conjunta.

⁴⁵ «Convenio colectivo del Ayuntamiento del Escorial 1994-1995 y 1995» (suplemento BOCM núm. 134 y 151); «Convenio colectivo de la empresa personal laboral Ayuntamiento de Zaragoza 1994-1995» (BOA de 10 de marzo de 1995); «Acuerdo regulador de las condiciones de trabajo para el personal funcionario del Ayuntamiento de Sestao 1995-1996» (BOPV de 28 de julio de 1993); «Acuerdo marco del Ayuntamiento de Collado Villalba 1995-1996» (BOCM de 30 de mayo de 1995); «Acuerdo regulador de las condiciones de empleo de la función pública municipal del Excmo. Ayuntamiento de Logroño (La Rioja) para 1995» (BOR de 9 de mayo de 1995); «Convenio colectivo de trabajo para el personal laboral del Ayuntamiento de Logroño (La Rioja) para el año 1995» (BOR de 20 de mayo de 1995); «Acuerdo de las condiciones de empleo económico-administrativas de la función pública en el Ayuntamiento de Arnedo (La Rioja) para 1993 y 1994» (BOR de 19 de abril de 1995); «Acuerdo regulador de las condiciones de empleo económico-administrativas de la función pública en el Ayuntamiento de Calahorra 1994» (BOR de 15 de abril de 1995); «Acuerdo del Ayuntamiento de Zamora por el que se aprueban las condiciones de trabajo de los funcionarios de este Ayuntamiento para los años 1995, 1996 y 1997» (BOCyL de 15 de marzo de 1996); «Convenio colectivo de trabajo para Excmo. Ayuntamiento de Bullas 1995-1996» (BORM de 1 de abril de 1996); «Acuerdo regulador de condiciones de trabajo entre el Ilmo. Ayuntamiento de Bullas y el personal funcionario del mismo, para los años 1995-1996» (BORM de 11 de marzo de 1996).

de sindicato representativo ⁴⁶, o a la de firmante de los acuerdos obtenidos ⁴⁷. En otros casos el nombramiento de delegado sindical se remite al requisito de que la sección sindical correspondiente cuente con un porcentaje de afiliación del total del censo electoral ⁴⁸.

Un modelo alternativo más próximo al laboral se da en el supuesto específico ⁴⁹ en el que se prevé como ámbito para la acción sindical el centro de trabajo, considerándose como tal la sede de la entidad, así como cualquier otra dependencia, establecimiento, local o centro de trabajo a ella correspondiente, que se encuentre situado en una ubicación física distinta. Para la atribución de las garantías y facultades correspondientes, incluida la elección de uno o varios delegados sindicales, se exige en este caso haber obtenido por lo menos el diez por ciento de los miembros de los órganos de representación o poseer ese mismo porcentaje de afiliación en relación con el personal funcionario al servicio de la entidad.

Como conclusión general podemos afirmar que en los entes territoriales de base la organización del sindicato se está produciendo sobre un verdadero entrecruzamiento representativo que prescinde del dato del régimen jurídico de la relación de servicios, fundándose la presencia sindical exclusivamente en la representación obtenida en los procesos electorales y en la constitución efectiva de las estructuras sindicales en ámbitos determinados previamente a través de acuerdos o pactos, despreciando para la designación de delegados sindicales la exigencia legal de correspondencia entre régimen jurídico, órgano unitario y plantilla a la que se ha hecho referencia.

V. FACILIDADES Y GARANTÍAS DE LA REPRESENTACIÓN DEL PERSONAL EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

El ámbito de protección que tradicionalmente se otorga a la acción de los representantes unitarios en la empresa, y por extensión a los representantes sindicales, parece estar siendo objeto de una especial

⁴⁶ «Convenio colectivo del personal laboral del Ayuntamiento Soller 1994-1995» (BOCAIB de 23 de marzo de 1995); «Conveni col·lectiu de treball de l'Ajuntament de Sallent (personal laboral) per a l'any 1995» (BOP de Barcelona de 8 de mayo de 1995); «Conveni unitari de l'Ajuntament de Valls 1995» (DOGC de 8 de enero de 1996).

⁴⁷ «Convenio colectivo del personal laboral del Ayuntamiento de Artá 1995-1996» (BOCAIB de 9 de marzo de 1995).

⁴⁸ El 10% de afiliación del censo total en el «Convenio colectivo para el personal laboral del Ayuntamiento de Tordesillas 1994-1995» (BOCyL de 17 de marzo de 1995); el 7,5% de la plantilla total del personal funcionario y laboral en el «Convenio colectivo regulador de las condiciones de trabajo del personal laboral del Ayuntamiento de Leganés, 1993-1995» (BOCM de 25 de mayo de 1995); el 15% de la plantilla y un mínimo de seis afiliados en el «Convenio personal laboral Ayuntamiento de Ferreries 1995» (BOCAIB de 9 de marzo de 1996).

⁴⁹ «Acuerdo regulador de las condiciones de trabajo de los funcionarios de la Diputación Foral de Bizkaia y sus organismos autónomos 1995» (BOPV de 14 de agosto de 1995); «Convenio colectivo de la empresa Ayuntamiento de A Estrada 1995-1997» (DOG de 10 de abril de 1996).

modulación cuando las facilidades y garantías que lo conforman se actúan en el seno de las Administraciones públicas.

Dicha modulación se produce como consecuencia de la acción del juez administrativo al entender que los derechos y facilidades reconocidos a los representantes de los funcionarios han de ponerse en relación con los derechos de los ciudadanos a recibir una efectiva y correcta prestación del servicio sin que se entorpezca el normal funcionamiento del mismo, sosteniéndose que la valoración de cuándo se produce dicho entorpecimiento y la consiguiente obligación de evitarlo no ha de quedar en manos de los sujetos del derecho, sino de las autoridades responsables de los servicios públicos.

Se considera así que la libertad sindical no es un derecho ilimitado sino que encuentra sus propios límites en la necesidad de protección de otros bienes y derechos constitucionalmente tutelados, recordando al efecto la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la inexistencia de lesión al contenido del derecho de libertad sindical cuando las restricciones que se impongan obedezcan a razones atendibles de protección de derechos e intereses constitucionalmente defendibles ⁵⁰.

Así se ha llegado a afirmar que: «el ejercicio de la actividad sindical por medio del disfrute del crédito horario sindical puede verse limitado en el ámbito de las Administraciones Públicas en consideración a la protección de otros bienes y valores constitucionalmente protegidos, como pueden ser los derivados de la necesidad de la Administración Pública de atender al servicio de los intereses generales de acuerdo con el principio de eficacia» ⁵¹. De la misma manera que se ha podido considerar que la exigencia de previo aviso, e incluso de autorización, para permitir el acceso y la libre circulación de representantes por dependencias y locales, como salas de la policía municipal reservadas a almacén de armas y expedientes en trámite, no vulnera el derecho de libertad sindical, al considerar que en ellos: «se realizan actividades especialmente delicadas cuyo funcionamiento podría resultar entorpecido» ⁵².

Parece pues que determinados bienes constitucionalmente protegidos, como el interés público, el principio de eficacia o la especial actividad que se desarrolla en los servicios públicos, son capaces de actuar

⁵⁰ Tal como se plantea en la STC 143/1991, de 1 de julio, donde se afirma que: «El ejercicio de la actividad sindical en el seno de las Administraciones Públicas reconocido en la Constitución (art. 103.3) está sometido a ciertas peculiaridades, derivadas lógicamente de los principios de eficacia y jerarquía que deben presidir, por mandato constitucional, la acción de la función pública».

⁵¹ STSJ de Castilla-La Mancha de 4 de abril de 1994 (RGD 613-614-1995). La STSJ de Madrid de 31 de enero de 1996 (RGD 622-623-1996) afirma que: «el ejercicio de la libertad sindical en el seno de las Administraciones Públicas, ofrece ciertas peculiaridades, a las que expresamente hace referencia el art. 28.1 de la Constitución española —y que derivan de los principios de jerarquía y eficacia que debe presidir la acción de la función pública—».

⁵² STS de 4 de abril de 1995 (Ar. 4.267).

como criterios extranormativos, fundamentados en valores propios de la especial estructura y actividad de los sujetos públicos, capaces de determinar nuevos equilibrios en la pluralidad de acciones que pueden desarrollarse desde los derechos y facultades reservados a los titulares de la libertad sindical, introduciendo así unas restricciones al ejercicio de estos derechos en el ámbito público propias y distintas de las que pueden producirse en el ámbito privado ⁵³.

Otro tipo de modulación de signo distinto al régimen jurídico de las garantías y facilidades de los empleados públicos se obtiene por la propia acción de las Administraciones públicas, fundamentalmente de nivel autonómico y grandes entidades locales. Aquí sorprende la generosidad con la que por vía convencional se conceden garantías y facilidades a los representantes sindicales asumiéndose figuras de dudosa fundamentación legal ⁵⁴, como los llamados «liberados institucionales» ⁵⁵ o las «dispensas institucionales» ⁵⁶, permitiéndose la constitución de bolsas de horas ⁵⁷ correspondientes a cada una de las Centrales Sindicales que se hayan podido individualizar en el acuerdo o pacto correspondiente, conformadas con créditos de horas acumuladas y cedidas por miembros de las Juntas de Personal, Comités de Empresa y Delegados Sindicales, consiguiéndose así que determinados empleados públicos estén dispensados de la prestación de servicios ⁵⁸, produciéndose un verdadero intercambio de naturaleza clientelar que nada

⁵³ En otros ámbitos se considera que el ejercicio de los derechos de los representantes de los funcionarios no puede exigirse por encima de los límites de funcionamiento y eficacia de la Administración pública, cuya existencia es presupuesto de hecho y de derecho de la existencia y ejercicio de los derechos que se discuten, al respecto MELE, Eugenio, «I permessi sindacali nell'ambito dell'organizzazione amministrativa». *Foro Amministrativo*, Gennaio, 1990, págs. 51-54.

⁵⁴ GÓMEZ CABALLERO, Pedro, *Los derechos colectivos de los funcionarios*, CES, Madrid, 1994, se pronuncia claramente sobre la ilegalidad de estos permisos que se conceden sobre la base de una lectura distorsionada del art. 30.1 c) de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, advirtiendo de que, en la medida en que dichos permisos tienden a crear diferencias excesivas o desmesuradas entre los sindicatos representativos y los que no son representativos, podrían considerarse incluso de dudosa constitucionalidad.

⁵⁵ «Acuerdo de 6 de abril de 1995 de la Consejería de la Función Pública de la Comunidad de Baleares que aprueba el Convenio adoptado en la mesa general de negociación entre la Administración y los Sindicatos sobre desarrollo de la Acción sindical de las juntas de personal, Comités de empresa y de las secciones sindicales» (BOCAIB de 25 de abril de 1995), cláusulas sexta y séptima.

⁵⁶ «Orden de 24 de julio de 1995 que publica Acuerdo entre la Diputación General de Aragón y las Organizaciones sindicales sobre derechos y garantías sindicales» (BOA de 9 de agosto de 1995), en particular el acuerdo primero sobre reparto de «dispensados».

⁵⁷ «Resolución de 20 de octubre de 1995 de la Consejería de Presidencia y Administración Territorial de la Comunidad de Castilla y León, que publica Pacto sobre desarrollo de la acción sindical de las juntas de personal y secciones sindicales» (BOCyL de 8 de noviembre de 1995), en especial la cláusula cuarta sobre crédito horario y bolsas; «Orden de 28 de septiembre de 1994 de la Consejería de Presidencia y Trabajo de la Junta de Extremadura, que publica el acuerdo suscrito por la Administración con los sindicatos en materia de derechos sindicales» (DOE de 4 de octubre de 1994), en especial el art. 10 sobre bolsas de horas.

⁵⁸ La STSJ de Andalucía/Málaga de 14 de enero de 1992 (AA 7-1992), advierte que: «los miembros de la Junta de Personal no pueden acumular las horas sindicales de los representantes del comité de empresa, pues el art. 11 (LORAP) sólo prevé la posibilidad de la acumulación

bueno hacen presagiar para una correcta salud del sistema de relaciones colectivas en el ámbito público.

VI. LA CAPACIDAD CONVENCIONAL PARA LA DETERMINACIÓN DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

El art. 30 LORAP establece que la negociación colectiva y la participación en la determinación de las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos se efectuará mediante la capacidad representativa reconocida a las organizaciones sindicales a través de la constitución de Mesas de Negociación.

Esta opción por la sindicalización y la articulación institucional del ejercicio del derecho de negociación colectiva para el establecimiento de las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos, excluye de entrada la posibilidad de una negociación directa y limitada con cada una de las correspondientes organizaciones sindicales. Al ser la negociación colectiva un derecho de configuración legal los únicos tipos de acuerdos posibles son los diseñados por el legislador y sólo éstos, sin que existan otros instrumentos colectivos anclados directamente en las previsiones constitucionales, ya que, como hemos visto, el art. 37.1 CE no es de aplicación a las relaciones convencionales en la función pública⁵⁹.

La misma opción hace imposible el reconocimiento de acuerdos o pactos directos, sin intervención sindical, celebrados entre la Administración pública correspondiente y una delegación de sus funcionarios, o la aceptación de un acuerdo elaborado previamente en una asamblea y presentado a los órganos administrativos o de gobierno para su aceptación⁶⁰.

de horas siempre que se trate de acumulación entre los miembros de la Junta de Personal y que sean de la misma candidatura, por ello no resulta procedente la decisión unilateral de los miembros de la Junta de Personal de acumularse las horas sindicales que corresponden a quienes representan a los trabajadores, sometidos al derecho laboral común, pues la Junta de Personal no puede legalmente representar a tales trabajadores, y en consecuencia los miembros de la Junta de Personal no pueden aceptar horas sindicales de representantes de colectivo distinto al de funcionarios». Sobre la posible ilegalidad de acumulaciones horarias derivadas de representaciones distintas, se ha dicho que: «Estipulaciones como ésta no pueden considerarse válidas en el ámbito de la Función Pública ...En primer lugar, hay que tener en cuenta que se trata de créditos generados, por y para colectividades diferentes, en canales de representación distintos. En segundo lugar, por la imposibilidad, conforme al art. 10.3 LOLS, de que un mismo funcionario disfrute de créditos horarios procedentes del otro canal de representación; no pueden acumularse en una misma persona créditos procedentes de los dos canales de representación; concurra en ella la doble condición de representante unitario-Delegado Sindical o sólo una de las condiciones. En tercer, lugar, ante la falta de previsión legal sobre esta posibilidad de acumulación, no es posible implantarla mediante pacto, pues supondría una innovación o modificación de una innovación de rango legal», GÓMEZ CABALLERO, Pedro, *Los derechos colectivos de los funcionarios*, CES, Madrid, 1994, pág. 243.

⁵⁹ La STS de 19 de mayo de 1995 (Ar. 4.277) advierte que: «ni siquiera éstos (por los sindicatos) tienen la posibilidad de negociar cada uno por sí solos con la Administración un Convenio Colectivo».

⁶⁰ En una perspectiva comparada MELE, Eugenio «Una riserva assoluta di contrattazione collettiva», *Foro Amministrativo*, Maggio 1988, págs. 1.364-1.367.

De igual manera se ha de rechazar la posibilidad de que se formulen acuerdos o pactos individuales o grupales sobre condiciones de trabajo con funcionarios concretos y determinados a modo de una negociación individual en masa, encubierta y sustitutiva de los procedimientos colectivos de determinación de las condiciones de trabajo, mediante procedimientos de adhesión a convenios individuales tipo ⁶¹. Sin duda, esta posible contractualización de la relación de empleo público olvidaría que la disciplina de la misma se constituye por sistemas normativos independientes del contrato fundamentados en fuentes objetivas y uniformes, con independencia del procedimiento —convencional o unilateral— utilizado para su producción, sin que en el sistema estatutario exista un espacio para la autonomía individual más allá del momento constitutivo de la relación individual.

También hay que entender excluidos del proceso de negociación a los órganos unitarios de representación de los funcionarios públicos, es decir, a los Delegados y Juntas de Personal, estableciéndose así una de las desviaciones más notables de la negociación colectiva de los funcionarios públicos con respecto al ámbito laboral, donde la legitimación negocial corresponde tanto al órgano unitario como a la representación sindical.

Es imprescindible y necesario acentuar la distinción entre Juntas de Personal y Mesas de Negociación correspondientes a una misma Administración que se fundamenta en base a su composición —unitaria en un caso, sindical en el otro— y competencias —de consulta e información en las primeras, de consulta y negociación en las segundas—, ya que su ignorancia y desatención no es infrecuente en las entidades administrativas de base, lo que comporta la suscripción de Acuerdos entre los órganos de gobierno de las Administraciones públicas y los miembros de las respectivas Juntas de Personal que parecen actuar así como la única representación existente del colectivo funcional ⁶².

En el ámbito laboral se ha venido aceptando la idea de que, en ausencia de representantes legales de los trabajadores, son válidos y eficaces los pactos colectivos suscritos directamente entre empresarios y trabajadores, o entre el empresario y una representación fáctica o *ad hoc* de los trabajadores, como se afirma en GÓMEZ ABELLEIRA, Francisco Javier, «La negociación colectiva en empresas sin representantes legales de los trabajadores, en especial tras la reciente reforma del mercado de trabajo», REDT 70 (1995), págs. 233-245.

⁶¹ Posibilidad con la que parece especularse en la ya mencionada STS de 19 de mayo de 1995 (Ar. 4.277).

⁶² Así, el artículo 36 del «Pacte de condicions de treball del personal funcionari de l'Ajuntament de Figueres per a l'any 1994» (BOP de Girona de 19 de enero de 1995), afirma: «Tota negociació amb el personal es farà mitjançant la Junta de Personal»: el artículo 37 del «Conveni/Acord de condicions de treball del personal funcionari i laboral de l'Ajuntament de Salt 1994» (BOP de Girona de 1 de abril de 1995) establece como competencia de la Junta de Personal: «Plantear i negociar tots els assumptes en matèria de personal: condicions de treball, salaris, horaris, calendari laboral i vacances, bestretes, política de contractació, promoció interna i l'oferta pública d'ocupació»; el artículo 24 del «Convenio de funcionarios del Ayuntamiento de Nuevo Baztán 1995-1997» (BOCM de 16 de mayo de 1995), en el que se enuncia: «Los delegados de personal son los órganos representativos de los trabajadores municipales para la defensa de sus intereses generales y específicos, y tienen competencia y capacidad para negociar con el Ayuntamiento y vigilar la aplicación de los acuerdos que con

Las Juntas de Personal no tienen capacidad legal para negociar las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos, por lo que la integración o sustitución de una Mesa de Negociación por los miembros de la Junta de Personal en calidad de tales transgrede la normativa básica que establece la legitimación para negociar, aunque se pueda alegar que los sindicatos más representativos, así como los que obtuvieron más del 10% de los representantes en las elecciones estuvieron representados en dichas negociaciones por los miembros de las organizaciones sindicales que a su vez forman parte de la Junta de Personal ⁶³.

Con mayor fundamento no parece que puedan ostentar capacidad convencional los llamados «comités unitarios» ⁶⁴, «comités unificados de personal» ⁶⁵ o «comité unitario de los trabajadores» ⁶⁶, ya que no puede ser jurídicamente admisible una negociación de las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos y del personal laboral derivada de la constitución de un órgano de participación

él se suscriban»; el artículo 37.3 del «Acuerdo sobre condiciones de trabajo del personal funcionario para el año 1993. Ayuntamiento de Santander» (BOC de 28 de febrero de 1995): «Con carácter general se manifiesta que todas las negociaciones que se realicen por parte de cualquier colectivo del Ayuntamiento, se realizarán a través de la Junta de Personal y los sindicatos en ella representados, considerándose nula cualquier negociación al margen»; el artículo 6.9 del «Acuerdo regulador del personal funcionario del Ayuntamiento de Carnota 1995» (DOG de 4 de marzo de 1996), donde se contiene que: «A fin de posibilitar la participación de los funcionarios en la determinación de sus condiciones de trabajo, se constituirá una mesa de negociación en la que estarán presentes los representantes de la corporación, delegados de personal y las organizaciones sindicales más representativas, así como los sindicatos que hayan obtenido el 10% o más de los representantes en las elecciones celebradas»; el artículo 6.8 c) del «Convenio colectivo de la empresa Ayuntamiento de A Estrada 1995-1997» (DOG de 10 de abril de 1996), donde después de afirmarse que la representación colectiva de los funcionarios al servicio de aquella Corporación se ejerce por la Junta de Personal, se le atribuye como competencia: «Plantear y negociar delante de los correspondientes órganos resolutorios del Ayuntamiento cuantos asuntos procedan en materia de condiciones de trabajo, seguridad y salud laboral, régimen de asistencia, seguridad y previsión social, en lo que sea competencia del Ayuntamiento; el art. 4 del «Convenio colectivo de trabajo del personal laboral del Ayuntamiento de Montijo 1995» (DOE de 13 de junio de 1995), donde se identifican como partes negociadoras del Convenio los correspondientes Delegados de Personal y el Comité de Empresa.

⁶³ STS de 5 de mayo de 1994 (Ar. 4.315).

⁶⁴ Previstos en el clausulado de algunos instrumentos convencionales, valga como ejemplo el artículo 17.6 del «Convenio colectivo del personal laboral del Ayuntamiento de Artá 1995-1996» (BOCAIB de 9 de marzo de 1995).

⁶⁵ Establecido en el artículo 36 del «Conveni col·lectiu de treball de l'Ajuntament d'Igualada (personal laboral), per al període 1 de gener de 1993 a 31 de desembre de 1995» y del «Acord regulador de les condicions de treball dels funcionaris de l'Ajuntament d'Igualada, per al període 1 de gener de 1993 a 31 de desembre de 1995» (BOP de Barcelona de 15 de marzo de 1995).

⁶⁶ Regulado en el art. 43 del «Convenio colectivo regulador de las condiciones de trabajo del personal laboral del Ayuntamiento de Leganés, 1993-1995» (BOCM de 25 de mayo de 1995), donde se afirma que: «El comité unitario de los trabajadores estará integrado por el comité de empresa y la junta de personal. Los derechos y deberes, funciones y garantías, establecidas por la legislación vigente para el comité de empresa se transfieren al comité unitario de los trabajadores a efectos de este convenio».

conjunta de los representantes de los funcionarios y los trabajadores laborales ⁶⁷.

Lo cierto es que de los arts. 30 y 31 de la LORAP, referidos a la composición de los órganos negociales, claramente se infiere una sindicalización de la negociación colectiva, a modo de una reserva absoluta de negociación colectiva de las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos en favor de los sindicatos representativos integrados en las Mesas de Negociación, sin que puedan concluirse acuerdos o pactos sobre aquellas condiciones sin su intervención ⁶⁸.

VII. LA ESTRUCTURA DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN LA FUNCIÓN PÚBLICA

La estructura de la negociación en la función pública, entendida como determinación de las unidades en las que se desarrolla la activi-

⁶⁷ La STSJ de Aragón de 26 de febrero de 1993 (Edersa 11.079-1995), recuerda que: «la Ley no contempla la Junta de Representantes como órgano de participación conjunta de representantes de funcionarios y de personal laboral, mientras que la prueba practicada..., pone de relieve que dicha Junta ha venido siendo admitida como un hecho por la Corporación. Puede afirmarse, por consiguiente, que la Junta de Representantes es una mera agrupación de hecho, estable y organizada, de los representantes de los funcionarios y del personal laboral del Ayuntamiento, no regulada ni tampoco prohibida por la Ley».

⁶⁸ Dicho planteamiento no parece que pueda ser discutido desde una lógica formal y hasta puede mostrarse congruente en la medida en que ayuda a centrar en la dirección del sindicalismo confederal la obtención de un cierto grado de congruencia y uniformidad, lo que posibilita una mayor contención de las tendencias centrífugas de un sistema que puede reproducirse en el seno de todas y cada una de sus entidades de base con independencia de su dimensión constitutiva. No debe sorprendernos la ignorancia o el desconocimiento de los cauces previstos que los instrumentos convencionales demuestran, pues se debe a la complejidad institucional que el doble nivel de representación/negociación, entre Junta de Personal y Mesa de Negociación, plantea, complejidad que se incrementa, en función de la actual composición de la plantilla de nuestras entidades locales, donde la presencia de un amplio colectivo laboral obliga a mantener dos niveles de negociación para una estructura de personal poco diversificada y orientada en función de su régimen jurídico, ya que el reclutamiento como funcionario o laboral para un concreto y determinado puesto de trabajo ha dependido en muchos casos del momento concreto en el que se ha realizado.

Las propuestas planteadas para superar la disfuncionalidad existente, como la de ROQUETA BUJ, R. «Las relaciones entre los sistemas de negociación colectiva laboral y funcional en la Administración Pública», en *XI jornadas universitarias andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Junta de Andalucía. Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, relativa al ejercicio conjunto del derecho de negociación colectiva de los trabajadores y funcionarios al servicio de las Administraciones públicas y formalización separada de sus resultados, incrementan la funcionalidad del sistema pero introducen una alta dosis de confusiónismo jurídico al fomentar la construcción de sistemas mixtos y avalar la transferencia de institutos jurídicos de un régimen a otro en el que dejan de tener sentido; además, trasladan el problema de la legalidad del cauce al contenido, dada la menor abertura negocial del régimen público que, sujeto a una dinámica de negociación conjunta, acaba sufriendo la regulación de aspectos que en el régimen estatutario han de quedar reservados a la ley.

dad convencional y las relaciones existentes entre ellas ⁶⁹, se impone unilateralmente por la ley, en lo que no deja de ser una excepción al principio de libertad sindical que rechaza cualquier determinación apriorística de los niveles de negociación, tomando como necesario punto de referencia a las Mesas Generales de Negociación, que se constituyen para cada entidad territorial con autonomía constitucionalmente garantizada. Es decir, tal como establece el art. 31.1 LORAP: «una Mesa General de Negociación en el ámbito de la Administración del Estado, así como en cada una de las Comunidades Autónomas y Entidades Locales, que será competente para la determinación de las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos del ámbito correspondiente» ⁷⁰.

El sistema a primera vista parece relativamente simple: se determina legalmente una Mesa General de Negociación en cada entidad territorial para la negociación de las condiciones de trabajo del personal al servicio de la Administración pública correspondiente.

El problema estriba en que las competencias para la regulación de la función pública de cada nivel no se sitúan exclusivamente en ese ámbito, sino que dependen de la capacidad normativa de otros niveles de la estructura negocial, ya que, de conformidad con el art. 31.1 LORAP, lo que se puede negociar en cada nivel es: «la determinación de las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos del ámbito correspondiente».

En el modelo diseñado no parece existir un ámbito negocial para la determinación de las bases del régimen estatutario que afectan a todos los funcionarios de las Administraciones públicas, comprendiendo indistintamente a la función pública autonómica y local, ni tampoco una unidad apropiada para la negociación de las normas básicas estatales sobre función pública local. Tampoco en las Comunidades Autónomas se articula un espacio para la negociación de las

⁶⁹ GONZÁLEZ ORTEGA, Santiago, «Concurrencia y sucesión de convenios y estructura de la negociación colectiva», *REDT* 30 (1987), pág. 187.

⁷⁰ La referencia exclusiva a entes territoriales olvida la existencia de entidades institucionales con autonomía garantizada, como, por ejemplo, las universidades, cuyo tratamiento actual, como unidades sectoriales de negociación dependientes de una unidad general constituida en el ámbito del Estado o de la Comunidad Autónoma con competencias en la materia, deja mucho que desear y dice bien poco en favor de la autonomía universitaria. Precisamente, la STC 165/1986, de 18 de diciembre, se ha referido a la necesidad de no aplicar mecánicamente las normas que configuran el régimen estatutario de los funcionarios públicos en la materia de su representación y participación, tratándose de una Administración distinta de la del Estado, pues es evidente que tales normas pueden desconocer las características propias de la organización autónoma y, por tanto, no adaptarse con la suficiente eficacia y previsión a ellas, deduciendo de ello que, siempre que estas Administraciones dispongan de la correspondiente potestad reglamentaria, pueden utilizar los instrumentos normativos propios para hacer posible el ejercicio de los correspondientes derechos y obligaciones, deberes y facultades, dentro de su particular estructura organizativa, teniendo en cuenta que en ningún caso estas normas podrán desconocer o modificar las del Estado sobre el régimen estatutario de los funcionarios públicos.

normas sobre función pública que hayan de aplicarse indistintamente a los funcionarios de la Administración autonómica y la local o sólo a los de ésta última.

Puede afirmarse que la Mesa General de Negociación de la Administración del Estado es la competente para negociar las bases del estatuto de los funcionarios públicos ⁷¹, pero parece difícil admitir que le corresponda la negociación de las normas básicas que deban revestir la forma de Real Decreto sobre, por ejemplo, el establecimiento de los límites máximos y mínimos de las retribuciones complementarias, los procedimientos de selección y provisión o la carrera administrativa de los funcionarios de la Administración Local o los preceptos mínimos a los que haya de ajustarse la confección de las relaciones de puestos de trabajo en las Entidades Locales ⁷², e igual de comprometido parece conceder que a la Mesa General de Negociación de cada una de nuestras Comunidades Autónomas, con competencias en la materia régimen local, le corresponde en solitario la negociación sobre el régimen jurídico de la función pública autonómica cuando ésta es de aplicación común a los funcionarios de las Administraciones locales ⁷³, dificultad que puede dotarse de una mayor complejidad cuando la Comunidad Autónoma establezca una normativa propia sobre función pública local netamente diferenciada de la función pública autonómica ⁷⁴.

Obviamente, la negociación de las condiciones de trabajo de los funcionarios al servicio de una Administración pública es algo distinto de la negociación de las competencias sobre función pública que se detentan por cada entidad, en nuestro caso, por el Estado y la Comunidad Autónoma correspondiente. Sólo en el ámbito de las Corporaciones Locales la negociación de la competencia propia se corresponde con el establecimiento de las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos integrados en el ámbito correspondiente.

Existen, pues, vacíos negociales en la estructura convencional del sistema de función pública que se han salvado hasta el momento a través de la dudosa técnica de extender el poder normativo que proporciona el ámbito de representación de la propia función al ámbito de la compe-

⁷¹ Como se hace en SALA FRANCO, Tomás; ROQUETA BUJ, Remedios, *Los derechos sindicales de los funcionarios públicos*, Tirant lo Blanch, Valencia 1995, pág. 246-247. En la misma línea RAZQUIN LIZARRAGA, Martín M^a, «Funcionarios, bases y negociación colectiva (Comentario a la STS de 30 de mayo de 1992)», *RAP* 131 (1993), págs. 227-229.

⁷² Tal como se prevé en los arts. 129, 133 y 168 y del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local.

⁷³ Tal como establecen los arts. 134, 140, 142, 144, 147.2, 150.4 y 152.1 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local.

⁷⁴ Como ha sucedido en Cataluña a través del Decreto 214/1990, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del personal al servicio de las entidades locales.

tencia del ente en materia de función pública ⁷⁵, o, bien, lo que sin duda parece más correcto, constituyendo al efecto ámbitos negociales específicos de carácter interadministrativo que tienden a cubrir las zonas opacas del modelo, posibilidad que hasta el momento parece haberse ensayado sólo en el marco de algunas Comunidades Autónomas ⁷⁶.

Si se admite como cierta la hipótesis de la extensión de la capacidad convencional de la Mesa de Negociación a las competencias sobre función pública de la entidad territorial en cuyo marco se integra, las relaciones que puedan establecerse entre las distintas Mesas de Negociación estarán condicionadas por la distribución de competencias normativas entre entes públicos territoriales, de tal manera que a la Mesa General de la Administración del Estado le corresponderá la negociación de las bases del estatuto general aplicable a todos los funcionarios públicos, a las Mesas de las Comunidades Autónomas el desarrollo legislativo y a las Mesas de las Corporaciones Locales la potestad reglamentaria sobre las condiciones de trabajo de los funcionarios propios de cada entidad. Así, el principio de competencia actuaría como una lógica oculta de relación entre las unidades negociales de carácter general de cada uno de los niveles del sistema ⁷⁷.

Se establece pues un modelo de conexión entre unidades de negociación fundamentado en el principio de competencia y, por tanto, se asume la existencia entre los diferentes niveles negociales de una ordenación según el contenido de la materia y la amplitud de la regulación ⁷⁸.

⁷⁵ La negociación por las organizaciones sindicales representativas en el ámbito estatal de las competencias normativas del Estado sobre las bases del estatuto de la función pública —comunes por tanto a la función pública estatal, a la autonómica y a la local y con una indudable proyección sobre el personal laboral de estas entidades—, o la negociación de las organizaciones sindicales representativas en el ámbito autonómico de la legislación de desarrollo que puede ser común al personal autonómico y al local, no deja de suscitar serias dudas sobre un proceso fundado en legitimidades tan separadas del posible ámbito de incardinación del producto de la negociación; al respecto no deja de ser preocupante la falta de concordancia entre potestad normativa, ámbito de negociación y representación de las partes. Sorprende también que la existencia de esos vacíos negociales no haya sido interpretada como una restricción impuesta por la propia ley a la competencia de los negociadores sobre todo si se tiene en cuenta que en el modelo laboral las normas de Derecho objetivo no son objeto de negociación formal.

⁷⁶ La idea de la constitución de unidades negociales de carácter interadministrativo se formula con indudable acierto en ROQUETA BUJ, Remedios, *La negociación colectiva en la función pública*, Tirant lo Blanch. Valencia, 1994, págs. 173 y ss.

⁷⁷ Y a la vez los productos de la negociación colectiva se constituirían en vehículos aptos para el ejercicio de la competencia, lo que no deja de plantear problemas de interés para un Estado compuesto como el nuestro, tales como el vínculo que puede significar para el legislador autonómico la existencia de un acuerdo sobre materias de la competencia básica estatal, al respecto VILLONE, Massimo, «La disciplina del pubblico impiego tra «unitarietà» dei principi e «autonomia» delle amministrazione (comento art. 1)», en RUSCIANO, Mario; TREU, Tiziano, *La legge-Quadro sul pubblico impiego*, CEDAM, Padova, 1985, págs. 11-12.

⁷⁸ Aunque, como se verá, más que de un principio de ordenación fundamentado en la competencia habría que referirse a la superioridad que corresponde al Derecho general sobre el particular, lo que sitúa al primero, y con él a sus órganos de producción, en una posición supraordenada respecto del segundo.

Sin embargo, aunque la formulación abstracta de este sistema de articulación pueda reputarse como formalmente correcta, la práctica convencional parece caminar por otros derroteros, ya que los Acuerdos Administración-Sindicatos alcanzados en el ámbito estatal no han servido ordinariamente para modificar la legislación básica en materia de función pública, sin perjuicio de que se hayan afectado las normas ordinarias del estatuto de la función pública, provocando las correspondientes correcciones en la legislación autonómica fundamentadas en la natural influencia de un Derecho general integrado en el entramado de normas básicas y en la irradiación que un acuerdo estatal de esta naturaleza ejerce sobre las otras unidades negociadoras del sistema, en las que con frecuencia intervienen los mismos sujetos sindicales que ejercen su deber de influencia para que sus organizaciones integradas planteen similares posiciones reivindicativas y las transfieran al espacio autonómico ⁷⁹.

En la dinámica relacional entre las unidades del sistema puede defenderse la prevalencia del nivel estatal que influye y determina la negociación de los espacios autonómicos que a menudo se limita a reproducir los postulados establecidos en el acuerdo de mayor ámbito adaptando sus condiciones a las necesidades de la propia organización, pero lo cierto es que la negociación en estos ámbitos es irrelevante para el nivel local que prescinde de la estructura y el contenido de lo negociado volviendo sobre regulaciones consolidadas y establecidas, ya sea en normas de Derecho objetivo, ya sea en normas convencionales fijadas en otros niveles negociales, configurando un modelo de «negociación en cascada» donde una misma materia es objeto de diversos tratamientos por diferentes niveles de producción normativa con independencia de la distribución efectiva de competencias. Las normas locales convencionales establecen sus propios contornos mate-

⁷⁹ Tal es el caso de la denominada «promoción del personal laboral fijo» —capítulo 23.2 del «Acuerdo Administración-Sindicatos para el período 1995-1997, sobre condiciones de trabajo en la función pública» (BOE de 20 de septiembre de 1994)—, transformado legalmente en «puestos que pueden ser desempeñados por personal laboral» —art. 59 de la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social—, y de los llamados «criterios de carrera aplicables al Grupo C» —capítulo 19 del mismo Acuerdo— traídos como «promoción interna del grupo D al C» —art. 61 de la Ley 42/1994—. Los dos preceptos ahora incorporados, el primero al artículo 15.1, y el segundo a la disposición vigésima segunda de la LMRFP, sin que tengan carácter básico de conformidad con el artículo 1.3 de la misma norma legal.

No puede negarse la indudable influencia que los acuerdos estatales entre Administración y Sindicatos han tenido en el ámbito autonómico y en el «Acuerdo Federación Española de Municipios y Provincias-Sindicatos de 8 de junio de 1995, sobre condiciones de trabajo en la función pública local para el período 1995-1997» (BOE de 30 abril de 1995) que se proyecta, tanto en su estructura como en sus contenidos, hasta los niveles negociales intermedios del sistema aunque no llega a colonizar la negociación colectiva de los entes de bases, con excepción de alguna iniciativa singular tal como el «Acuerdo Administración-Sindicatos por el que se regulan las condiciones de trabajo del personal al servicio del Ayuntamiento de Melilla» (BOP de 9 de junio de 1995).

riales y delimitan su ámbito funcional de afectación, al margen de las normas producidas por los otros niveles de negociación, apareciendo así una estructura dual de esferas negociales, donde pesa más la comunidad territorial y la influencia territorial que ejercen sobre la base del efecto imitación los acuerdos del mismo nivel negocial obtenidos en las unidades más próximas y de mayor amplitud personal de regulación, como pueden ser los acuerdos establecidos para las capitales de provincia o las diputaciones provinciales ⁸⁰.

Se estructura así un modelo centralizado fundamentado en la primacía de lo general y en el indudable protagonismo de los agentes sociales que mantiene su capacidad de capilarización hasta los niveles intermedios, combinado con un modelo «empresarial» basado en la excesiva descentralización y lejanía de las unidades administrativas de base de la columna central del sistema, cuya articulación se realiza —si se realiza— de forma espontánea y a nivel horizontal en ámbitos locales subregionales, o incluso, subprovinciales, basados en las experiencias de una negociación territorial con difusión limitada.

Como conclusión puede afirmarse que no parece existir una estructura negocial completa fundamentada en una relación de jerarquía material basada en la competencia de las correspondientes Mesas Generales de Negociación. El espacio competencial parece no actuar, una vez superados los niveles intermedios del sistema, como un criterio de articulación, sino como un mero límite a la potencialidad de cada ámbito negocial —a menudo desconocido o desbordado—, con lo que la negociación colectiva en las entidades públicas de base se «individualiza» en función de cada unidad que supone un distinto ámbito de aplicación personal.

Es evidente que esta manifestación no puede ser asumida sin preocupación. La configuración de dos segmentos en la estructura negocial carentes de toda conexión horizontal y articulación interna, en cuanto a su finalidad última y a los aspectos de la relación de trabajo por ellos regulados, es, sin duda, un síntoma de inmadurez del modelo, falto de un sistema ordenado y coherente de relación cuya función no puede asumir de forma indirecta e implícita un modelo de distribución de competencias complejo y enrarecido por la diversidad de materias y regímenes implicados en su reparto para cada nivel competencial.

⁸⁰ Lo cierto es que nos encontramos ante dos distintos modelos de negociación, en el caso de los acuerdos estatales y autonómicos se trata de atender objetivos de interés público y de naturaleza política, combinados con otros temas específicos de naturaleza y alcance propiamente profesionales, de tal manera que este tipo de acuerdos supone una manifestación de concertación social, distinta y diferenciada de la regulación completa ofrecida por los acuerdos de nuestras Administraciones Locales cuya amplitud global de temas es propia de los convenios colectivos típicos que regulan el conjunto de condiciones de trabajo, al efecto RIVERO LAMAS, Juan, «El proceso de laboralización de la función pública: aspectos críticos y límites», *RArAP* 6-7 (1995), pág. 116.

A partir de aquí sólo queda señalar la falta de articulación —funcional y material, horizontal y vertical— de las distintas unidades negociales como un déficit de regulación, déficit que produce esa extraña «constelación de unidades negociadoras, pactando cada una a su libre albedrío» a la que de forma tan explícita se ha referido nuestra jurisprudencia administrativa ⁸¹.

En todo caso lo que sí parece excluirse es la posibilidad de proyectar directamente los resultados obtenidos en una unidad de negociación a otra que constituya un ámbito territorial diferenciado, a través de un procedimiento similar al de adhesión previsto en el art. 92.1 ET. La jurisprudencia del Tribunal Supremo es taxativa en el rechazo de esta técnica ⁸², por entender que se opera un proceso de renuncia al ejercicio de la propia competencia que no puede ser sustituida por un acto que permite la extensión de condiciones de trabajo negociadas para Administraciones públicas distintas en otras Mesas Negociadoras ⁸³.

En el seno de cada entidad territorial, además de las Mesas Generales de Negociación, se establecen una serie de Mesas Sectoriales tasadas legalmente para los sectores de la función pública estatal que a continuación se relacionan: a) personal docente en los centros públicos no universitarios; b) personal de los servicios de Correos, Telégrafos y Caja Postal de Ahorro; c) personal al servicio de las instituciones sanitarias públicas; d) personal al servicio de la Administración de Justicia; e) personal funcionario de las Universidades; f) personal de la Administración Central e Institucional y de las Entidades Gestoras de la Seguridad Social.

Siendo posible la determinación de nuevas unidades de negociación en el marco de cada una de las entidades territoriales, según dispone el art. 31.1 LORAP: «por decisión de la Mesa General podrán constituirse otras Mesas sectoriales, en atención al número y peculiaridades de sectores concretos de funcionarios públicos».

Tal como establece el último párrafo del art. 31.1 LORAP, la competencia de las Mesas Sectoriales se extenderá a los temas que no

⁸¹ STS de 22 de octubre de 1994 (Ar. 7.544).

⁸² STS de 29 de junio de 1992 (Ar. 5.195), STS de 16 de junio de 1994 (Ar. 5.289), donde se afirma: «Es a la Mesa constituida en la Entidad Local de que se trate, a la que le corresponde la negociación en su ámbito, sin que por tanto tenga acomodo en ella la proyección directa al ámbito de una entidad local de las condiciones de empleo concertadas desde un mecanismo de negociación diferente».

⁸³ La jurisprudencia mencionada fundamentada en la adopción directa por un pleno municipal de un acuerdo negociado a nivel de Comunidad Autónoma no debería ser un obstáculo para la adhesión a un acuerdo de otra unidad de negociación con el común acuerdo de las partes legitimadas para negociar y la preceptiva aprobación expresa y formal del correspondiente órgano de gobierno, razones de economía y eficacia en la negociación deberían llevarnos a superar el silencio legal y la falta de alternativas en este terreno, pensando en los entes territoriales de menor dimensión donde no se justifica el esfuerzo y la tensión negocial que supone la obtención de un acuerdo, tal como se propone en ROQUETA BUJ, Remedios, *La negociación colectiva en la función pública*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pág. 168.

hayan sido objeto de decisión por parte de la Mesa General, con lo que éstas últimas aparecen como subordinadas a las primeras dotadas de una competencia negociadora de segundo grado para el establecimiento de las condiciones de trabajo específicas del personal del correspondiente sector, complementando, desarrollando o aplicando lo negociado en el ámbito general.

El esquema planteado por la LORAP se ha visto enriquecido en el nivel estatal a partir del «Acuerdo Administración-Sindicatos para modernizar la Administración y mejorar las condiciones de trabajo 1992»⁸⁴, con la creación, en el ámbito de las Mesas Sectoriales de Negociación y como órganos descentralizados de la misma, de los llamados «ámbitos descentralizados», para cuya constitución se han de tener en cuenta los criterios siguientes: a) que el organismo afectado presente una problemática claramente específica dentro del sector; b) que el colectivo afectado tenga restringida la movilidad interna en el ámbito de su organización específica; c) que se trate de un Departamento, en el caso de la Administración Central; d) el nivel territorial del ámbito descentralizado. Ámbitos descentralizados a los que por acuerdo de las respectivas Mesas Sectoriales se podrá reenviar negociaciones sobre: a) aspectos retributivos de las relaciones de puestos de trabajo y requisitos profesionales para el desempeño de los mismos; b) aplicación de horarios de trabajo; c) aplicación de medidas de salud y seguridad laboral; d) aplicación de criterios sobre productividad y niveles de rendimiento; e) aplicación de criterios de redistribución de efectivos en su ámbito; f) formación profesional específica; g) acción social.

Dada la pluralidad de instancias negociadoras así constituidas, el Acuerdo citado se ha visto obligado a establecer una serie de criterios de coordinación entre los distintos ámbitos de negociación, tales como: a) el criterio de primacía, por el cual se acuerda no modificar en los ámbitos sectoriales lo acordado en el ámbito general, ni plantear en los ámbitos descentralizados temas que no se hayan remitido expresamente por la correspondiente Mesa Sectorial; b) el criterio de complementariedad, por el que los acuerdos o pactos establecidos en un ámbito inferior no pueden modificar lo acordado en el superior, limitándose exclusivamente a complementarlo; c) el criterio de competencia, por el que se excluye cualquier acuerdo o pacto no negociado según lo establecido; y d) el criterio de cobertura presupuestaria, que la Administración asegurará con carácter previo a la firma de un acuerdo o pacto.

Interesa dejar constancia de la estructura y distribución material de la negociación colectiva en el seno de la Administración del Estado, a la que debería añadirse la estructura de comisiones paritarias y mesas

⁸⁴ Publicado por Resolución de 3 de enero de 1992, de la Dirección General de Trabajo en el BOE de 21 de enero de 1992.

sectoriales temáticas establecidas recientemente ⁸⁵, para modificar la impresión producida por el párrafo final del art. 31.1 LORAP, en el que parece haberse fijado un único criterio de articulación entre Mesa General y Mesas Sectoriales: «La competencia de las Mesas Sectoriales se extenderá a los temas que no hayan sido objeto de decisión por parte de la Mesa General», criterio que se había interpretado exclusivamente como una prohibición de negociar en las Mesas Sectoriales materias que hubieran sido objeto de acuerdo en la Mesa General, de modo que la contratación de ámbito superior pudiera reservarse para sí la regulación de determinadas materias ⁸⁶. Criterio de reserva, pues, que la propia práctica negocial ha sustituido por los de primacía, complementariedad y competencia, que pueden actuar entre la Mesa General y las Sectoriales, y entre éstas y sus órganos descentralizados, en un sentido negativo, afirmando que determinadas materias negociadas en una instancia superior no se negocien en niveles inferiores, pero también en un sentido positivo, estableciendo que materias negociadas en la instancia superior sean complementadas por negociaciones posteriores en niveles inferiores o incluso renunciando el nivel superior a la negociación de determinadas materias remitiéndolas al nivel inferior.

El sistema anterior hay que referirlo al ámbito estatal, ya que su regulación no tiene la consideración de norma básica, con lo que se deja un amplio espacio a las Comunidades Autónomas para que establezcan la estructura negocial que consideren más conveniente y adaptada a sus propias necesidades.

Pero es evidente que el legislador estatal pensaba en la reproducción del modelo estatal para las estructuras negociales de los sujetos públicos situados en cada uno de los distintos niveles territoriales. Así, el art. 31.1 LORAP establece la existencia de una Mesa General de Negociación para cada una de las Comunidades Autónomas, presuponiendo que en todas ellas debería mantenerse el esquema establecido para la Administración del Estado fundamentado en el dualismo producido entre la Mesa General de Negociación y las distintas Mesas Sectoriales ⁸⁷.

⁸⁵ El «Acuerdo Administración-Sindicatos para el período 1995-1997, sobre condiciones de trabajo en la función pública» publicado por Resolución de 19 de septiembre de 1994 de la Secretaría de Estado para la Administración pública en el BOE de 20 de septiembre de 1994, establece una Mesa de Retribuciones y Empleo dependiente de la Mesa General para las materias que su mismo nombre enuncia, además de la Comisión General para la Formación Continua, la Comisión paritaria de Formación y la Comisión paritaria de Salud Laboral y Acción Social.

⁸⁶ REY GUANTER, Salvador del, *Comentarios a la Ley de Organos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones Públicas*. MAP, Madrid, 1988, págs. 190-191.

⁸⁷ Esta es la tesis de GÓMEZ CABALLERO, Pedro, *Los derechos colectivos de los funcionarios*, CES, Madrid, 1994, pág. 291-292. Una posición más prudente es la expresada por SALA FRANCO, Tomás; ROQUETA BUJ, Remedios, *Los derechos sindicales de los funcionarios públicos*, Tirant lo Blanch, Valencia 1995, págs. 244-246, quienes no niegan la posibilidad de que el legislador

Sin embargo, esto no significa que la competencia de las Comunidades Autónomas se reduzca a la creación de las Mesas Sectoriales necesarias —y, en su caso, de los correspondientes órganos descentralizados de las mismas— para la adaptación de las unidades de negociación a su estructura organizativa y marco competencial.

Sin duda, las Comunidades Autónomas pueden crear a través de leyes autonómicas otras unidades de negociación generales que permitan la cobertura de los vacíos convencionales a los que antes hacíamos referencia, pero también es posible la singularización expresa de unidades de negociación para entidades dotadas con autonomía propia o con sustantividad institucional y, por consiguiente, con capacidad regulativa, en mayor o menor grado, sobre su propio personal, tal como, por ejemplo, pueden ser las universidades de su ámbito territorial, los órganos consultivos superiores de las Comunidades Autónomas o las figuras autonómicas equivalentes al Defensor del Pueblo o al Tribunal de Cuentas.

Además, no ha de presuponerse que el procedimiento de creación de las Mesas Sectoriales en los marcos autonómicos se ajuste a lo previsto en la legislación estatal y que, por tanto, las Mesas Sectoriales sean siempre un producto de las Generales, descartándose su posible origen y creación legal. De la misma forma que no necesariamente la relación establecida entre las dos instancias de negociación se ha de acabar ordenando por los mismos principios de subordinación y complementariedad que se establecen en la Administración del Estado para la relación entre Mesa General y Mesas Sectoriales de Negociación, pudiendo afirmarse un principio de competencia y especialidad que haga posible que en un ámbito específico determinado para las cuestiones que no afecten al contenido básico de la relación funcional la primera instancia de concertación sea la sectorial sin perjuicio del análisis último a realizar por la Mesa General.

La legislación autonómica en materia de función pública no deja de ser significativa, ofreciendo ejemplos del mayor interés como puede ser la Ley 5/1995, de 20 de abril, de modificación parcial y urgente del texto refundido de la Ley de Función Pública de Extremadura, cuyo art. 13, después de afirmar que se constituirá en el ámbito de la Administración Autonómica una Mesa de Negociación de los empleados públicos dependientes de la Junta de Extremadura y sus Organismos Autónomos con competencia para la negociación de las condiciones de trabajo comunes a todo el personal afectado, permite que por decisión de dicha Mesa pueda constituirse una Mesa Sectorial de Administración Local, «con la representación que se derive de dicho ámbito, en lo

autonómico pueda disponer de la estructura negocial prevista en la LORAP, que será aplicable supletoriamente siempre que la Comunidad Autónoma no establezca un modelo diferente.

que respecta a las Organizaciones Sindicales, y con la participación de la Junta de Extremadura y de la Federación de Municipios y Provincias de Extremadura, en cuanto a la Administración», estableciéndose también la posibilidad de constituir otras Mesas Sectoriales, sin expreso señalamiento de las competencias de éstas últimas.

A través de este mecanismo se cubre uno de los vacíos convencionales a los que antes hacíamos referencia, aunque hay que señalar que la Mesa Sectorial así constituida es como mínimo atípica, ya que en la misma no sólo están presentes los representantes de la Administración pública correspondiente, sino, también, la representación asociativa de los entes locales de la Comunidad Autónoma, al igual que la legitimación de las representaciones sindicales para negociar no se establece en función de la representatividad obtenida en las elecciones para las Juntas de Personal de la Comunidad Autónoma de Extremadura, sino de la referida al ámbito de los Delegados y Juntas de Personal de las entidades locales. De forma similar, parece difícil definir las competencias negociales de esta Mesa con respecto a la negociación realizada en el ámbito de la Mesa General de Comunidad Autónoma, que tratará, sin duda, de las condiciones de trabajo de los empleados públicos dependientes de la Junta de Extremadura y sus Organismos Autónomos.

También la Ley Foral de Navarra de 27/1994, de 29 de diciembre, sobre medidas relativas en materia de negociación colectiva y sobre el requisito de la nacionalidad, establece un esquema original consistente en establecer una Mesa General de Negociación para todas las Administraciones públicas de la Comunidad Autónoma en la que se integran, según su art. 83.2: «los representantes de las Administraciones Públicas de Navarra y las organizaciones sindicales más representativas a nivel estatal y de la Comunidad Foral de Navarra, así como a los sindicatos que hayan obtenido el 10 por 100 o más de los representantes en las elecciones para Delegados y Comisiones de Personal en el conjunto de las Administraciones Públicas de Navarra», sin que ello vaya en perjuicio de las unidades negociales de cada una de las Administraciones Públicas de Navarra en las que se habrán de constituir las correspondientes Mesas Negociadoras, estableciéndose como sectores específicos los de: a) Personal docente no universitario; b) Personal adscrito al organismo autónomo Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea; c) Personal adscrito a Administración Núcleo; d) Personal adscrito al organismo autónomo Instituto Navarro de Bienestar Social.

Algunos de los acuerdos entre Comunidades Autónomas y Sindicatos para modernizar la Administración y mejorar las condiciones de trabajo producidos a lo largo del año 1992, contienen pronunciamientos sobre la estructura negocial existente en las Comunidades Autónomas que los suscribieron, permitiendo detectar singularidades de difícil encuadramiento legal, como la que se contiene en el acuerdo

suscrito entre la Diputación General de Aragón y los Sindicatos ⁸⁸, donde se crea un Órgano Unitario de Negociación para potenciar la negociación colectiva y la participación de todos los empleados de la Diputación General de Aragón, competente para la determinación de las líneas generales de actuación que afecten a la totalidad de los empleados públicos y la homologación de las condiciones de trabajo que se han de respetar por la Mesa General de Negociación y por la Comisión Negociadora del Convenio Colectivo ⁸⁹.

Más ajustado a lo establecido por la legislación estatal es lo previsto por el acuerdo entre la Administración Regional de Murcia y las organizaciones sindicales ⁹⁰, donde se afirma que por decisión de la Mesa General podrán constituirse Mesas Sectoriales para el estudio y negociación de condiciones específicas de trabajo del personal del correspondiente sector, así como para la aplicación y desarrollo en dicho sector de los acuerdos producidos en el ámbito general, coordinándose la negociación entre los distintos ámbitos de conformidad con el criterio de primacía de los acuerdos generales sobre los sectoriales, y de complementariedad, por el que los acuerdos o pactos establecidos en un ámbito inferior de negociación, cuando aborden una materia ya regulada en un Acuerdo de ámbito superior, no podrán modificar lo acordado, limitándose exclusivamente a complementar el Acuerdo de ámbito superior.

En la misma línea, el Acuerdo sobre condiciones de trabajo entre la Administración de la Generalitat de Catalunya y las organizaciones sindicales ⁹¹ afirma la competencia de la Mesa General de Negociación en el ámbito de la Administración de la Generalitat de Catalunya que se extiende a las condiciones generales de trabajo que afecten a todos los empleados públicos de su Administración, añadiendo la posibilidad de que los acuerdos que se suscriban en este

⁸⁸ Orden de 30 de julio de 1992, del Departamento de Presidencia y Relaciones Institucionales, publicando el «Acuerdo entre la Diputación General y Sindicatos para modernizar y reordenar la Administración y mejorar las condiciones de trabajo» (BOA de 14 de agosto de 1992).

⁸⁹ Esquema que se repite en el «Pacto suscrito entre la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha y la Representación Sindical por el que se regulan las relaciones de interlocución y facilita el ejercicio de los derechos sindicales», publicado por Resolución de 21 de diciembre de 1995 de su Consejería de Administraciones Públicas (DOC-LM de 29 de diciembre de 1995), cuyo capítulo III, punto 2 a) crea una Mesa General Conjunta en la que se articula la negociación cuando las materias o cuestiones objeto de negociación afecten a la totalidad de los empleados públicos.

⁹⁰ Orden de 30 de abril de 1992 de la Consejería de Administración Pública e Interior de la Región de Murcia de publicación del «Acuerdo sobre la articulación del proceso de negociación colectiva Administración Regional y organizaciones sindicales» (BORM de 11 de mayo de 1992).

⁹¹ Resolución de la Dirección General de Relaciones Laborales de la Generalitat de Catalunya de 2 de junio de 1992 disponiendo la publicación del «Acuerdo de 28 de febrero de 1992 entre la Administración de la Generalitat de Catalunya y las organizaciones sindicales sobre condiciones de trabajo» (DOGC de 20 de julio de 1992).

ámbito puedan derivar la negociación sobre determinadas materias total o parcialmente a los ámbitos que se constituyen para los sectores específicos que formen el personal docente de la enseñanza pública no universitaria, el personal sanitario al servicio de instituciones sanitarias públicas y el personal de administración y técnico ⁹².

En las entidades locales, la LORAP prevé la constitución de una Mesa General de Negociación para cada una de ellas con independencia de su dimensión y número de efectivos recubiertos por el correspondiente ámbito de negociación ⁹³. También, de conformidad con lo establecido por el art. 31.1 LORAP, se podrán constituir Mesas Sectoriales específicas para ámbitos concretos y colectivos diferenciados de personal.

Más difícil parece que la Mesa General de Negociación pueda adoptar acuerdos sobre condiciones de trabajo para un grupo o colectivo específico y diferenciado dentro del correspondiente estatuto funcionarial, ya que el ámbito funcional al que parece remitirse la actividad de la Mesa de Negociación es el de la determinación de las condiciones generales de trabajo de todos los funcionarios del nivel correspondiente. El problema es, sin duda, merecedor de un mayor desarrollo al haberse producido ya acuerdos de condiciones de trabajo que se establecen para una escala o subescala concreta y determinada con olvido de las condiciones generales que han de establecerse para toda la función ⁹⁴, abriéndose paso a lo que podríamos denomi-

⁹² Quedan al margen de este estudio los llamados «ámbitos descentralizados» de negociación a modo de un tercer nivel de la estructura negociadora dotada de un componente ejecutivo o aplicativo, más que normativo, contemplados en diferentes Acuerdos entre las Administraciones Públicas y los sindicatos celebrados durante el año 1992, tanto a nivel estatal como autonómico. Al respecto, REY GUANTER, Salvador del, «La ordenación de la negociación colectiva en el acuerdo para modernizar la Administración Pública de la Junta de Andalucía y mejorar las condiciones de trabajo», *Temas Laborales* 28 (1993), págs. 105-107. Para el nivel estatal, el trabajo de OJEDA AVILÉS, Antonio, El «Acuerdo para modernizar la Administración y mejorar las condiciones de trabajo»: un importante avance en la negociación colectiva pública», *Actualidad Laboral* 17 (1992), pág. 331.

⁹³ Lo que puede dar lugar al absurdo jurídico producido en algunas Corporaciones Locales de representaciones unipersonales que negocian las condiciones de trabajo de un reducido número de funcionarios, produciéndose así una «individualización» de las relaciones colectivas que las acerca sustancialmente a los modelos de contratación individual. No ha de sorprendernos, pues, la afirmación formulada en otros ámbitos sobre la extrema fragmentación de las sedes de contratación y de las fuentes contractuales en el sistema español de la autonomía local, al respecto ALBANESSE, Alessandra, «La privatizzazione del pubblico impiego: una prima lettura del d.p.r. 29/93 in una prospettiva comparatista», *Il Foro italiano* 1993-IV, pág. 451.

⁹⁴ Al respecto, el «Acord retribucions específiques i condicions de treball de la Policia Local de l'Ajuntament de la Fidelíssima Ciutat d'Alcanar any 1995» (BOP de Tarragona de 16 de junio de 1995), o la Resolución de 20 de julio de 1995, por la que se dispone la publicación del «Acord regulador de les condicions de treball dels funcionaris de la Policia local de l'Ajuntament de Corbera de Llobregat, per al període 1995-1996» (BOP de Barcelona de 21 de agosto de 1995). Se produce así una verdadera «captura» corporativa del proceso negociador en la que se olvida la necesaria salvaguarda del interés público y la atención razonable que merecen los intereses mayoritarios de los grupos y sectores profesionales incluidos en el mismo ámbito de negociación.

nar «acuerdos franja» para una agrupación o categoría concreta de funcionarios sin otro requisito que el de su válida formación a través de los procedimientos negociales establecidos con carácter general ⁹⁵,

De la misma forma, debe tenerse en cuenta que en la individualización de las Mesas Sectoriales de Negociación habrá que proceder por sectores homogéneos y afines, ya que al referirse la norma jurídica a sectores parece excluirse la posibilidad de divisiones horizontales de grupo o categoría que comprendan indistintamente a franjas de diversos sectores.

Una última reflexión en materia de estructura negocial debe plantearse en torno a las entidades instrumentales complejas de carácter sectorial y naturaleza asociativa, fundamentalmente consorcios, que han dejado de ser considerados como entidades locales de conformidad con lo establecido en el art. 3 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local y que, ahora, además, pueden ser constituidas por el Estado y las Comunidades Autónomas, a la vista de lo que se dispone en el art. 7 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, sin que se definan por la legislación vigente como unidades potenciales de representación y negociación. Dada la creciente importancia de este tipo de Administraciones asociativas, progresivamente generadas por las variadas combinaciones que permite el sistema de entes territoriales y la concurrencia de competencias, la definición del tipo consorcial como una sede negocial en la legislación autonómica parece imponerse como una creciente necesidad ⁹⁶.

VIII. LOS SUJETOS NEGOCIADORES

Las Mesas de Negociación están constituidas por los representantes de la Administración pública y de las Organizaciones Sindicales representativas en el ámbito correspondiente.

Conviene distinguir la presencia de una parte pública en el proceso convencional, que debe recibir las propuestas negociadoras ofrecidas

⁹⁵ Sin perjuicio de que pueda predicarse una cierta división funcional de tareas en lo que se refiere a las relaciones entre Mesa General y Mesas Sectoriales de Negociación en la medida en que lo propia de la primera sea un tratamiento necesariamente general de las relaciones de su ámbito, mientras que a la segunda pertenecerían los tratamientos singulares sobre aspectos concretos de la relación jurídica general o las peculiaridades y tareas de un sector funcional concreto; al respecto, FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, Juan José; RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana, *La negociación colectiva de los funcionarios públicos*, CEDECS. Barcelona, 1996, págs. 106-107.

⁹⁶ La reflexión sobre los niveles negociales en un sistema de entes que no puede pensarse exclusivamente en términos de autonomías territoriales en CAMMELLI, Marco, «Privatizzazione del pubblico impiego e riforma della pubblica amministrazione», en VANDELLI, Luciano; BOTTARI, Carlo; ZONASI, Ombretta, *Organizzazione Amministrativa e Pubblico Impiego*. Maggioli Editore, Bologna, 1995, pág. 266.

por los representantes de los funcionarios públicos y favorecer el acuerdo mediante el intercambio de contrapropuestas o la presentación de iniciativas, del órgano competente para la producción de la norma o la resolución cuyo contenido se conforma a través del acuerdo ⁹⁷.

La legitimación en sentido estricto o aptitud para emprender tratos contractuales e iniciar válidamente un proceso negociador se transfiere por los órganos públicos a una representación que puede estar dotada de una identidad propia y diversa de la del ente, investida de una función específica consistente en la consecución de un acuerdo ⁹⁸. Representación que actúa sometida a instrucciones, entendidas éstas no como órdenes jerárquicas, sino como directivas amplias y sumarias que consienten un extenso margen de autonomía a menudo muy débilmente limitada. Es más, la normalidad con que se producen los supuestos de inexistencia de instrucciones nos obliga a considerar que si éstas se produjeran, y sobre todo, si se produjeran de una manera detallada, la representación de la Administración pública vería constreñida su actividad en un momento particularmente inoportuno, antecedente y separado con respecto al comienzo del proceso convencional, lo que no dejaría de constituir una anomalía del mismo proceso que por definición parte de la idea de contradicción e intercambio de posiciones.

Obviamente, esa representación puede asumirse directamente por los titulares de los órganos políticos y administrativos, cargos electivos o altos directivos incrustados en la estructura orgánica de la entidad pública correspondiente, pero su participación en el proceso negociador lo será en función de su representación para negociar y no de la posición representativa o del cargo que se ostente en el ámbito público ⁹⁹.

⁹⁷ Al respecto, DELGADO PIQUERAS, Francisco, *La terminación convencional del procedimiento administrativo*, Aranzadi, Madrid 1995, págs. 77-78.

⁹⁸ Ello posibilita la configuración de una representación técnica y estable alejada de un tipo negociador político y precario, posibilidad inexplicable inédita en nuestro país donde uno de los problemas esenciales de la negociación colectiva se sitúa en la representación de la parte pública que contrata, en su componente político y en las alianzas transversales que el proceso de negociación permite establecer con los sindicatos, pero que cuenta con modelos posibles y cercanos, tales como el descrito por TREU, Tiziano, «L'agenzia per le relazioni sindacali e la contrattazione collettiva», en VANDELLI, Luciano; BOTTARI, Carlo; ZANASI, Ombretta, *Organizzazione Amministrativa e Pubblico Impiego*, Maggioli Editore, Bologna, 1995, págs. 125-137. Todo ello sin que la actividad técnica desarrollada por este tipo de órganos permita ignorar la necesidad de coordinar los resultados de la negociación con la realización de los intereses generales y el cumplimiento de los programas y objetivos definidos por las instancias de dirección política, tal como se advierte en CORPACI, Alfredo, «Agenzia per la rappresentanza negoziale e autonomia delle pubbliche amministrazioni nella regolazione delle condizioni di lavoro», *Le Regioni*, 4-1994, págs. 1.029-1.031.

⁹⁹ Tal como se afirma en la Resolución de 6 de marzo de 1992 de la Dirección General de la Función Pública de la Junta de Extremadura que publica el acuerdo adoptado por la II Mesa General de Negociación de la Junta de Extremadura por el que se aprueba el Reglamento de dicho órgano (DOE de 12 de marzo de 1992), donde se señala por el art. 4.2 de la misma que: «La Administración designará, por acuerdo del Consejo de Gobierno, acreditado ante la Mesa

Por lo que hace referencia a las representaciones de los funcionarios públicos, el segundo párrafo del art. 30 de la LORAP establece que en las Mesas de Negociación estarán presentes: «las Organizaciones sindicales más representativas a nivel estatal y de Comunidad Autónoma, así como los sindicatos que hayan obtenido el 10 por 100 o más de los representantes en las elecciones para Delegados y Juntas de Personal». Mientras que en las Mesas Sectoriales, además de éstos, estarán presentes las organizaciones sindicales que hayan obtenido en el correspondiente sector el 10 por 100 o más de los representantes en las elecciones para Delegados y Juntas de Personal.

Así pues, no todos los sindicatos gozan de legitimidad para negociar ya que ésta se configura como una prerrogativa exclusiva de los sindicatos más representativos¹⁰⁰ y de los representativos en el ámbito de los órganos de representación unitaria de los funcionarios públicos correspondientes a la entidad o sector en el que haya de constituirse la correspondiente Mesa de Negociación.

Conviene subrayar que este 10 por 100 o más de los representantes que menciona la ley está referido a cada ámbito negociador, es decir, a las Juntas de Personal constituidas en el ámbito de cada Mesa Negociadora, sin que la obtención de esa audiencia en un ámbito correspondiente a una entidad territorial superior determine, por esa simple circunstancia, que se pueda estar presente en todas las Mesas de Negociación correspondientes a ámbitos territoriales más estrechos¹⁰¹. Sencillamente, la audiencia electoral lograda en una Administración pública distinta a la que pertenece la Mesa no es computable a efectos de alcanzar la representatividad necesaria para participar en la misma¹⁰².

los miembros representantes de la misma, quienes, en todo caso, participarán en ella en razón de su designación y no en función de la representación o cargo que ostenten en la Administración Autónoma».

¹⁰⁰ Lo que no deja de plantear problemas cuando los órganos de dichos sindicatos carecen de representación en los correspondientes órganos unitarios y, por lo tanto, de las correlativas facilidades sindicales, como se manifiesta en la STSJ de Andalucía de 28 de mayo de 1991 (RGD 574-575-1992), donde se afirma que: «si con arreglo al art. 30 de la Ley 9/87 le es reconocida a la Confederación Sindical Independiente de Funcionarios la facultad de participar en la determinación de las condiciones de trabajo le sería imposible desarrollar estas facultades, si se le limita o se le priva de algunos de los derechos reconocidos en el art. 11 de la tan citada Ley 9/87, aunque dicho sindicato no tenga ningún miembro en la Junta de Personal».

¹⁰¹ STS de 30 de abril de 1993 (Ar. 2.877), donde se afirma: «la dicción literal del art. 7º 2 de la LOLS exige que «la suficiente representación» del 10% de delegados de personal o miembros de la Junta de Personal, se haya obtenido «en un ámbito territorial y funcional específico». Aunque ésta es la posición que parece más correcta existen sentencias en sentido contrario, tales como la STS de 24 de julio de 1990 (Ar. 6.346) y la de 1 de diciembre de 1992 (Ar. 9.881) en las que se reconoce a un sindicato el derecho a participar en cualesquiera Mesas de Negociación que se constituyan en las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales por el solo hecho de ser un sindicato, simplemente representativo en el conjunto de la función pública; al respecto, FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, Juan José; RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana, *La negociación colectiva de los funcionarios públicos*, Cedecs, Barcelona, 1996, pág. 119.

¹⁰² GÁRATE CASTRO, Javier, «Os suxeitos da negociación colectiva de empregados públicos», *REGAP* 2 (1992), pág. 46.

También es evidente que, aunque el art. 10.3.2 LOLS reconoce a los delegados sindicales en el supuesto de que no formen parte del comité de empresa el derecho a asistir a las reuniones de éste o de los órganos de representación que se establezcan en las Administraciones públicas, con voz pero sin voto, el carácter de representación normal y permanente en las entidades públicas debe referirse a las Juntas de Personal, no a las Mesas de Negociación, ya que el legislador no las ha contemplado como órganos de representación en el sentido estricto en que se utiliza este término en el Capítulo II LORAP, ni se da entre las Juntas de Personal y las Mesas de Negociación identidad suficiente para hacer extensivas a éstas últimas el criterio mantenido para las primeras por el art. 10.3.2 LOLS ¹⁰³.

Es importante subrayar que el modelo de legitimación sindical establecido en la LORAP para la constitución de las correspondientes Mesas de Negociación ha sido objeto de alteraciones posteriores que amenazan con introducir una dualización de esquemas representativos para el establecimiento de las condiciones de trabajo de los funcionarios en función del momento del proceso convencional y de la materia objeto de negociación.

Así, la reforma de la Ley 9/87 por la Ley 7/1990, ahora traída al artículo 33 de la LORAP, ha supuesto la existencia de un proceso de negociación previo y diferenciado de la negociación *stricto sensu*, establecido para la determinación de la fecha de apertura del procedimiento convencional y la fijación de las materias que hayan de ser el objeto del mismo, proceso en el que sólo están legitimados para negociar los sindicatos más representativos a nivel estatal y autonómico ¹⁰⁴.

¹⁰³ STS de 6 de marzo de 1991 (Ar. 2.114).

¹⁰⁴ Esta exclusión se ha intentado remediar en el ámbito estatal con el Acuerdo Administración-Sindicatos para modernizar la Administración y mejorar las condiciones de trabajo 1992 (BOE de 21 de enero de 1992). En el Título IV, Capítulo XIV, punto 3 se prevé: «El proceso negociador anual se abrirá en la fecha que de común acuerdo fijen el Gobierno y los Sindicatos más representativos conforme a lo establecido en los arts. 6 y 7 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical, así como las Organizaciones a que se refiere el art. 7.2 de la citada Ley en el ámbito de las Administraciones Públicas. En el ámbito autonómico, el «Acuerdo de 28 de febrero de 1992 entre la Administración de la Generalitat de Catalunya y las organizaciones sindicales para la mejora del funcionamiento de la Administración y de las condiciones de trabajo» (DOGC de 20 de julio de 1992), prevé en su capítulo X, punto 6 que: «La propuesta de negociación, dentro de cada período, podrá producirse a iniciativa del Gobierno de la Generalitat o de las organizaciones sindicales presentes en la mesa general y/o en las mesas sectoriales». Mientras que otros acuerdos como el de la Administración de la Región de Murcia-Sindicatos, Diputación Regional de Aragón-Sindicatos, Administración Pública de la Comunidad Autónoma de La Rioja-Sindicatos, Junta de Andalucía-Sindicatos, siguen el modelo estatal. El «Acuerdo entre la Junta de Extremadura y Sindicatos para modernizar la Administración y mejorar las condiciones de trabajo», publicado por Orden de la Consejería de Presidencia y Trabajo de la Junta de Extremadura (DOE de 9 de abril de 1992) se limita a afirmar, en su capítulo IV, punto 1 que: «El proceso negociador anual se abrirá en la fecha que de común acuerdo fijen el Gobierno Autónomo y los Sindicatos más representativos en el ámbito de aplicación del acuerdo».

Correlativamente, los nuevos planes de empleo introducidos por la Ley 22/1993, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, de reforma del régimen jurídico de la función pública y de la protección por desempleo, a tenor de su disposición adicional séptima, parece que habrán de ser objeto de negociación con las organizaciones sindicales más representativas, lo que sin duda excluye de la correspondiente unidad de negociación a los sindicatos con representatividad acreditada sólo en el ámbito de negociación.

Las mencionadas reformas plantean la duda sobre si lo que se ha alterado es la legitimación para negociar y, por tanto, la negociación se desarrolla en las correspondientes Mesas de Negociación pero con una participación más limitada, lo que parece sugerir la disposición adicional séptima de la Ley 22/1993 al advertir que la negociación se desarrollará en los términos establecidos por la Ley 9/1987, de 12 de junio, o bien, lo modificado es la propia estructura de unidades de negociación a las que se habría sobrepuesto una nueva instancia, introduciéndose, incluso, la necesidad de averiguar si lo que se cuestiona realmente no es el mismo modelo de negociación a través de los órganos institucionales que conocemos como Mesas de Negociación, que se desbordaría legalmente en favor de la capacidad del sindicato representativo como un puro agente negocial, sin que en este último supuesto el proceso convencional deba cumplirse a través de la forma orgánica establecida legalmente ¹⁰⁵.

Dada la esencial función articuladora del artículo 30 de la LORAP ¹⁰⁶, parece que lo más sensato es reconocer la existencia de un doble modelo de legitimación negocial para estar presente y actuar como representante en las Mesas de Negociación en función de la materia que se desea abordar, configurándose así una geome-

¹⁰⁵ Como dato de interés debe advertirse que la legislación autonómica sobre función pública, en la apertura de nuevos espacios convencionales a la intervención de las representaciones de los funcionarios públicos, toma como modelo el de la negociación con las organizaciones sindicales más representativas. Así, por ejemplo, el artículo 20.7 del Decreto Legislativo de 24 de octubre de 1995, del Consell de la Generalitat Valenciana por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de la Función Pública Valenciana, establece: «Previo negociación con las organizaciones sindicales más representativas, los secretarios generales de las respectivas consejerías podrán, por necesidades del servicio, adscribir un puesto de trabajo a una unidad orgánica distinta, o al personal funcionario que ocupe puestos no singularizados a otros de la misma naturaleza, nivel y complemento específico, siempre que, en ambos casos, no suponga cambio de localidad, situación de expectativa de destino o de excedencia forzosa». Mayor dificultad puede plantear la concreción de preceptos abiertos como la disposición transitoria primera del mismo texto legal donde se determina que: «los procesos de funcionarización serán objeto de negociación con los sindicatos».

¹⁰⁶ Y la indudable consideración de esta Ley como una norma sobre producción jurídica a la que se han de ajustar los procedimientos de producción de normas sobre condiciones de trabajo de los funcionarios públicos. Sobre la jerarquía fundada sobre la base del criterio de instrumentalidad entre normas sobre la producción jurídica y normas producidas (aunque éstas últimas se sitúen en el mismo nivel de una norma sobre producción jurídica), RUGGERI, Antonio, «Norme e tecnice costituzionali sulla produzione giuridica (Teoria generale, dogmatica, prospettive di riforma», *Politica del Diritto* 2-1987.

tría variable de la parte sindical en la composición de un órgano que aparece como evidentemente virtual ¹⁰⁷.

Al margen de los aspectos formales del problema planteado, parece oportuno tener en cuenta la enorme dificultad de introducir distinciones entre interlocutores por razón de materia, sobre todo en aquellos ámbitos donde la separación depende de una calificación dificultosa, ya que, en principio, los planes de empleo han de contener medidas que, como las de formación, promoción interna, selección o provisión de puestos de trabajo, han de ser negociadas de conformidad con las reglas de representación establecidas en el art. 31.1 de la LORAP, con lo que difícilmente se va a poder introducir diferenciaciones por razón de legitimación en procesos de negociación que por naturaleza suelen ser de una enorme fluidez y en los que se utiliza de una manera relajada y hasta elástica los presupuestos legales, sustituyéndose a menudo las reglas de legitimación por el cómodo expediente del mutuo reconocimiento entre las partes como interlocutores válidos ¹⁰⁸.

La legislación vigente no determina a que órganos sindicales se les reconoce legitimación para participar en el proceso convencional y convertirse en titulares del derecho a formar parte de la Mesa de Negociación. Al respecto se ha afirmado que en base a lo dispuesto en los arts. 6.2 b) y 7.1 b) de la LOLS, en la Mesa General de la Administración del Estado estarán las Federaciones de función pública de los sindicatos más representativos a nivel estatal, las Federaciones de función pública afiliadas a organizaciones sindicales más representativas de Comunidad Autónoma, según lo establecido en el art. 7.1. b) de la LOLS, y las Federaciones o Confederaciones no incluidas en los apartados anteriores que hayan obtenido, en la Administración del Estado, un 10 por 100 o más de los Delegados de Personal y miembros de las Juntas de Personal ¹⁰⁹. Otras posiciones optan por remitir a las normas internas que contengan los respectivos estatutos de cada organización la determinación de la instancia sindical legitimada a tales efectos ¹¹⁰. En cambio, las normas de autoorganización de los

¹⁰⁷ En el trabajo de ROQUETA BUJ, Remedios, *La negociación colectiva en la función pública*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, págs. 109-112 y 124, se admite la existencia de una «super-mesa general de negociación» cuyo ámbito personal, funcional y territorial de representación coincide con la Mesa General, con lo que difícilmente se puede mantener la autonomía sustancial de esta nueva unidad de negociación, cuya función última estriba en encuadrar temporal y materialmente el proceso de negociación a desarrollar en la Mesa General de Negociación correspondiente.

¹⁰⁸ Tal como afirma para el ámbito privado VALDÉS DAL-RE, Fernando, «La reforma de las reglas de legitimación negocial (I)» *Relaciones Laborales* 1994-I, pág. 56.

¹⁰⁹ REY GUANTER, Salvador del, *Comentarios a la Ley de Órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones públicas*, MAP, Madrid, 1988, págs. 191-192.

¹¹⁰ SALA FRANCO, Tomás; ROQUETA BUJ, Remedios, *Los derechos sindicales de los funcionarios públicos*, Tirant lo Blanch, Valencia 1995, pág. 249.

ámbitos negociales ¹¹¹ obvian toda predeterminación legal o estatutaria y remiten a un modelo de designación directa de participantes por las estructuras sindicales ¹¹², más propio de los supuestos de participación institucional en órganos colegiados, desconsiderando toda posible conexión directa o indirecta con las bases de representación de los sindicatos en las Administraciones públicas, olvidando así que el art. 30 de la LORAP no utiliza el término estricto de «sindicatos» sino el más amplio de «organizaciones sindicales» ¹¹³.

En todo caso, la designación de representantes por los sindicatos o las federaciones sindicales no parece posible en aquellos casos en que el ámbito de negociación, y el órgano negocial establecido, es coincidente con el de una sección sindical válidamente constituida ¹¹⁴, supuesto que va a producirse con naturalidad en el ámbito de las Entidades Locales, y con relativa frecuencia en el de las Comunidades Autónomas uniprovinciales. Aquí el sindicato como tal sólo puede hacerse presente en la negociación a través de su sección sindical.

IX. CONSTITUCIÓN Y FUNCIONAMIENTO DE LOS ÓRGANOS NEGOCIALES

Identificados los sujetos legitimados para participar en el proceso convencional, hay que señalar como una de las lagunas más notables del sistema de negociación colectiva en la función pública la ausencia de regulación sobre la constitución y el funcionamiento de los órganos negociales.

En el art. 87 del ET se consideran legitimados para negociar convenios de empresa las representaciones sindicales que, en su conjunto, sumen la mayoría de los miembros del Comité de Empresa. En los de

¹¹¹ El «Reglamento de la II Mesa General de Negociación de la Junta de Extremadura» (DOE de 12 de marzo de 1992), se limita a señalar que cada organización sindical designará un determinado número de miembros —FSP-UGT, FSAP-CCOO y CEMSATSE, dos, y CSI-CSIF, cuatro—. Con una mayor rotundidad en el artículo 2, del «Proyecto de Reglamento de la Mesa General de Negociación de empleados públicos de la Comunidad Autónoma de Canarias» (BOCAC de 23 de diciembre de 1994), se establece que: «La Mesa General está compuesta por los representantes nombrados, en razón de sus cargos, por el Gobierno de la Comunidad Autónoma, cuatro vocales y un asesor por cada una de las centrales sindicales con representación en su ámbito de actuación», dicho proyecto se ha publicado como anexo al Anuncio de la Dirección General de Trabajo de la Comunidad de Canarias relativo a los acuerdos sobre concentración social en la Comunidad (BOCAC de 23 de diciembre de 1994).

¹¹² A un modelo de designación basado en un «total discrecionalidad» se refiere GARCÍA FERNÁNDEZ, Manuel, Representatividad sindical y negociación colectiva en el sector público», AL 42 (1988), págs. 2.471.

¹¹³ Véase al respecto la interesante STS de 3 de abril de 1995 (Ar. 2.997).

¹¹⁴ La STC 208/1993, de 28 de junio, establece que: «No puede, en consecuencia, el sindicato recurrente irrogarse una representación a efectos de negociación colectiva de ámbito de empresa, que legalmente no le corresponde sino a las representaciones electivas, o, en su caso a las representaciones sindicales en la empresa».

ámbito superior a la empresa se entenderá válidamente constituida la comisión negociadora cuando los sindicatos, federaciones o confederaciones sindicales que reúnan el requisito de la legitimidad negocial representen, como mínimo, a la mayoría absoluta de los miembros de los comités de empresa y delegados de personal, constituyéndose la comisión negociadora, sin perjuicio del derecho de todos los sujetos legitimados a participar en ella en proporción a su representatividad.

Así pues, en los dos casos se exige un criterio proporcional y mayoritario para la constitución y el funcionamiento de la comisión negociadora, referido al resultado de las elecciones a miembros de los comités de empresa y delegados del personal.

Dicho criterio no es trasladable al sistema de relaciones colectivas establecido para la función pública. La distribución de los puestos correspondientes a la representación sindical que se quiere proporcional a los resultados obtenidos en los órganos unitarios choca frontalmente con la legitimación negocial obtenida a través del mecanismo de la «irradiación», ya que la representatividad a escala estatal o autonómica se considera título suficiente para participar en las negociaciones que se puedan desarrollar en todos los niveles de la estructura negocial. Por si esto fuera poco, se ha de tener en cuenta que el ámbito de las Mesas de Negociación no tiene por qué coincidir con el de los órganos unitarios de los que en buena lógica debería desprenderse la proporcionalidad deseada. Se rompe así el continuismo representativo entre el sistema de representación unitaria y el de la representación sindical que sólo funciona y se mantiene donde las unidades generales de negociación coinciden con las representaciones unitarias y éstas con las sindicales ¹¹⁵.

De aquí que cuando la jurisprudencia se ha planteado el problema de la composición de las Mesas de Negociación haya optado por un criterio de estricta paridad de las organizaciones sindicales legitimadas para negociar en un ámbito determinado ¹¹⁶, sin otorgar relevancia al

¹¹⁵ Como se plantea en el artículo 4.1 de los «Acuerdos de condiciones laborales 1994-1996 para el personal del Ayuntamiento de Barcelona», aprobados por el Consejo Pleno de 23 de diciembre de 1994, Ayuntamiento de Barcelona, Imprenta Municipal, s/f: «La representación de los miembros de la Comisión Negociadora se ajustará a la representatividad que las Organizaciones sindicales, profesionales o coaliciones reconocidas en el Consistorio ostenten dentro del Órgano de Representación». La misma redacción en el artículo 42 del «Convenio colectivo para el personal laboral y pacto para el personal funcionario del Ayuntamiento de Alcarràs 1994-1996» (BOP Lérida de 16 de febrero de 1995), y en el artículo 47 del «Pacte de Condicions per a funcionaris de l'Ajuntament de la Jonquera 1995-1996» (BOP Girona de 29 de agosto de 1995).

¹¹⁶ STS de 8 de julio de 1992 (Ar. 6.254). La consecuencia obvia de este planteamiento es que el número de miembros del banco sindical habrá de fijarse sobre la base del que sea más adecuado para posibilitar la representatividad de cada una de las organizaciones sindicales con derecho a participar en la Mesa de Negociación, criterio que se viene aceptando para la constitución de las comisiones negociadoras de los convenios colectivos de algunas Administraciones públicas, tal como se refleja en la SAN de 17 de mayo de 1996 (Ar. 1.794).

distinto peso representativo de cada grupo, posición que se entiende como lógica cuando la representación no está fundada directamente sobre un mecanismo electivo de carácter universal, lo que comportaría entonces el reconocimiento automático del principio mayoritario, fuera de este mecanismo el principio de la mayoría pierde su sentido original y puede ser sustituido por un sistema legal de individualización de los sujetos representativos lo que permite fundamentar la bilateralidad de la relación posterior.

En todo caso, la representación paritaria hay que referirla exclusivamente a los miembros sindicales de la Mesa de Negociación, sin confundirla con una composición paritaria de la misma que puede o no darse, y que no debe afectar a los miembros de la representación de la Administración que a todos los efectos forman un todo unitario.

La voluntad de identificar la representación negocial con la electiva está en la base de algunos preceptos legales, como el art. 50.3 de la Ley 9/1994, de 29 de junio, de Reforma de la legislación relativa a la Función Pública de la Generalitat de Catalunya, al remitir la composición de la representación sindical a criterios de proporcionalidad, según los resultados obtenidos en cada proceso electoral. Planteamiento que se repite en el acuerdo sobre la articulación del proceso de negociación colectiva entre la Administración Regional de Murcia y las organizaciones Sindicales ¹¹⁷, cuyo capítulo II, A, punto 3, establece que: «El número de representantes de los Sindicatos y Organizaciones Sindicales en la Mesa General de Negociación se realizará en proporción a su representatividad respectiva». Sin que en ninguno de los supuestos se establezca ningún parámetro de referencia del que sea posible extraer el cómputo de la representatividad.

En estos casos la introducción del criterio de proporcionalidad limita sus efectos a la constitución material de la Mesa de Negociación, ya que la presencia proporcional no ha de presuponer la adopción de acuerdos por mayoría que puedan comprometer a las organizaciones sindicales minoritarias, pues en el sistema de negociación establecido para la función pública ninguna norma exige un determinado porcentaje para que sea posible la válida adopción de acuerdos por la parte sindical ¹¹⁸.

¹¹⁷ Publicado por Orden de 30 de abril de 1992 de la Consejería de Administración Pública e Interior (BORM de 11 de mayo de 1992).

¹¹⁸ Contradictoriamente, véase el «Reglamento de la II Mesa General de Negociación de la Junta de Extremadura» (DOE de 12 de marzo de 1992), cuyo art. 15 prevé que: «La adopción de Pactos o Acuerdos requerirá del voto favorable de la Administración y de las Organizaciones Sindicales que representen, al menos un 50% de los miembros de las Juntas de Personal». En la misma dirección el art. 7 del «Proyecto de reglamento de la Mesa General de Negociación de empleados públicos de la Comunidad Autónoma de Canarias» (BOCAC de 23 de diciembre de 1994), cuyo art. 7 señala que: «Los acuerdos y/o pactos podrán adoptarse por la Administración y la mitad más una de las organizaciones sindicales representadas en la Mesa General».

Es más, la exigencia de un consentimiento mayoritario en la parte sindical para la adopción de acuerdos no parece coherente con el modelo de negociación ideado por el legislador, ya que en principio puede considerarse válido el acuerdo suscrito por una sola representación sindical presente en la Mesa de Negociación, al igual que es posible la continuación del proceso de negociación en los casos de no comparecencia o abandono de alguna de las organizaciones sindicales legitimadas para la válida constitución de las Mesas de Negociación, aunque ello comporte una composición minoritaria en términos representativos del correspondiente banco social que no debe necesariamente operar y deliberar con la mayoría de sus miembros legales ¹¹⁹.

En realidad, la legislación sobre participación de las organizaciones sindicales en la determinación de las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos se limita a poner a disposición de las partes legitimadas un procedimiento convencional de elaboración de disposiciones y resoluciones relativas a las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos, excluyendo cualquier otra limitación o condicionamiento, ya que en el marco público el proceso negocial no supone un derecho a obtener un resultado, sino un derecho a poder adoptar las conductas instrumentales tendentes a la consecución de acuerdos y pactos, sin que ello prejuzgue el alcance y validez del resultado obtenido que se constituye en base a las potestades de la propia Administración pública.

La participación en una Mesa de Negociación no tiene otro significado que la legitimación para concertar, esto es, para presentar y discutir propuestas sobre materias concretas, sin que pueda pretenderse una obligación de la Administración pública de seguir indefinidamente un proceso negociador o aceptar los puntos de vista de la otra parte en la negociación, quedando intocada la facultad de la representación pública para llegar a una propuesta de acuerdo con quien esté dispuesto a aceptarlo ¹²⁰.

De aquí la extraordinaria importancia que cabe otorgar a la dinámica negocial en el seno del modelo público, dados los graves peligros

En el sistema laboral la selección de los sujetos capacitados para convenir, la exigencia de una representatividad reforzada para poder constituir válidamente la comisión que ha de negociar un determinado convenio y la imposición de una mayoría cualificada para la adopción de los acuerdos para cada una de las partes negociadoras se erigen como necesarias contrapartidas para la organización de un sistema contractual colectivo de validez y eficacia general, mientras que en el sistema de negociación para la determinación de las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos la validez y eficacia de los acuerdos dependen de su aprobación expresa y formal por los órganos de gobierno de las Administraciones públicas.

¹¹⁹ Cuestión distinta es la existencia de una obligación por parte de la Administración que inicia el proceso negociador de convocar a los sujetos legitimados para participar en la correspondiente Mesa Negociadora, considerándose la ausencia de convocatoria una conducta no ajustada a la legalidad y que vicia todo el proceso por entero, tal como señala la STS de 25 de mayo de 1993 (Ar. 5.038).

¹²⁰ Véase al respecto la SAN de 14 de enero de 1990 (RGD 559-1991).

y riesgos que para la libertad sindical puede conllevar un proceso negociado sólo por un sindicato minoritario, como resultado de una posición negociadora tendente a la no comunicación de la apertura del proceso, a su abandono o fracaso de la negociación con las organizaciones suficientemente implantadas como práctica antisindical.

Asimismo, no parece legítima la aceptación discrecional de un pacto o acuerdo con una organización minoritaria cuando su fin último sea perjudicar el ejercicio de la libertad sindical desautorizando la representación de terceros, ya que el hecho mismo de las negociaciones supone el nacimiento de específicas obligaciones legales relacionadas con el mantenimiento del principio de buena fe y lealtad recíproca y, por tanto, la exigencia de la consideración de los intereses de la otra parte y de comportamiento consecuente o prohibición de ruptura sin motivo, capaces de llegar a desencadenar, además de las reacciones pertinentes por conducta antisindical de las Administraciones públicas ¹²¹, la correspondiente responsabilidad por *culpa in contrahendo* ¹²².

En el terreno práctico, el artículo 31,3 de la LORAP establece que la Mesa General y las Mesas Sectoriales de negociación se reunirán, al menos, una vez al año, en la fecha que de común acuerdo se haya fijado entre los órganos de gobierno y los sindicatos, para la negociación de las materias que se estimen negociables de conformidad con los parámetros legales y los intereses de las partes. Igualmente tendrán lugar reuniones por decisión de la Administración Pública correspondiente; por acuerdo entre ésta y las Organizaciones Sindicales presentes en la correspondiente Mesa, y a solicitud de todas las Organizaciones Sindicales presentes en las respectiva Mesa ¹²³.

¹²¹ Podrían considerarse prácticas antisindicales la firma de un acuerdo con un sindicato dominado o instrumentalizado por la Administración pública o la actitud de favorecer en la negociación a un determinado sindicato minoritario en detrimento de los mayoritarios, tal como se señala en CABEZA PEREIRO, Javier, *La buena fe en la negociación colectiva*, Xunta de Galicia, Escola Galega de Administración Pública, Santiago de Compostela, 1995, págs. 102-107.

¹²² Sobre la posible responsabilidad de la Administración pública en el desarrollo de su actividad convencional, véase PAREJO ALFONSO, Luciano, *Eficacia y Administración. Tres estudios*, INAP-BOE, Madrid 1995, págs. 209-210.

¹²³ El «Proyecto de Reglamento de la Mesa General de Negociación de empleados públicos de la Comunidad Autónoma de Canarias» (BOCAC de 23 de diciembre de 1994), establece que la Mesa General deberá reunirse al menos dos veces al año, una por semestre, pudiendo ser convocada por su presidente —el Consejero de Trabajo y Función Pública— a propuesta de la Administración, por acuerdo entre su representación y la mitad más una de la representaciones sindicales presentes en la Mesa General, y por acuerdo de un mínimo de tres de las Organizaciones sindicales presentes en la Mesa General, debiendo reunirse antes de los diez días naturales. El «Reglamento de la II Mesa General de Negociación de la Junta de Extremadura» (DOE de 12 de marzo de 1992), prevé que la Mesa General de Negociación deberá reunirse en períodos de sesiones, al menos una vez al año y, en todo caso, a instancias de un coordinador designado entre los miembros representantes de la Administración, en cualquiera de los siguientes supuestos: a) Por decisión de la representación de la Administración Autonómica; b) Por acuerdo entre la representación de la Administración y la de las Organizaciones Sindicales que podrá producirse al

Si bien la fecha para convocar las Mesas se hace depender del mutuo acuerdo entre los órganos de gobierno y los sindicatos representativos, nada se dice en la LORAP sobre quien debe tomar la iniciativa para activar el proceso y ordenar el sistema de negociación. En los supuestos en que se ha producido una institucionalización de las Mesas de Negociación, fuera de los períodos de negociación establecidos y determinados por el mecanismo del artículo 33 de la LORAP, esa competencia parece estar atribuida a una figura integrada en la representación de la Administración —presidente o coordinador—, actuándose, como ya hemos dicho, por decisión de la propia Administración; por acuerdo entre las partes o a solicitud de todas las organizaciones sindicales presentes en el órgano negociador, teniendo en cuenta que en caso de producirse una inactividad administrativa no justificada por causa legal o convencional en la producción de la convocatoria para el desarrollo del proceso convencional, cualquiera de las organizaciones sindicales legitimadas para negociar puede acudir al juez administrativo para que ordene a la Administración la convocatoria del órgano y el inicio del correspondiente proceso de negociación ¹²⁴.

X. EL ÁMBITO MATERIAL DE LA NEGOCIACIÓN EN LA FUNCIÓN PÚBLICA. ENCUADRAMIENTO Y LÍMITES

El art. 32 de la LORAP determina las materias que serán objeto de negociación en el ámbito respectivo y en relación con las competencias que la Administración pública tenga atribuidas.

Estamos así ante una relación de campos de actuación que son susceptibles de negociación en función de las competencias que cada Administración pública pueda ostentar sobre ellos y del ámbito de cada una de las Mesas de Negociación.

De aquí que en su análisis puedan traerse las técnicas y los conceptos elaborados para el tratamiento de la distribución de competen-

término de cada período de sesiones, con fijación de la fecha de convocatoria; c) Por solicitud de todas las organizaciones sindicales presentes en la Mesa General de Negociación, que igualmente podrá ser expresada al término de cada período de sesiones. En ambas reglamentaciones se prevé la posibilidad de que las partes aporten cuestiones para el debate de entre las señaladas en la legislación vigente a efectos de negociación. El «Acuerdo regulador del personal funcionario del Ayuntamiento de Carnota 1995» (DOG de 4 de marzo de 1996), en su artículo 9, prevé que: «3. Las reuniones de la mesa de negociación del ayuntamiento tendrán lugar con una periodicidad al menos trimestral, sin perjuicio de la celebración de cuantas reuniones sean precisas a petición de cualquiera de las partes. 4. El orden del día de las reuniones será determinado conjuntamente, pudiendo incluir cualquiera de las partes cuantos asuntos consideran oportunos. Las partes serán notificadas formalmente de la celebración de las reuniones con una antelación mínima de 48 horas, poniendo simultáneamente a su disposición toda la documentación relativa a los asuntos incluidos en el orden del día, a los efectos de su conocimiento y estudio previo».

¹²⁴ Circunstancia ya producida en el contexto italiano, véase DE GIORGI CEZZI, Gebrella, «Diritti sindacali e "prerogative" ministeriali: cronaca di un "conflitto" fra pubblici poteri», *Foro Amministrativo*, settembre 1988, págs. 2.548-2.558.

cias y funciones públicas entre los distintos entes territoriales surgidos al amparo de la Constitución de 1978 y los Estatutos de Autonomía.

La noción de materia se refiere ordinariamente a un objeto entendido como un sector de la realidad social jurídicamente calificado y acotado sobre el que recae la competencia. La delimitación de este ámbito no está sujeta a un criterio uniforme, remitiéndose, en ocasiones, a una actividad pública, un bien, un tipo de relación jurídica, una institución, una técnica de regulación o una acción de un aparato público, que se constituye como elemento objetivo de la materia ¹²⁵.

El segundo elemento de la materia es el contenido y lo constituye el tipo de intervención que los poderes públicos pueden ejercer sobre el objeto material. Puede tratarse, por ejemplo, de una actividad de programación, de planificación, de ordenación, de control, de sanción, de exacción, de subvención, de registro, de autorización o de ejecución.

Así, el contenido material de la competencia está configurado por un tipo de actividad de los poderes públicos, conformadora de una forma de actuación específica sobre el objeto en función de un fin inherente a la misma. La alusión al fin indica un objetivo a conseguir por la actividad definida a partir del objeto y del contenido ¹²⁶.

Las competencias se clasifican y distinguen por razón de materia, pero también en atención a las potestades o funciones jurídicas, distinguiéndose al respecto entre una función legislativa, una función reglamentaria, una función ejecutiva o administrativa e incluso una pura actividad material o técnica. Las funciones jurídicas no deben confundirse con el objeto de las materias competenciales: sobre un mismo objeto pueden ejercerse diversas potestades con distintas medidas. De la misma manera, el mismo tipo de función puede separarse por niveles o procesos y distribuirse entre dos entes, distinguiéndose, por ejemplo, entre legislación básica y de desarrollo, o, desde una perspectiva procedimental, referirse a una fase de un procedimiento de ejercicio de una función; así, dentro de la función legislativa, puede distinguirse sin dificultad la diferencia entre el ejercicio de la iniciativa legislativa, el procedimiento legislativo o la aprobación y publicación de las leyes ¹²⁷.

Por tanto, para conocer el alcance de cada competencia no hay que contar sólo con el objeto material a que se refiere, sino que es necesario precisar también la función que en ella se ejercita y su contenido exacto ¹²⁸. Ello puede referirse sin temor a la distribución de compe-

¹²⁵ MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Derecho público de las Comunidades Autónomas (I)*, Civitas, Madrid, 1982, págs. 371-373.

¹²⁶ VIVER I PI-SUNYER, Carles, *Materias competenciales y Tribunal Constitucional*, Ariel, Barcelona, 1989, págs. 36-37.

¹²⁷ BLASCO, Avelino, «Sobre el concepto de competencias exclusivas», *REDA* 29 (1981), págs. 307-317.

¹²⁸ MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Derecho público de las Comunidades Autónomas (I)*, Civitas, Madrid, 1989, pág. 373.

tencias entre autonomías territoriales, pero también a la distribución entre materias objeto de determinación a través de procedimientos convencionales o unilaterales, es decir, entre materias de la competencia de cada ente que han de referirse a la autonomía colectiva y las que se predicen exclusivamente de la autonomía de los órganos de gobierno fundamentada en su capacidad política en el marco de la ley.

Conviene recordar que, tal como establecen los arts. 35 y 37 de la LORAP, lo que es objeto de negociación son los ámbitos competenciales de los órganos de gobierno del Estado, las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales y de sus órganos administrativos sobre las materias previstas en el art. 32 LORAP, con independencia de la potestad o función jurídica que sobre ellos pueda ejercitarse.

Obviamente, ello incluye la iniciativa legislativa del Gobierno, el ejercicio de su función reglamentaria, la función de dirección que se produce emanando órdenes, instrucciones o circulares y, por último, la adopción de aquellas decisiones generales de carácter administrativo que por su importancia están encomendadas directamente al órgano de gobierno.

Ello incluye también las decisiones administrativas de carácter general que adopten los órganos administrativos creados por disposiciones específicas y situados en las correspondientes estructuras administrativas, que conviene distinguir de las simples unidades administrativas sin competencias decisorias atribuidas y, por tanto, sin reflejo externo.

Así, lo que se negocia sobre un conjunto de materias es la iniciativa legislativa de los órganos de gobierno ¹²⁹, su potestad reglamentaria o la de uno de sus miembros y su función ejecutiva. De igual manera lo que se negocia con un órgano administrativo es el ámbito de discrecionalidad que las leyes le permiten para la adopción de un acto administrativo de carácter general o con efectos plurales, ya que, por la propia naturaleza colectiva del sistema y del estatuto sobre el que se proyecta, no parece que hayan de ser objeto de negociación los actos singulares de carácter individual que afecten a un funcionario público.

Este proceso se proyecta sobre un conjunto de materias determinadas en el art. 32 de la LORAP que serán objeto de negociación en el correspondiente ámbito estatal, autonómico o local, siempre en relación con las competencias que cada Administración pública tiene atribuidas.

Dicho artículo contiene la totalidad de materias sobre las que puede producirse la negociación, dividiéndose su estructura normativa en dos partes perfectamente diferenciadas.

¹²⁹ Es evidente que existen otras funciones legislativas de determinados niveles de gobierno que pueden ser objeto de negociación como son las que se producen a través de los Decretos-Leyes o los Decretos Legislativos.

La primera articula una relación concreta de materias que podrán ser objeto de negociación:

a) El incremento de las retribuciones de los funcionarios y del personal estatutario de las Administraciones públicas que proceda incluir en el correspondiente Proyecto de Presupuestos.

b) La determinación y aplicación de las retribuciones de los funcionarios públicos.

c) La preparación y diseño de los planes de oferta de empleo público.

d) La clasificación de puestos de trabajo.

e) La determinación de los programas y fondos para la acción de promoción interna, formación y perfeccionamiento.

g) Los sistemas de ingreso, provisión y promoción profesional de los funcionarios públicos.

h) Las propuestas sobre derechos sindicales y de participación.

i) Medidas sobre salud laboral.

En la segunda se rompe el modelo de cláusulas cerradas y se amplía notablemente el contenido de la negociación a través de dos apartados que parecen actuar como contenedores generales permitiendo incluir todo lo no recogido en las cláusulas anteriores, así:

j) Todas aquellas materias que afecten, de algún modo, al acceso a la Función Pública, Carrera administrativa, retribuciones y Seguridad Social, o a las condiciones de los funcionarios públicos y cuya regulación exija norma con rango de ley.

k) Las materias de índole económica, de prestación de servicios, sindical, asistencial, y en general cuantas otras afecten a las condiciones de trabajo y al ámbito de relaciones de los funcionarios públicos y sus Organizaciones Sindicales con la Administración.

A partir de aquí puede afirmarse, como se ya hecho ¹³⁰, que todas aquellas cuestiones de interés de las partes son susceptibles de negociación pudiendo éstas ocuparse de cuantas materias afecten a las condiciones de trabajo y a las relaciones de los funcionarios públicos y sus organizaciones sindicales con la Administración pública, o bien, puede plantearse que en aquellas materias que son objeto de cláusulas específicas y cerradas habrá que estar forzosamente al contenido y fin de estas cláusulas, pues una lectura distinta conduciría a la innecesariedad del primer bloque del precepto, ya que a efectos normativos bastaría con el segundo.

Es más, a mi juicio, es fundamental establecer el contenido concreto, en términos de actividad jurídica, en el que se inserta el derecho a la negociación de las condiciones de trabajo de los funcionarios públi-

¹³⁰ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, Juan José; RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana, *La negociación colectiva de los funcionarios públicos*, CEDECS, Barcelona 1996, pág. 138, con abundantes referencias doctrinales.

cos, es decir, no es lo mismo la negociación del incremento de las retribuciones que su determinación y aplicación, al igual que conviene diferenciar las actividades preparatorias y de diseño interno de la oferta pública del acto de aprobación de la misma, de forma similar conviene distinguir entre la clasificación de puestos de trabajo y la relación de puestos de trabajo; en resumen, puede afirmarse que el contenido material de la competencia negocial no tiene por qué ser forzosamente coincidente con su ámbito objetivo.

Además, en el análisis de la competencia negocial hay que tener en cuenta que su ámbito material sólo puede deducirse con relación al concreto fin, al interés singularmente protegido, que una determinada actuación o relación jurídica posee en el conjunto constituido por el entero estatuto de la función pública correspondiente, de aquí que en la mayoría de los casos los ámbitos que han de ser objeto de negociación sólo puedan deducirse de las especificaciones estatutarias establecidas por los principios constitucionales y las diferentes leyes sobre función pública ¹³¹, es decir, del ordenamiento jurídico-público en el que se inserta el procedimiento convencional en materia de función pública.

Ello imposibilita una lectura abierta y no determinada de la cláusula contenida en el apartado k) del art. 32 LORAP, cláusula que sin duda autoriza una expansión controlada de la negociación colectiva hacia ámbitos no cubiertos por la reserva estatutaria, pero que no permite ignorar el sistema de distribución de competencias negociales por razón de contenido y materia establecido en el mismo texto que habilita el procedimiento negocial y opera como presupuesto de la validez de la negociación, así como el que pueda desprenderse de las especificaciones constitucionales y de las distintas leyes, estatales y autonómicas, sobre función pública.

El hecho de que el apartado j) del art. 32 de la LORAP permita la negociación de la iniciativa legislativa del Gobierno en todas aquellas materias que afecten de algún modo al acceso, la carrera administrativa, las retribuciones, la seguridad social y las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos, representa una de las peculiaridades más notables del derecho a la negociación colectiva en el ámbito público en comparación con el sector laboral donde son numerosas las formas de condicionamiento de los procesos normativos por actividades consultivas o negociales, pero sin llegar nunca a su formalización y plasmación legal.

En el sistema público lo que se negocia es la iniciativa legislativa del Gobierno con independencia de su resultado final, configurándose

¹³¹ Como acertadamente se sostiene por SALA FRANCO, Tomás; ROQUETA BUJ, Remedios, *Los derechos sindicales de los funcionarios públicos*, Valencia 1995, pág. 264.

la negociación como un requisito procedimental de su formación ¹³². Aunque el régimen jurídico de la iniciativa legislativa del Gobierno no está, hoy por hoy, en la Constitución ni en ninguna otra parte del ordenamiento jurídico ¹³³, parece que la negociación debería producirse con posterioridad a que el Consejo de Ministros adoptara un acto de asunción inicial de un anteproyecto de ley y concluiría con un acto de aprobación formal del texto negociado como proyecto de ley a los efectos de su remisión al Congreso de los Diputados.

En todo caso, tanto el incumplimiento de la obligación de negociar o la modificación antes de su remisión al Parlamento del proyecto negociado son de difícil sanción jurídica, ya que la jurisprudencia ¹³⁴ considera como un acto político la puesta en marcha de medidas legislativas, lo que deja sin posibilidad de control jurisdiccional el eventual incumplimiento de los actos negociales del ejecutivo que afectan a su capacidad de iniciativa legislativa ¹³⁵.

Por lo demás, en el procedimiento de formación de las leyes, los defectos de participación a nivel de iniciativa no afectan al esquema representativo y se absorben en el poder decisorio reservado en exclusiva a las asambleas legislativas, si no se quiere aceptar el riesgo de que este tipo de participación termine por alterar las reglas sobre representación política, devaluando la función parlamentaria y afectando a los depositarios de una legitimación popular de carácter más general que la correspondiente a los sujetos de la autonomía colectiva. Así, desde una perspectiva constitucional, puede afirmarse que los actos negociales y los procedimientos preliminares al ejercicio de la iniciativa legislativa y al momento de presentación a las Cámaras del acto de iniciativa quedan excluidos del mismo procedimiento legislativo ¹³⁶.

Otra cosa es que el contenido del acuerdo incorporado al proyecto del ley acabe condicionando la tramitación y la decisión parlamentaria, de forma tal que, debido a la actitud que adopta la mayoría

¹³² MAESTRO BUELGA, Gonzálo, «El ámbito material de la negociación colectiva de los funcionarios públicos», *RVAP* 41 (1995), pág. 855.

¹³³ EMBID IRUJO, Antonio, «Funciones constitucionales y actos del gobierno», en PAREJO ALFONSO, Luciano (Edición a cargo de), *Estudios sobre el Gobierno. Seminario sobre el proyecto de Ley reguladora del Gobierno*, Universidad Carlos III. BOE, Madrid, 1996, pág. 244-245.

¹³⁴ La STS de 25 de octubre de 1990 (Ar. 7.972), señala que: «La iniciativa legislativa..., no puede ser sustituida por una orden judicial, a acordar en una sentencia dictada dentro de un recurso contencioso-administrativo, que imponga al Gobierno, o al Consejo de Ministros, la aprobación y remisión a las Cortes Generales de un determinado proyecto de ley; pues tal iniciativa legislativa responde..., a un acto político del Gobierno, ..., el cual no es susceptible de impugnación ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, ..., conforme a lo dispuesto *sensu contrario* en los arts. 37 y 1 de la Ley Reguladora de esta Jurisdicción a tenor de lo establecido en el art. 2 b) de la misma».

¹³⁵ PORRAS NADALES, Antonio J., «Actos políticos y función de dirección política», *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario* 3 (1993), págs. 136-140.

¹³⁶ MARTINES, Temistocle, «Note sul procedimento di formazione delle fonti del diritto», *Scritti in onore di Constantino Mortati*, 2, Giuffrè Editore, Roma, 1977, págs. 333-339.

parlamentaria que apoya la iniciativa del Gobierno, la intervención de la asamblea representativa cumpla funciones de sanción más que de ejercicio de poder normativo autónomo, sin que ello autorice a tomar el acuerdo como un presupuesto necesario y vinculante de la ley ¹³⁷.

De aquí que la exigibilidad de la negociación en las materias reservadas a la ley y su garantía exterior a través del control jurisdiccional se encuentre muy mediatizada por la interposición de las funciones que aseguran los órganos constitucionales a través de actos y decisiones políticas que regulan las relaciones entre poderes fundamentales del Estado con cobertura en la propia Constitución, siendo insusceptibles de enjuiciamiento por los tribunales ordinarios aquellos actos que pueden ejercer una influencia efectiva sobre los procesos de producción de normas primarias, que en todo caso podrán ser fiscalizados por el Tribunal Constitucional para determinar la incidencia de los llamados actos constitucionales en la validez de las normas legales ¹³⁸.

Así, la sanción última por el incumplimiento de los acuerdos alcanzados que vinculen la capacidad legislativa de los órganos de gobierno ha de resultar forzosamente del empleo de los medios de autotutela a disposición de los sujetos sindicales que se quiera subordinar, apareciendo dichos acuerdos como meras convenciones entre sujetos políticos capaces de influencia recíproca, en un marco que, salvo que se admita la conexión del derecho de libertad sindical con el derecho de negociación colec-

¹³⁷ MAESTRO BUELGA, Gonzalo, «Negociación y participación en el proceso legislativo», *RDP* 32 (1991), págs. 97-98.

¹³⁸ Conforme a la doctrina sentada por la STS de 20 de abril de 1993 (Ar. 5.118), frente a un recurso que pretendía la declaración de inconstitucionalidad de la actuación del Consell Executiu de la Generalidad Valenciana al remitir a las Cortes el Proyecto de Ley de Presupuestos Generales de la Generalidad Valenciana para 1990, sin haber convocado a la Mesa General de Negociación de la Función Pública.

Conviene recordar la doctrina que defiende el control de constitucionalidad de la ley en cuanto acto legislativo, lo que incluye el de todos los requisitos necesarios para su elaboración, comprendidos los presupuestos o pasos previos a la formulación de la iniciativa legislativa, recordando al efecto la STC 181/88, de 13 de octubre, por la que se declara inconstitucional el párrafo tercero de la Disposición final tercera de la Ley 30/83, al no haberse respetado los requisitos impuestos en el Estatuto de Autonomía de Catalunya (Disposición adicional sexta) que exige, en materia de cesión de tributos del Estado, que antes de la presentación de proyectos de ley se produzca un acuerdo entre la Generalitat y el Gobierno. Para el Tribunal Constitucional, esta norma entronca con el principio de lealtad y colaboración constitucional por el que se postula la adopción de procedimientos de consulta, negociación y, en su caso, acuerdo. Su incumplimiento supone un vicio de inconstitucionalidad formal, ya que el respeto de las formas y procedimientos constitucionalmente exigibles no están a disposición de los sujetos obligados. Sin embargo, otras decisiones del Tribunal Constitucional, como la Sentencia 108/86, de 26 de julio, han desestimado el vicio de inconstitucionalidad al haberse producido el defecto denunciado en el procedimiento administrativo previo al envío del proyecto de Ley al Congreso. Tomamos estos datos del trabajo de BIGLINO CAMPOS, Paloma, *Los vicios en el procedimiento legislativo*, CEC, Madrid, 1991, págs. 102-109.

En todo caso, el control del Tribunal Constitucional sobre estos actos se habrá de fundamentar en la lesión de un derecho fundamental o en la actuación de un órgano constitucional que incida en las competencias de otro órgano creando un conflicto con relevancia jurídica externa, tal como se mantiene en GÓMEZ MONTORO, Ángel J., *El conflicto entre órganos constitucionales*, CEC, Madrid, 1992, págs. 381-385.

tiva de los funcionarios públicos, no se puede garantizar desde un órgano exterior a pesar de la existencia de reglas formales de cobertura ¹³⁹.

Dejando al margen la negociación de las materias cuya regulación exija norma con rango de ley, es evidente que el posible ámbito negociado en el sistema público aparece condicionado por las materias reservadas por la Constitución a la ley, ya que los órganos de gobierno y los administrativos negocian en base al poder —las potestades y competencias— atribuidas por la ley, siendo las reglas que determinan las relaciones entre los productos de la negociación y la ley una transposición de las que rigen las relaciones entre la ley, las normas reglamentarias y las resoluciones administrativas, tales como la reserva de ley (arts. 28.1 y 103.3 CE), la observancia del principio de legalidad (arts. 9.3 y 103.1 CE) y la propia garantía institucional del régimen estatutario funcional (arts. 103.3 y 149.1.18 CE) ¹⁴⁰.

El artículo 103.3 CE dispone que: «La Ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, las peculiaridades del ejercicio de su derecho a sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones». Por otra parte, el art. 149.1.18 CE establece que el Estado tiene competencia exclusiva para determinar las bases del régimen estatutario de los funcionarios de las Administraciones públicas.

De esta manera, la norma suprema declara que el vínculo jurídico que une a la Administración con el funcionario ha de ser estatutario. Por tanto, un estatuto regulará los diversos elementos que integran esta relación y su contenido se fundamentará en la ley y no en la libre voluntad de las partes. Obviamente la ley no tiene por qué ser exhaustiva y regular todos los aspectos relativos al estatuto funcional; el mismo estatuto puede dejar espacios temáticos sin cubrir remitiendo su determinación a la negociación entre las partes. Es más, ésta es la técnica del estatuto de los trabajadores, en el que también juega el principio de reserva de ley: «La ley regulará un estatuto de los trabajadores» (art. 35.2 CE) ¹⁴¹.

La ley no tiene por qué regular todos los aspectos relativos al estatuto funcional, pero sí aquellos considerados como esenciales para que la institución pueda ser reconocida y tratada de forma uniforme por

¹³⁹ Para la teoría de la convención y su distinción de los actos jurídicos formales, utilizamos los conceptos de ZAGREBELSKY, G. *Manuale di Diritto Costituzionale. Il sistema delle fonti del diritto*, UTET, Torino, 1987, págs. 262-270.

¹⁴⁰ Como acertadamente señala RIVERO LAMAS, Juan, «El proceso de laboralización de la función pública: aspectos críticos y límites» *RarAP* 6-7 (1995), págs. 101-102.

¹⁴¹ BLASCO, Avelino, «La negociación colectiva de los funcionarios públicos», *REDA* 52 (1986), págs. 543-545; ENTRENA CUESTA, Rafael, «El régimen estatutario de los funcionarios públicos como postulado constitucional», en AAVV, *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, III, Madrid, 1991, págs. 2.599-2.618.

el conjunto de poderes normativos ¹⁴². De aquí la necesidad de perfilar el término «régimen estatutario», sobre todo por lo que hace referencia a las materias que integran el estatuto de los funcionarios públicos.

La doctrina del Tribunal Constitucional ¹⁴³ ha considerado como básicas las normas relativas a la adquisición y pérdida de la condición de funcionario, incluidas las bases de los procedimientos de selección y de las convocatorias de acceso; las condiciones de promoción en la carrera administrativa; las situaciones administrativas que en la misma se puedan producir; los derechos, entre los que cabe incluir el establecimiento de las retribuciones, sus incrementos y los beneficios pasivos, los deberes y responsabilidades de los funcionarios; su régimen disciplinario; la creación e integración de los cuerpos y escalas de funcionarios; las condiciones de provisión de puestos de trabajo en las Administraciones públicas y, por último, los derechos de representación y negociación colectiva de los funcionarios públicos. Todo ello sin perjuicio de la inclusión de otros aspectos que afectan a la relación de empleo público con la Administración, tal como ha sucedido con el régimen de incompatibilidades que, al afectar al personal laboral al servicio de las Administraciones públicas, se ha incluido en un título más flexible de la competencia estatal como es el régimen jurídico de las Administraciones públicas.

Como ya se ha dicho, el legislador puede dejar espacios sin cubrir, por lo que el régimen estatutario no debe ser considerado un obstáculo insalvable para la determinación negociada de las condiciones de empleo, pero sí evidentemente una limitación, ya que las materias reservadas a la ley, que exigen un tratamiento uniforme por imperativo constitucional, son más numerosas que las establecidas en el régimen laboral.

Por otro lado, la ausencia de un derecho constitucional a la negociación colectiva para la regulación de las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos, entendido como una delegación de poderes a la autonomía colectiva para la creación de normas con fuerza vinculante entre las partes, tiene como consecuencia la inexistencia de un espacio normativo propio o reservado a los productos de la negociación, siendo éste una creación exclusiva de la ley.

Es más, en el sistema de función pública el legislador ordinario no está obligado a mantener espacios abiertos a la regulación convencional, ni encargado de promocionar la regulación autónoma de las con-

¹⁴² Sobre la garantía institucional de la función pública como un contenido material que es necesario mantener por el legislador para preservar la institución, según la opción constitucional por el régimen estatutario, MONTORO CHINER, María Jesús, «Para la reforma del empleo público: nueve proposiciones», *RAP* 136 (1995), págs. 180-182.

¹⁴³ Un amplio estudio de lo que pueda ser el concepto «régimen estatutario de los funcionarios públicos» a partir de la jurisprudencia constitucional, en TRAYTER JIMÉNEZ, Joan Manuel, *La conflictivitat competencial. Les bases del règimen estatutari dels funcionaris públics*, Institut d'Estudis Autònoms, Generalitat de Catalunya, Barcelona, 1993.

diciones de trabajo de los funcionarios más allá de lo que se considere conveniente para la configuración de una función pública democrática y el mejor cumplimiento de los fines institucionales a los que se orienta la Administración pública como organización jerárquica y profesional al servicio legal y eficaz del interés público.

Así, las relaciones entre la ley y la norma colectiva en el sistema público van a depender en cada momento del alcance o profundidad que la reserva legal exija atender, pero también del espacio asumido por el legislador a través de la técnica de la congelación de rango en aplicación del principio de primacía de la ley ¹⁴⁴.

Aquí es fundamental tener en cuenta las diferencias de estructura y posición existentes entre el sistema normativo laboral y el de la función pública.

En primer lugar, la legislación laboral española estructura sus preceptos en términos de norma mínima, admitiéndose en consecuencia una mejora de las condiciones de trabajo mediante una intervención normativa suplementaria confiada al convenio colectivo en cuanto marco más específico y adecuado para la regulación del grupo social. Esto permite que la norma especial desplace a la general para su aplicación al caso concreto, sin derogarla o contradecirla, conservando su compatibilidad con ella al tratarse de un mínimo legal que autoriza una configuración más favorable para el trabajador. La relación entre norma legal y convencional se articula alrededor de principios como el de favorabilidad, especialidad y compatibilidad de la norma convencional, configurando una específica manera de ser tradicional del ordenamiento laboral, acostumbrado a la formulación de sus preceptos en términos de condición mínima y, en consecuencia, a una regulación en cascada, cada vez en sentido más favorable, por parte de las distintas fuentes concurrentes ¹⁴⁵.

Así, el principio de norma más favorable aparece como una regla de competencia correctora de la jerarquía de las normas que concede a la norma inferior la posibilidad de superar a la norma superior ¹⁴⁶.

A esto hay que sumar la progresiva tendencia de las normas laborales a declararse a sí mismas como supletorias de lo eventualmente regulado por el convenio, lo que incrementa su flexibilidad y a la vez

¹⁴⁴ TORNOS MAS, Joaquín, «El principio de legalidad en la doctrina jurídica española», *Diritto Pubblico* 1-1995, págs. 74-75.

¹⁴⁵ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, Ignacio; *Ley y autonomía colectiva. Un estudio sobre las relaciones entre la norma estatal y el convenio colectivo*, MTSS, Madrid, 1987, págs. 173 y ss.; GARCÍA MURCIA, J. «El papel del reglamento en materia laboral: algunas referencias a la luz de las reformas de 1994», *AL* 36 (1995), pág. 630.

¹⁴⁶ El doble carácter de la regla de favor como norma de competencia y de conflicto entre reglamentaciones concurrentes haciendo prevalecer la reglamentación más favorable para el trabajador ha sido subrayado por ALIPRANTIS, Nikita, *Conflictos entre convenios colectivos de distinto nivel* (II), pág. 154-155.

evita las lagunas o los vacíos de regulación. En este caso la norma estatal sólo se aplicará cuando no exista previsión en la norma convencional de cobertura ¹⁴⁷.

Además, el reglamento en el ordenamiento laboral se transforma en una norma secundaria con respecto al convenio colectivo, en todo lo referido a la determinación de las condiciones de trabajo, dotando a la norma colectiva de una capacidad o fuerza normativa superior. El art. 3.2 ET estipula que: «las disposiciones reglamentarias desarrollarán los preceptos que establecen las normas de rango superior, pero no podrán establecer condiciones de trabajo distintas a las establecidas por las leyes a desarrollar». La previsión es sin duda una consecuencia del principio de norma más favorable que sólo juega en la relación entre la ley y el convenio, prohibiendo al reglamento la introducción de condiciones más favorables al trabajador. Pero también afecta a la función complementaria que ordinariamente desarrolla la fuente reglamentaria con respecto a la ley. No existe en el ordenamiento laboral la posibilidad de introducir por vía reglamentaria tratamientos distintos de las condiciones de trabajo no previstos en la ley. El reglamento se erige así en norma, de un lado, subordinada a la ley, y de otro, secundaria con respecto al convenio colectivo que aparece dotado de una fuerza normativa superior ¹⁴⁸.

Por tanto, es evidente que el tratamiento de las relaciones entre la ley y el reglamento en el orden laboral vacía el poder reglamentario de todo contenido sustantivo y lo reduce a un cumplimiento exacto de las delegaciones legislativas que específicamente puedan contenerse en las leyes. La regulación de las condiciones de trabajo queda fuera del ámbito reglamentario, sin que las normas ejecutivas puedan establecer condiciones distintas a las fijadas por la ley, remitiéndose su mejora y complemento al campo de la autonomía colectiva.

Evidentemente, la aminoración de condiciones queda prohibida al reglamento y al convenio por una aplicación sencilla del principio de jerarquía normativa.

Todo ello sin olvidar que la garantía constitucional del derecho a la negociación colectiva exige que la norma estatal deje espacios libres, no vinculados, a través de los cuales el sistema de negociación colectiva pueda incidir decididamente en las relaciones laborales y desarrollar su función adaptativa a las circunstancias económicas y

¹⁴⁷ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, Ignacio, *Ley y autonomía colectiva. Un estudio sobre las relaciones entre la norma estatal y el convenio colectivo*, MTSS, Madrid 1987, págs. 325 y ss.

¹⁴⁸ VALDÉS DAL-RE, Fernando, «La potestad reglamentaria en el ordenamiento laboral», *REDC* 26 (1989), págs. 76-77. Matizando esta opinión y negando que en términos generales pueda configurarse una primacía del convenio colectivo sobre el reglamento, dado que la articulación que hay que valorar es la más compleja que se establece entre el bloque de legalidad laboral de un lado y convenio colectivo, de otro, CAMPS RUIZ, Luis Miguel, «Sobre el papel del reglamento en el ordenamiento laboral», *RTSS*, abril-junio (1991), págs. 24-25.

sociales en el marco de la ley, pero sin exigir una específica atribución de poderes por su parte, ya que el poder conformador de la autonomía colectiva en el espacio no cubierto por la norma legal puede desplegarse directamente sobre la base constitucional que proporciona el art. 37.1 CE.

En segundo lugar, desde una perspectiva posicional, conviene advertir que el legislador laboral es un legislador único, es decir, la relación entre norma estatal y norma convencional se produce en el seno del mismo ordenamiento. En el ámbito laboral las Comunidades Autónomas no poseen capacidad normativa originaria, ya que el art. 148 CE no enumera entre las competencias asumibles por las Comunidades Autónomas las materias laborales, mientras que, según el art. 149.1. 7 CE, el Estado tiene competencia exclusiva sobre la legislación laboral, sin perjuicio de su ejecución por los órganos de las Comunidades Autónomas.

A partir de aquí podemos afirmar que la relación entre la norma laboral y la norma convencional:

a) Se inspira en el principio de favor, es decir, de complementariedad, pero también en los de especialidad, es decir, complementariedad, y disponibilidad o supletoriedad cuando así lo permita la norma legal expresamente.

b) Por lo que hace referencia a las condiciones de trabajo, no puede verse preterida por la norma reglamentaria, tratándose por tanto de una relación directa entre una norma primaria y una norma secundaria.

c) Se fundamenta en una vinculación negativa del convenio con respecto a la norma legal, en una obligación de compatibilidad o no contradicción de la norma convencional, no de conformidad, con respecto a la norma de Derecho objetivo.

c) Este esquema no puede verse intervenido o complicado por la presencia de otro ordenamiento autónomo, es decir, se trata de una relación producida en el seno del mismo ordenamiento.

En el Derecho de la función pública no existe un concepto de norma mínima o de derecho necesario relativo pudiendo el legislador ordinario desarrollar una normativa tan incisiva y completa que transforme los productos de la negociación en acuerdos de ejecución o fijación de normas de derecho necesario absoluto a las circunstancias del caso concreto.

Precisamente, la jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia de nuestras Comunidades Autónomas ha intentado aplicar, por analogía con el sistema de relaciones laborales, el principio de norma más favorable, tomando como mínimos de derecho necesario absoluto las normas básicas que se han considerado indisponibles, incluso en más, por la negociación colectiva, mientras que se consideraban los preceptos de la legislación ordinaria un mínimo de

derecho necesario relativo susceptible de mejora por las normas convencionales ¹⁴⁹.

Además, esta misma jurisprudencia consideraba que en lo no regulado por las normas legales, regía el principio de vinculación negativa, lo que permitía al acuerdo de condiciones de trabajo de los funcionarios públicos desarrollar aquellos aspectos de la relación no cubiertos por normas de Derecho objetivo ¹⁵⁰.

Este planteamiento ha de entenderse superado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, de la que es una buena muestra la sentencia de 22 de octubre de 1993 (Ar. 7.544), en la que se ha afirmado: «El marco de contractualidad está en correlación con el contenido de las potestades normativas y de autoorganización del órgano administrativo correspondiente, (lo que unido a) las características de pormenorización, rigidez y uniformidad inherentes al régimen estatutario emanado de la legislación básica del Estado y, en su caso, de los órganos legislativos de las Comunidades Autónomas, no permiten que por analogía con el sistema de relaciones laborales, tal bloque legislativo sea identificado como plataforma de «mínimos», sobre la que pueda pivotar toda una constelación de unidades negociadoras, pactando cada una a su libre albedrío y bajo el lema de que lo que no está prohibido por la ley debe presumirse que está permitido y puede, por ello, ser objeto de regulación con arreglo al buen criterio de la Mesa de Negociación» ¹⁵¹.

¹⁴⁹ Así, la STSJ de Castilla-La Mancha, de 7 de abril de 1993 (RGD 600-1994) establece que: «el art. 142 del Real Decreto Legislativo, de 18 de abril de 1986, que hace remisión, en lo relativo a licencias, a la legislación de la respectiva Comunidad Autónoma y, supletoriamente, a la aplicable a los funcionarios del Estado, no tiene el carácter de normativa básica, siendo posible mejorar la regulación establecida».

Es obvio que aquí lo básico es entendido como lo esencial a que obliga la reserva de ley para obtener la homogenización y la igualdad de condiciones y derechos, desconsiderando la ley autonómica como vehículo apto para el cumplimiento de la reserva legal y olvidando que las normas básicas responden a las exigencias de articulación entre ordenamientos territoriales para garantizar la unidad del orden jurídico nacional y no a los principios de articulación de la jerarquía de fuentes en un mismo ordenamiento. Sobre la diferencia entre el principio de competencia predicado entre normas estatales y el principio de competencia referido a la distribución territorial de las potestades normativas, DÍEZ-PICAZO, Luis María, «Ley autonómica y ley estatal (Sobre el significado del principio de competencia en el Estado autonómico)», *REDC* 25 (1989).

¹⁵⁰ Así, se afirmaba en la STSJ de Castilla-La Mancha, de 7 de diciembre de 1990, que el reconocimiento de la negociación colectiva no debía suponer la quiebra o la ruptura total de la tesis estatutaria, «pero sí la creación de un espacio de regulación conjunta» que había de corresponder «a una competencia más de detalle de puntos abordados legalmente o de ordenación de cuestiones no tratadas por la ley»; un extracto de dicha sentencia en el trabajo de GARRIDO CUENCA, Nuria, «Una aproximación jurisprudencial al problema de los límites materiales de la negociación colectiva en el ámbito de la función pública de las corporaciones locales», *REALA* 255-256 (1992), pág. 903.

¹⁵¹ Pronunciamientos que, entre otros muchos, hoy pueden ser complementados por los de la STS de 9 de diciembre de 1995 (Ar. 9.082), donde se afirma con respecto al «principio de preferencia de la norma más favorable en caso de conflicto» que «el alcance de esta regla de concurrencia de normas laborales no puede invalidar el principio de mayor jerarquía o primacía de la ley» y por la STS de 22 de diciembre de 1995 (Ar. 9.673), donde se mantiene que: «El

Se rechaza así la consideración de la legislación ordinaria como norma de contenido mínimo sobre la que poder aplicar el juego del principio de norma más favorable, considerando a la legislación estatal y autonómica sobre función pública como regulaciones imperativas inmodificables, verdaderas normas de derecho necesario absoluto, que no pueden aparecer como dispositivas salvo que de ellas mismas se desprenda clara, inequívoca y expresamente su carácter de normas de derecho necesario relativo, por lo que al ser altamente excepcional la presencia de este tipo de normas en el ordenamiento de la función pública, el ámbito negocial se reduce de forma considerable ¹⁵².

principio o teoría en cuestión —la aplicación de las cláusulas de condición más beneficiosa y de compensación y absorción— (...) debe ser declarada contrario a Derecho, conforme a la tesis (...) mantenid(a) por este Tribunal (...) en la que se expresa que las características de pomenorización, rigidez y uniformidad inherentes al régimen estatutario funcionarial, emanado de la legislación básica del Estado y, en su caso, de la legislación de las Comunidades Autónomas, no permiten que por analogía con el sistema de relaciones laborales tal bloque normativo sea catalogable como plataforma de mínimos, sobre la que puedan actuar las diferentes unidades negociadoras, pactando según el buen criterio de la Mesa de Negociación, refrendado por la respectiva Corporación». Nótese que nuestro Tribunal Supremo confunde el principio de norma más favorable con el de condición más beneficiosa, en función del cual a tenor del carácter mínimo para el trabajador de toda condición de trabajo individualmente pactada o individualmente otorgada por el empresario, ésta se impone y prima sobre toda norma y, por consiguiente, sobre la sucesión en el tiempo de las mismas, configurándose, también, como un límite a la actuación del poder de dirección y al *ius variandi* empresarial y, en general, como una manifestación del principio general de respeto a lo pactado, a las condiciones laborales que constituyan derechos adquiridos, aunque posteriormente el cuadro normativo tomado en cuenta por las partes se modifique, tal como se describe en CAMPS RUIZ, Luis Miguel, *Los principios de norma más favorable y de condición más beneficiosa en las fuentes del Derecho español del Trabajo*, SPMT, Madrid, 1975. En cambio, las técnicas de absorción y compensación actúan como elementos neutralizadores de mejoras establecidas sobre los mínimos generales, cuando éstos, contractuales o convencionales, se ven incrementados por otros que adquieren, a su vez, la configuración de nuevos mínimos, al respecto GONZÁLEZ-POSADA, Elías, *La compensación y absorción de salarios*, IELSS, Madrid, 1984. La referencia al equívoco presente en la doctrina del Tribunal Supremo sobre el principio de norma más favorable con respecto al principio de condición más beneficiosa y al mecanismo de absorción y compensación de las condiciones de trabajo en REY GUANTER, Salvador del, «Función pública y negociación colectiva: un breve balance jurisprudencial», *Seminario de Derecho Local*, Barcelona, curso 95-96.

¹⁵² Conviene recordar que el esquema funciona de igual manera en el ordenamiento laboral donde la norma que se pretenda aplicar como más favorable ha de ser susceptible de ser aplicada por la existencia de una norma mínima. La clave que hace posible la aplicación del principio de norma más favorable está en el hecho de que, por ser normas de contenido mínimo, la regulación más favorable no es contradictoria con ellas, sino su propio cumplimiento, tal como plantea CAMPS RUIZ, Luis Miguel, *Los principios de norma más favorable y de condición más beneficiosa en las fuentes del Derecho español del trabajo*, SMPT, Madrid, 1975, págs. 76-82. Además, en la doctrina laboral se resalta la idea de que el principio de norma mínima sólo juega en las relaciones ley-convenio y no en la concurrencia entre normas estatales de distinto rango, ya que entre la ley y el reglamento se aplica el principio de jerarquía normativa completado con el de modernidad: la norma anterior cede ante la posterior de igual o superior rango sin que ninguna norma pueda contravenir a otra de rango superior, ya sea anterior o posterior, ALARCÓN CARACUEL, Manuel Ramón, «Un concepto clásico en la relación entre ley y convenio colectivo», en DURÁN LÓPEZ, F. (De.), *Las relaciones laborales y la reorganización del sistema productivo*, Caja de Ahorros de Córdoba, 1983. La diferencia entre las dos estructuras normativas parece que hay que buscarla en una mayor presencia cuantitativa y densidad cualitativa de normas dispositivas en el ámbito laboral y en la especial función que el convenio colectivo cumple

La misma terminología utilizada parece remitir el principio de legalidad a una situación en la que la acción administrativa se caracteriza por la presencia de un gran número de disposiciones normativas que la determinan en todos sus aspectos, subrayando la complitud de la disciplina de la función pública y la ausencia de márgenes de regulación a disposición de las entidades de base. Se afirma entonces el principio de legalidad para indicar las especiales características de una situación jurídica, en la que la actividad convencional de los entes locales está determinada por disposiciones normativas de superior rango, con independencia de su particular naturaleza legal o reglamentaria, que sitúan a todos sus destinatarios en un plano común de igualdad y no diferenciación, donde estas normativas asumen la función caracterizante del principio de igualdad transformado en uniformidad ¹⁵³.

Pero, además, la doctrina del Tribunal Supremo expresa una determinada concepción del principio de legalidad referida a la distribución del poder normativo y favorable a una vinculación positiva de la potestad reglamentaria por una norma habilitante previa con el carácter de ley formal, con lo que el principio de legalidad se confunde con el de reserva legal sin que exista una potestad reglamentaria del Gobierno derivada directamente del art. 97 CE ¹⁵⁴.

de adaptación de las condiciones laborales a un determinado sector o empresa, mientras que el modelo estatutario está pensado con carácter general, sobre la base del principio de igualdad, para todo colectivo funcional con independencia de la organización a la que se sirve, y entendido como prohibición de normas personales reguladoras referidas específicamente a un determinado grupo de sujetos, en modo más favorable o en modo menos favorable. A esta última función se ha referido la doctrina laboral al indicar que la norma estatal y la norma pactada pueden diferenciarse en razón de dos campos naturales de actuación, la primera con una vocación claramente generalista estableciendo reglas mínimas aplicables a todos los sujetos del ordenamiento laboral, formulando la otra sus mandatos para grupos determinados de empresarios y trabajadores, definidos por ciertos rasgos de identidad espacial, funcional o profesional, VALDÉS DAL-RE, Fernando, «La potestad reglamentaria en el ordenamiento laboral», REDC 26 (1989), págs. 82.

Sobre el valor del convenio colectivo como instrumento de flexibilidad y adaptabilidad organizativa es imprescindible el trabajo de REY GUANTER, Salvador del, «Transformación del sistema de negociación colectiva y "refundación" de la teoría jurídica de los convenios colectivos», en ALARCÓN, Manuel R.; REY GUANTER, Salvador del, *La reforma de la negociación colectiva*, Marcial Pons, Madrid, 1995, págs. 9-50.

¹⁵³ Siendo éste uno de los significados del principio de legalidad utilizados por los tribunales administrativos, TRAVI, Aldo, «Giurisprudenza amministrativa e principio di legalità», *Diritto Pubblico* 1-1995, págs. 93-99.

Resulta contradictoria esta posición con la mantenida en el ordenamiento laboral, donde se afirma que, en el ámbito de las relaciones colectivas, el derecho fundamental a la igualdad ha de aplicarse matizadamente, para hacerlo compatible con el principio de autonomía, el cual supone por naturaleza un límite intrínseco y global a la igualdad, en cuanto que el derecho a la negociación colectiva lleva consigo que las partes puedan establecer las diferencias de trato que se consideren adecuadas en razón de sus respectivos intereses, ya que sólo así puede hacerse efectiva la capacidad reconocida por la ley para regular las condiciones de trabajo, tal como se afirma en la STSJ de Andalucía/Granada, de 22 de mayo de 1996 (Ar. 1.545).

¹⁵⁴ Las diferentes posiciones alrededor del principio de legalidad en el panorama actual de la doctrina española en TORNOS MAS, Joaquín, «El principio de legalidad en la doctrina española», *Diritto Pubblico* 1-1995, págs. 61-63.

Obviamente, estos planteamientos suponen importantes restricciones a la capacidad negociadora de la Administración que se ve limitada a desempeñar una función de simple ejecución o particularización de los supuestos normativos genéricos e indeterminados ¹⁵⁵.

Además, en el sistema de función pública no se ha introducido ninguna limitación a la función del reglamento ejecutivo en materia de condiciones de trabajo de los funcionarios públicos, similar a la contenida en el art. 3.2 ET para el ordenamiento laboral, posiblemente porque, como después veremos, no parece existir más allá del procedimiento de elaboración una distinta naturaleza del reglamento y el acuerdo de condiciones de trabajo, pero también por la existencia de una distribución de campos sobre los que se proyectan los distintos tipos de fuentes secundarias reguladoras de la relación de empleo público, que no carece de contenido material ¹⁵⁶.

Es más, por la doctrina laboral ¹⁵⁷ se ha defendido la aplicación del principio de inderogabilidad singular de los reglamentos a la relación entre reglamentos y acuerdos de condiciones de trabajo de los funcionarios públicos, afirmando que la norma colectiva no puede modificar lo que la norma reglamentaria considera con carácter general, aun cuando exista correspondencia de rango entre los órganos que emitieron la norma unilateral o suscribieron el acuerdo.

Dejando a salvo el principio de competencia y jerarquía, es evidente que no puede aceptarse como límite a la negociación colectiva el llamado principio de inderogabilidad singular de los reglamentos ¹⁵⁸, que acabaría limitando aún más el estrecho margen concedido a la negociación colectiva funcional. Ello es así porque dicho principio sólo debe referirse a la relación entre normas y resoluciones administrativas, ya que la inderogabilidad singular del reglamento no comporta nada más que la prohibición dirigida a la resolución administrativa de modificar, suspender o derogar la eficacia de la norma reglamentaria. Sólo en este sentido puede

¹⁵⁵ Una crítica de la sumisión estricta de la negociación de las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos al principio de legalidad, en su vertiente de vinculación positiva, se puede ver en la STSJ de la Comunidad Valenciana, de 25 de noviembre de 1995 (AA 1-1996).

¹⁵⁶ Tal como se afirma en la STS de 30 de junio de 1995 (Ar. 6.107): «No se puede dar al concepto “condiciones de trabajo” que utiliza la Ley para enmarcar el fenómeno de participación colaborativa de los funcionarios una interpretación extensiva que lo haga coincidente con el estatuto funcional integralmente entendido».

¹⁵⁷ La tesis en GÓMEZ CABALLERO, Pedro, *Los derechos colectivos de los funcionarios públicos*, CES, Madrid 1994, pág. 313, sobre la base del trabajo de GARCÍA FERNÁNDEZ, M., «Capacidad convencional de las Administraciones públicas (Comentario a la Sentencia del Juzgado de lo Social nº 19 de Barcelona de 12-11-90)», *AL* 6-1991.

¹⁵⁸ Contenido hoy en el art. 52.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común: «Las resoluciones administrativas de carácter particular no podrán vulnerar lo establecido en una disposición de carácter general, aunque aquéllas tengan igual o inferior rango a éstas».

hablarse hoy de la vigencia del principio de inderogabilidad singular del reglamento ¹⁵⁹. No parece que dicho principio pueda ser interpretado como una prohibición de emanación de normas reglamentarias con contenido concreto y singular, ya que la generalidad ha dejado de ser un atributo esencial del tipo reglamentario para transformarse en un atributo eventual. Lo que debe contrastarse es hasta qué punto la singularidad de la proposición jurídica formulada a través del reglamento encuentra un adecuado fundamento justificativo en relación con la peculiaridad del supuesto de hecho que se trata de regular de forma tal que no se quiebre el principio de igualdad.

Cuestión distinta es que los reglamentos fundamentados en la propia competencia puedan llegar a obligar a otras Administraciones distintas de aquella que los dictó. De igual manera que las disposiciones producidas por un órgano subordinado a otro no van a poder contradecir los reglamentos generales establecidos por este último en función del principio de jerarquía.

Sin embargo, el mayor impacto diferencial con respecto al modelo privado de producción de reglas colectivas lo supone la presencia de las Comunidades Autónomas en la trama configuradora del Derecho de la función pública con sus propios poderes legislativos y reglamentarios, con capacidad para la producción de normas con rango de ley formal que cada vez más regulan materias que habían sido remitidas hasta el momento en el ámbito estatal a los reglamentos, lo que sin duda relativiza la negociación colectiva de las condiciones de trabajo de los funcionarios dependientes de su Administración propia. Capaces además de producir normas de desarrollo reglamentario con unas características de minuciosidad y detalle en sus prescripciones que dificultan o no permiten obertura alguna a los procesos convencionales de las entidades locales de su ámbito territorial, sobre todo si se tiene en cuenta que, en la mayoría de Comunidades Autónomas, las normas que regulan su función pública son comunes con las que regulan la función pública local, pero desconocen la existencia de otro poder

¹⁵⁹ Sobre el principio de inderogabilidad singular de los reglamentos, SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, SA, Madrid, 1991, págs. 732-737. En otros ámbitos y momentos históricos se ha distinguido entre diversos tipos reglamentarios en la escala de valores jurídicos, afirmando que en la equiparación de los productos de las fuentes reglamentarias internas de los entes públicos distintos del Estado con los actos-fuentes del ordenamiento jurídico general, los actos equiparados ocupan una jerarquía inferior, planteamiento que en nuestro sistema jurídico hay que entender superado por la afirmación del principio de competencia basado en la autonomía constitucionalmente reconocida, BASSI, Franco, *La norma interna. Lineamenti di una teoria*, Giuffrè Editore, Milano, 1963, pág. 28. Hoy se admite que las relaciones entre los actos normativos que se sitúan sobre un plano de paridad están reguladas por el criterio temporal, el de competencia o el de especialidad, PIZZORUSSO, Alessandro, «Las fuentes del Derecho en el ordenamiento jurídico italiano», *RCEC* 3 (1989), pág. 280.

normador fundamentado en la autonomía local ¹⁶⁰. Así, la subordinación de los actos normativos locales a todas las fuentes estatales y autonómicas, unida a la ausencia de cualquier límite para tales fuentes, provoca que la autonomía normativa de las Corporaciones Locales quede remitida completamente en su extensión y hasta en su misma existencia, a las decisiones de las autoridades centrales, en particular, al efectivo ejercicio de su potestad normativa.

Precisamente, la regulación por ley o por reglamento de materias propias de la función pública local, ya sea en el ámbito estatal o autonómico, produce la sustracción del derecho a la negociación colectiva que la ley estatal reconoce a los funcionarios por el problema ya evidenciado de la falta de simetría entre representación y competencia normativa, que no parece resoluble si no es a través de una consideración específica del mismo por las pertinentes leyes estatales y autonómicas sobre función pública.

El doble nivel normativo al que se ha hecho referencia tiene como consecuencia un exceso de legislación en el que poco valen las proclamas de autonomía y las reservas de negociación reconocidas por las leyes. Esta saturación normativa conduce el sistema de relaciones colectivas de las entidades descentralizadas hacia una situación de desorden y anomía, colocándolo en una posición de práctica anormatividad, muy similar a un contexto privado de normas, en el que se fortalecen las relaciones más próximas fundamentadas en el texto del acuerdo o convenio que se haya podido aceptar o negociar, con desprecio absoluto por un marco legal y reglamentario que a menudo se

¹⁶⁰ La remisión en bloque de determinados ámbitos materiales a la legislación autonómica, sin consideración alguna para la decisión local, significa negar el posible ejercicio de la potestad normativa local en materia de función pública. Esta ha sido una operación ampliamente practicada en la elaboración del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local. Así, su art. 134 prevé que en lo no previsto en las normas estatales se aplicará: «la reglamentación que para el ingreso en la función pública establezca la respectiva Comunidad Autónoma»; el art. 140 establece que en materia de situaciones administrativas se aplicará la normativa básica estatal y la: «legislación de función pública de la respectiva Comunidad Autónoma»; el art. 142 prevé que: «Los funcionarios de la Administración local tendrán derecho a las recompensas, permisos, licencias y vacaciones retribuidas previstas en la legislación sobre función pública de la Comunidad Autónoma respectiva»; el art. 144 nos indica que: «Los funcionarios de Administración Local tienen las obligaciones determinadas por la legislación sobre función pública de la correspondiente Comunidad Autónoma»; el art. 147 remite la determinación de: «Las faltas graves y leves (...) (a) las establecidas en la legislación de función pública de la respectiva Comunidad Autónoma», legislación a la que de conformidad con el art. 150 se ha de ajustar la tramitación del expediente y, según el art. 152, la cancelación de las sanciones. La acogida de esta amplia remisión en los textos autonómicos se ha dotado además de un carácter netamente expansivo, como ejemplo, valga el art. 307 de la Ley 8/1987, de 15 de abril. Municipal y de Régimen Local de Cataluña: «El régimen estatutario de los funcionarios locales en cuanto a la adquisición y pérdida de la condición de funcionario, las situaciones administrativas, los derechos sindicales y de participación, las vacaciones, las licencias y los permisos, los deberes y responsabilidades y el régimen disciplinario serán idénticos a los de los funcionarios de la Administración de la Generalidad».

desconoce o no se sabe interpretar y que tiene en su extensión, complejidad y falta de unidad la principal razón de su incumplimiento.

La insistencia continua en querer definir agotadoramente el comportamiento de unos sujetos colectivos a los que se ha reconocido unos derechos dotados de una natural capacidad expansiva, sumergidos por una densidad normativa externa que contrasta con su grado de eficacia, provoca un fenómeno de incognoscibilidad del ordenamiento incrementando los márgenes de ambigüedad y permitiendo interpretaciones derogatorias, sustitutivas o aditivas, desembocando en suma en una práctica en la que las reglas de la autonomía provocan la inaplicación de las normas de Derecho objetivo y amenazan con ello la integración del ordenamiento y la propia seguridad jurídica ¹⁶¹.

Dejando aparte las disfuncionalidades producidas en la dinámica interna del sistema, a la luz de la doctrina de nuestros tribunales, hoy se puede afirmar que las relaciones entre norma objetiva y norma convencional en el Derecho de la función pública se han de caracterizar:

a) Por una relación de conformidad en la que la regla convencional ha de ser acorde con la regla de Derecho objetivo, sin que pueda ser considerada como un mínimo mejorable por la negociación colectiva funcional.

b) Basada en el principio de vinculación positiva, por el que la negociación colectiva sólo podrá actuar válidamente en relación con materias respecto de las cuales tenga atribuida expresamente título competencial en virtud de una norma legal habilitante.

c) Con pleno respeto al bloque de legalidad estatal y autonómica, entendiendo por tal el integrado por las leyes y reglamentos ejecutivos correspondientes a cada uno de los respectivos ordenamientos.

d) Aceptando el contenido de las normas básicas estatales y el desarrollo que de éstas puedan producir las respectivas Comunidades Autónomas, aunque ello suponga un nivel de identificación que limi-

¹⁶¹ En este panorama es fundamental el excesivo número de unidades negociadoras de reducida dimensión, que funcionan sin articulación alguna con otros marcos contractuales más maduros, en las que no siempre se negocia con la debida preparación. Esto acentúa la presencia de actores negociales que actúan reglas puramente convencionales fuera del ordenamiento jurídico, actores que viven y se mueven en una zona franca con respecto al Derecho objetivo, en una dimensión jurídica que carece de vinculaciones y de referencias legales e institucionales. El resultado de todo ello es que: «se introducen las relaciones colectivas funcionariales en un proceso, difícilmente reversible, de imprevisibilidad, discrecionalidad y arbitrariedad. (...) En definitiva, los incumplimientos «consensuados» de la norma jurídica en el ámbito de las relaciones colectivas tiene efectos desintegradores y deben ser cuidadosamente evitados, en tanto que pueden inducir a ambas partes a la convicción de que el incumplimiento de las normas y más simplemente de las meras «reglas de juego» es discrecional. Lo que hace inviable, ingobernable y a la postre insertible, cualquier sistema de relaciones colectivas», REY GUANTER, Salvador del, «Evolución general y problemática fundamental de las relaciones colectivas en la función pública», en *Seminario sobre las relaciones colectivas en la función pública*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 1989, pág. 43.

te la potestad normativa que la autonomía permite sobre los propios funcionarios y el derecho de éstos a participar en el establecimiento de sus condiciones de trabajo.

Evidentemente éste no es el único modelo posible de relación entre normas de origen convencional y normas de origen unilateral en nuestro Derecho de la función pública. Es más, parece que la intención asumida por el legislador al introducir la participación de los funcionarios públicos en la determinación de sus condiciones de trabajo quedaría frustrada sin la existencia de unos caracteres mínimos, esenciales e insuprimibles del principio participativo configurados en torno a la existencia de una significativa área de relaciones entre el funcionario y la Administración pública, sujeta a procedimientos negociados de regulación protagonizados por las organizaciones sindicales con representación en los entes públicos.

A partir de aquí una posible reconstrucción del modelo debería prestar atención, en primer lugar, a una nueva distribución de ámbitos entre el bloque de legalidad y el reglamento negociado, en segundo lugar, a una distinta distribución territorial de la materia negociada y, por último, a una forma más actual de entender la vinculación entre la ley, el reglamento ejecutivo y otros tipos normativos diferenciados por su distinto modo de formación sustentado sobre posiciones de autonomía y participación.

Si atendemos al primero de los aspectos enunciados, sin duda es posible descubrir una nueva manera de relacionar la ley con el acuerdo de condiciones de trabajo en la medida en que las normas que regulan el estatuto de los funcionarios públicos se propongan como mejorables, disponibles o complementables por los productos de la negociación colectiva, estableciéndose entre los dos modelos de producción de normas estatutarias las oportunas relaciones de complementariedad, supletoriedad y complementariedad, recordando al efecto que el mantenimiento de las condiciones que aseguran el principio de igualdad en el seno del estatuto y, en definitiva, el reconocimiento de la institución como tal, no es cuestión de la cantidad de normas existentes, de su pormenorización y rigidez, sino de su cualidad, de modo que se protejan los elementos esenciales que permiten la sustentabilidad de la institución misma ¹⁶².

Además, la presencia de la ley no alude a una relación necesaria entre ley formal y reglamento ejecutivo; precisamente corresponde al legislador, una vez establecidos los preceptos esenciales y de principio, elegir un determinado tipo de fuente secundaria para el desarrollo e integración de la norma legal, tipo que puede ser distinto y ocupar el

¹⁶² Tal como se mantiene por MONTORO CHINER, María Jesús, «Para la reforma del empleo público: nueve proposiciones», *RAP* 136 (1995), págs. 181-182.

espacio que tradicionalmente se reconoce al reglamento ejecutivo promulgado unilateralmente por el Gobierno ¹⁶³. El acuerdo de condiciones de trabajo de los funcionarios públicos puede aparecer perfectamente en los ámbitos susceptibles de negociación, como un reglamento de integración consensuada de la ley. Aquí parece una obligación del legislador la apertura de un terreno de juego efectivo dentro del ordenamiento público para las normas de origen colectivo ¹⁶⁴.

Pero si admitimos este supuesto el problema se traslada al ámbito de las relaciones entre la ley y el reglamento, ya que la respuesta al tipo de conexiones que entre ambos se pueda establecer en términos de la amplitud y extensión de una posible remisión normativa de la primera al segundo, sólo puede encontrarse en el estudio de la profundidad o verticalidad de la reserva legal en materia de función pública ¹⁶⁵.

Se trata entonces de determinar la intensidad mínima de la intervención legislativa a que obliga la reserva de ley, estableciendo qué parte del actual tratamiento del estatuto de la función pública está sujeto a la reserva y cuál es el espacio disponible para una cesión normativa a la negociación colectiva.

Aquí conviene tener en cuenta el reconocimiento explícito en nuestra doctrina de lo que se ha venido denominando como escala de la reserva legal ¹⁶⁶, condicionada por el sentido de la Constitución, su intensidad material en el texto constitucional y la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional. No cabe duda de que la reserva de ley establecida en el art. 103.3 CE se ha exigido rigurosamente por la STC 99/1987, de 11 de junio, en el punto crucial relativo a la opción constitucional por un sistema estatutario, pero de ello no debe deducirse la imposibilidad de confiar al reglamento contenidos materiales del estatuto que no sea necesario mantener dentro de la ley para preservar la institución según su tratamiento constitucional.

Hay que considerar que la expresión estatuto, y más aún la de régimen estatutario, al margen de la doctrina sentada por el Tribunal

¹⁶³ El análisis de esta posibilidad en el ordenamiento jurídico italiano, CARINCI, María Teresa, «Il Contratto collettivo nel settore pubblico fra riserva di regime pubblicistico e riserva di legge», *RIDL* 4-1994, págs. 575-583.

¹⁶⁴ Por la mejor doctrina laboral se ha resaltado la necesidad de que la ley asuma la nueva tarea de fijar las reglas que hagan posible la efectividad de las normas colectivas dentro del ordenamiento objetivo, RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER, «El papel de la ley en y tras la reforma del Estatuto de los Trabajadores», en CRUZ VILLALÓN, Jesús (Coord.), *Los protagonistas de las relaciones laborales tras la reforma del mercado de trabajo*, CES, Madrid 1995, pág. 23.

¹⁶⁵ Tal como se plantea por TORNOS MAS, Joaquín, «El principio de legalidad en la doctrina jurídica española», *Diritto Pubblico* 1-1995, págs. 74-75, siguiendo la línea doctrinal establecida por DE OTTO, Ignacio, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1989.

¹⁶⁶ TORNOS MAS, Joaquín, «La relación entre la ley y el reglamento: reserva legal y remisión normativa. Algunos aspectos conflictivos a la luz de la jurisprudencia constitucional», *RAP* 100-102 (1983), págs. 477-478.

Constitucional sobre las materias básicas, apunta a la relación jurídica funcional en sentido estricto. Ello incluiría el nacimiento de la relación, su contenido, modificación y extinción. Lo que pasa de aquí no debería constituir régimen estatutario, sino el sistema de organización y gestión del personal propio de la función pública, que es cosa distinta y remite a las facultades de organización y dirección política de cada una de nuestras Administraciones públicas. Así, las reglas definidoras del modelo y de la organización de la función pública, tales como el sistema de cuerpos o de puestos, la organización interna del trabajo, el régimen de formación y carrera o la planificación de recursos humanos pueden enlazarse a efectos de distribución de competencias en la materia régimen jurídico de las Administraciones públicas contenida en el art. 149.1.18 CE, pero no en la reserva establecida para el estatuto de la función pública en el art. 103.3 CE ¹⁶⁷.

Ya desde una perspectiva territorial es indudable que la recuperación de un concepto principal de las bases en materia de función pública, que limitará la legislación estatal a la regulación de las normas esenciales para garantizar un trato común a los ciudadanos cumpliendo con la reserva de ley, posibilitaría un amplio margen de desarrollo normativo a las Comunidades Autónomas quienes podrían elaborar una política propia en la materia y construir un espacio de determinación para la autonomía local ¹⁶⁸.

Obviamente ello exige un esfuerzo de contención del legislador estatal y autonómico y un adecuado entendimiento de la propia competencia y de la ajena reflejado en una atenta consideración de la presencia de los distintos polos normativos que configuran nuestro particular sistema de ordenamientos territoriales, en una difícil renuncia a las intervenciones regulativas directas que expropian o sustituyen la autonomía de los niveles inferiores, únicos posibles para garantizar la flexibilidad de nuestras organizaciones públicas y su proximidad a los particulares problemas de gestión ¹⁶⁹. La clave

¹⁶⁷ Reserva que se pretende orientada a la configuración exclusiva de los derechos y deberes de los funcionarios públicos, como se plantea en RAZQUIN NAVARRA, José Antonio, «La función pública de Navarra: aspectos competenciales y evolución», *RVAP* 41 (1995), pág. 291.

¹⁶⁸ Precisamente conviene destacar que las competencias autonómicas «de desarrollo» son, en realidad, de «desarrollo e integración», pues no se puede descartar una regulación autonómica sobre objetos no disciplinados por el Derecho estatal, una cobertura explícita de los espacios libres de derecho, JIMÉNEZ CAMPO, Javier, «¿Qué es “lo básico”? Legislación compartida en el Estado autonómico», *REDC* 27 (1989), pág. 60.

¹⁶⁹ Se ha dicho que el exceso de legislación es una de las máscaras del centralismo, cuando mayor es el número de leyes y más minuciosas son sus prescripciones, menor es la autonomía de los entes no centrales y de los colectivos sociales, y de poco vale su proclamación contenida en las leyes. El hecho es que falta una verdadera cultura de la autonomía capaz de fijar principios y directrices, remitiendo el resto a estatutos y reglamentos, acuerdos y pactos, en definitiva a normas, de autorregulación elaboradas con participación de los propios interesados, D'AURIA, Gaetano, «La “funzione legislativa” dell amministrazione», *RTDP* 3 (1995), pág. 715.

parece estar en que las normas básicas asuman, con decisión y prudencia, su función sustancialmente primaria y su tarea delimitadora de las correlativas competencias autonómicas ¹⁷⁰, y, a la vez, una legislación autonómica, más creativa y configuradora, actúe como marco de encuadramiento de la potestad normativa local, pero sin apropiarse por entero de las materias. La clave parece estar también en el respeto a la sustancia última del principio de autonomía que se fundamenta en la existencia de opciones diversas, en la existencia de espacios jurídicos densos y compactos, que permitan la autodeterminación a través de la creación de un ordenamiento jurídico propio en el que habrán de convivir, en función del reparto entre autonomía colectiva y poder administrativo, fuentes unilaterales y convencionales de la determinación de condiciones de trabajo de los funcionarios públicos, sin intervenciones previas de una densidad excesiva que al operar desde fuera modifiquen las condiciones y los ámbitos en los que la negociación ha de darse o le sustraigan materias, por congelación de rango normativo, a través de leyes formales no necesitadas de participación previa o donde la participación previa no tiene el mismo grado de incidencia y eficacia ¹⁷¹.

En este ámbito un adecuado entendimiento de la potestad normativa local y de las relaciones existentes entre ésta y el bloque de legalidad estatal y autonómico se hace imprescindible. Ordinariamente la ley estatal o autonómica no habilita ni dispone a la norma local, su función se limita a establecer los límites a respetar por la potestad reglamentaria local que se entiende en el marco proporcionado por la ley. En cambio, el reglamento estatal sólo puede ser considerado como un límite al reglamento local en la medida en que pueda apoyar todos y cada uno de sus preceptos en una habilitación legal previa o considerarse como desarrollo lógico de una habilitación legal. Así, la capacidad limitadora del reglamento ejecutivo se produciría única y exclusivamente por integrar el bloque de legalidad con las leyes, sin que el ámbito reglamentario local pueda ser invadido o indebidamente comprimido por la potestad reglamentaria gubernativa ¹⁷².

¹⁷⁰ Para ello es imprescindible la renuncia a la utilización del reglamento para la introducción de la regulación básica o la normación sobre la función pública de otro nivel territorial. Aquí el reglamento ejecutivo debe limitarse a reproducir la ley o a culminar y completar la tarea normativa; la colaboración con el legislador primario está confiada a otro nivel, TORNOS MAS, Joaquín, «Legislación básica y doctrina del Tribunal Constitucional (junio 1991-junio 1993)», RVAP 36-(III) (1993), págs. 119.

¹⁷¹ Se ha hecho notar que, cada vez más, leyes de los Parlamentos autonómicos son leyes que regulan materias o ámbitos sujetos hasta el momento a la potestad reglamentaria y, por lo tanto, susceptibles de un procedimiento de participación o negociación más intenso, RAZQUÍN LIZARRAGA, Martín M^o, «Ley autonómica, reglamento y control». RAP 128 (1992), pág. 107.

¹⁷² PAREJO ALFONSO, Luciano, *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y reglamentarias*, Tecnos, Madrid, 1993, págs. 90-91.

Si profundizamos un poco más parece que las relaciones entre la ley —incluido el instituto de la reserva legal¹⁷³— y el ordenamiento local, como expresión de un nivel de gobierno garantizado constitucionalmente, deberían matizarse, ya que la ley, fundamentalmente la ley autonómica, debería delimitar, aunque sea negativamente, el espacio donde libremente ha de moverse el ordenamiento local, pero sin reducirlo a un ordenamiento «administrativizado» de mera gestión de las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos, utilizando la técnica de identificación o cobertura normativa de las disposiciones referidas a la función pública estatal o autonómica para la función pública local.

La exportación de institutos, instrumentos y técnicas pensados para la Administración estatal o autonómica a la función pública local, con ignorancia de las dificultades adaptativas o de las simples disfuncionalidades que este modo de proceder puede producir es una constante en la regulación de nuestra función pública y un resultado del proceso de centralización y homogeneización del régimen de la función pública local que ha relegado la competencia sobre el personal de las Corporaciones Locales a una función de mera ejecución. Así se corre el riesgo de aplicar una misma concepción al personal local, al de las Comunidades Autónomas y al del Estado, cuando las necesidades y posibilidades, así como la morfología de una y otra función son distintas dada la existencia de diferentes modelos y dimensiones organizativas y tecnológicas¹⁷⁴.

Además, no parece sostenible atribuir al reglamento local, y con él a la norma convencional local, la misma posición que tradicionalmente se atribuye al reglamento ejecutivo con respecto a la ley formal.

¹⁷³ Es una constante doctrinal la apreciación de la autonomía como justificación especial o reforzada de la relatividad del alcance de la reserva de ley, por incidir en el seno de ordenamientos dotados de autonomía en un área propia de disposición de otros poderes con capacidad para la ordenación y el control de las relaciones de su ámbito específico profesional o comunitario, CARLASSARE, Lorenza, «Regolamento (dir. cost)», *Enciclopedia del Diritto*, XXXIX, Giuffrè Editore, Milano, 1988, pág. 607. Como se ha dicho: «Si la reserva de ley trata de introducir técnicamente el principio democrático, se plantea qué consecuencias debe tener el hecho de que la norma reguladora de la actuación administrativa sea fruto de un ente democrático, el ente local. (...) La reserva de ley se convierte en relativa cuando la norma de desarrollo es una ordenanza local y no un reglamento dictado por una Administración no democrática. El vacío legal será cubierto por una norma que también es de origen democrático», TORNOS MAS, Joaquín, «El principio de legalidad en la doctrina jurídica española», *Diritto Pubblico* 1-1995, págs. 82-83. La misma apreciación en RESCIGNO, Giuseppe Ugo, «Sul principio de legalita», *Diritto Pubblico* 2-1995, pág. 285.

¹⁷⁴ LONGO, Francisco, «Reforma del empleo público: Tótem y Tabú», *GAPP* 2 (1995), pág. 6. En el mismo sentido, pero subrayando además que muchas de las normas que se dictan relativas a la función pública agotan prácticamente en su totalidad el espacio normativo que la autonomía y una adecuada gestión de los propios intereses y organización local aconsejaría, CASTILLO BLANCO, Federico A., «Management y Derecho Administrativo: ¿Hacia una necesaria evolución del Derecho de la Función Pública y de la Gestión de los Recursos Humanos?», *RAnAP* 26 (1996), pág. 247.

La norma local al emanar de un poder propio, democrático y representativo, no puede ser conceptuada en términos de desarrollo o ejecución legislativa. Conviene recordar su carácter de norma autónoma, receptora de opciones libremente decididas por el ente local con el límite de que éstas no sean manifiestamente contradictorias con la ley y se presenten como compatibles con ella, sin que sea necesario establecer una relación de plena conformidad ¹⁷⁵.

Precisamente en una ley general es posible encontrar dos tipos de disposiciones que corresponde al intérprete distinguir, sin perjuicio de las posibles calificaciones del legislador: en primer lugar, tenemos disposiciones de principio, de tal manera que en el supuesto de un desconocimiento de los mandatos o una contradicción de las normas locales con los mandatos esenciales de las reglas generales, éstas deben declararse nulas por incompatibilidad con la ley; en segundo lugar, tenemos disposiciones de detalle, que pueden ser consideradas derogables por las normas locales ya que su mantenimiento podría suponer una rigidez irrazonable que impidiera la adaptación a las circunstancias, resultando aplicables sólo hasta que los entes autónomos dispongan otra cosa, teniendo un carácter supletorio que cederá frente a la sucesiva normativa local: en tercer lugar, existe la posibilidad de que la norma legal establezca normas incompletas, ordinariamente no especificando la consecuencia concreta de la existencia de un determinado supuesto de hecho, en este caso corresponde a la norma legal completar y desarrollar la regulación necesitada de precisión ¹⁷⁶.

En todo caso, la función de la norma legal no tiene por qué ser la de mejorar la norma que se sustituye o se completa, sino integrarla, adaptarla o completarla de conformidad con las necesidades de la propia organización. A partir de aquí el problema estriba en determinar qué normas son indisponibles considerándose éstas en función de su carácter básico, de principio o exclusivo —imperativo o prohibitivo—, ya sea por responder a materias reservadas a la ley, o bien por estar relacionadas estrechamente con el contenido y objeto normativo en términos de relaciones sociales disciplinadas, o por su incidencia sobre otras normas del ordenamiento o sobre otros valores constitucionales o por su incompatibilidad con la estructura del modelo establecido ¹⁷⁷.

¹⁷⁵ PAREJA LOZANO, Carles, «Autonomía y potestad normativa de las corporaciones locales», *RAP* 138 (1995), págs. 136-137.

¹⁷⁶ GROPPI, Tania, *Autonomia costituzionale e potestà regolamentare degli enti locale*, Giuffrè Editore, Milano 1994, págs. 140-141.

¹⁷⁷ Se ha afirmado que a menudo la referencia a una disposición formal es artificial y que el juez sanciona más la violación de grandes principios y estructuras que la de un texto preciso. De aquí que no se puedan establecer estas normas de principio más que a través de su contenido y ubicación en un determinado ordenamiento jurídico, POUYAUD, Dominique, *La nullité des contrats administratifs*, LGDJ, París 1991, pág. 183. En la doctrina italiana se ha intentado situar las normas de principio —de contenido— en la siguiente clasificación: a) Normas que

A esto hay que añadir que, con respecto a la norma local, la ley formal debe actuar como límite negativo. Ello quiere decir que el reglamento local —el acuerdo de condiciones de trabajo local— puede cubrir de forma innovadora áreas no disciplinadas en un sentido sustancial por la fuentes legislativas, como norma más próxima a la realidad regulada y más atenta a las nuevas situaciones o a las particularidades necesitadas de una regulación, encontrándose desvinculado de la existencia de una ley que puntualmente le atribuya competencia normativa, con fundamento en el mismo concepto constitucional de la autonomía, ya que no puede hablarse de ordenamiento autónomo cuando la ley ha de determinar el momento y el contenido esencial del ejercicio de la potestad autónoma. Obviamente ello no impide que en un momento posterior el legislador estatal o autonómico pueda, si lo cree conveniente, intervenir en esa materia y desplazar la norma local de origen convencional.

Por otro lado, conviene considerar que no existe un monopolio del ejecutivo para el desarrollo de las leyes, sobre todo de las leyes referidas al bloque local, siendo posible que en ámbitos determinados por la ley su desarrollo corresponda al reglamento local¹⁷⁸. Esto posibilita reconocer a la norma local la posibilidad de aplicar directamente las leyes sin la existencia previa de un reglamento de ejecución o con su existencia en una posición supletoria y disponible por los productos de la autonomía local. Es más, podemos preguntarnos, en los casos en que se configura una pluralidad de fuentes técnicamente legítimas, hasta qué punto no se tiene la obligación de escoger una opción en función de determinados valores y principios constitucionales, lo que nos llevaría a considerar la existencia de una vinculación del legislador ordinario para privilegiar aquellas fuentes secundarias que frente al valor uniformidad primaran el valor gestión autónoma y participativa siempre que se mantengan las regulaciones esenciales y los grandes principios de objetividad, eficacia, igualdad y mérito¹⁷⁹.

imponen vínculos o límites relativos a la relación de empleo en sí misma considerada (principio de igualdad y mérito, incompatibilidades, derechos de libertad individual y colectiva); b) Normas relativas a la estructura de fuentes y distribución de la potestad normativa entre entes públicos; c) Normas relativas al régimen jurídico de la organización que ha de responder a fines públicos y a los principios constitucionales de objetividad, jerarquía y buena administración, ORSI BATTAGLINI, Andrea, «Fonti normative e regime giuridico del rapporto d'impiego con enti pubblici», *GDLRI* 59-60 (1993), págs. 462-472.

¹⁷⁸ En la doctrina francesa es ya un lugar común la afirmación de que sólo una habilitación formal puede autorizar al gobierno a completar una ley de desarrollo de la autonomía local, de tal manera que el poder de ejecución de las leyes en la materia es competencia de derecho común de los órganos deliberantes de las colectividades territoriales cada vez que el legislador ordinario no habilite expresamente para esta tarea a «su» ejecutivo, al respecto FAURE, Bertrand, «Le logement de fonction dans la fonction publique territoriale. Toujours à propos du pouvoir réglementaire local». *RFDA* 12 (1996), pág. 108.

¹⁷⁹ La preferencia en función del valor de gestión autónoma de los intereses públicos correspondientes al ámbito local, en PAREJO ALFONSO, Luciano, «La Ley 30/1992 y la Ley 7/1985: una valoración global de la integración del régimen básico de la Administración Local

El reflejo de la norma local, fundamentada en la posición de autonomía garantizada constitucionalmente, introduce en el problema de la relación entre normas primarias y secundarias la última de las cuestiones más arriba planteadas sobre el modo de formación de la norma secundaria y el problema de hasta qué punto influye en esta relación su producción mediante métodos democráticos, representativos o participativos, ya que parece que el cómo se decide debería incidir de alguna manera sobre lo que se decide.

Puede considerarse razonable y proporcionado afirmar que en la actividad contractual de las Administraciones públicas el principio de legalidad no debe ser entendido en su sentido originario de determinación positiva del actuar administrativo a través de una hipótesis normativa con rango de ley formal, sino como una mera obligación de no actuar en contradicción con los principios y las normas que regulan el ejercicio de las potestades administrativas, admitiéndose el recurso al acuerdo o a la convención cuando la ley haya implícitamente renunciado a regular una relación jurídica. La vinculación positiva, válida y necesaria para la actividad administrativa unilateral, encuentra una difícil justificación cuando la misma regulación legal construye un espacio para la definición convencional de la relación con el acuerdo de los interesados. Sin duda ello supone una nueva legitimación —pero también un método de control de las potestades— en la actuación de los órganos públicos ¹⁸⁰.

Además, en nuestro ordenamiento jurídico conviven múltiples procedimientos de integración política, de carácter general y sectorial, que expresan formalmente, a través de los correspondientes espacios jurídicos y productos normativos, nuevos equilibrios entre poderes o entre fuerzas políticas y sociales. Reforzar el procedimiento de elaboración de normas generales, a través de procedimientos de participación y negociación, afrontando el correspondiente debate con los colectivos afectados, supone sin duda un nuevo entendimiento de la potestad reglamentaria que hasta el momento está demostrando un carácter expansivo de difícil control ¹⁸¹. A través de la participación de los

en el conjunto de las Administraciones públicas», en FONT I LLOVET, Tomás (Dir.), *Anuario del Gobierno Local*, Marcial Pons, Madrid, 1995, pág. 41. La preferencia en función del valor participativo y afectación del círculo de interés colectivo, en ORSI BATTAGLINI, Andrea, «Fonti normative e regime giuridico del rapporto d impiego con enti pubblici», *GDLRI* 59-60 (1993).

¹⁸⁰ MASSUCCI, Alfonso, *Trasformazione dell'amministrazione e moduli convenzionali*, Jovene Editore, Napoli, 1988, págs. 93-96.

Como se dice en la STSJ de Navarra de 11 de diciembre de 1990 (RGD 562-563-1991): «Concordar con las centrales sindicales las condiciones de prestación de trabajo en el seno de la Administración Pública promueve un espíritu de empresa entre funcionarios, y alienta también el control social de la actividad administrativa que, junto con el control jurisdiccional y político, evitan que la Administración se convierta en una burocracia».

¹⁸¹ FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, «Reflexiones en torno a la potestad reglamentaria del Gobierno», *RVAP* 34-(II) (1992), pag. 43.

sujetos interesados puede recomponerse, en definitiva, a un nivel claramente diverso y diferenciado, el juego de las minorías-mayorías, expresión última de una presencia de la sociedad plural, que está en la base de la reserva legal, sin que ello suponga quebrar la primacía del Parlamento como asamblea en la que se condensa la representación política general ¹⁸².

De hecho, los procedimientos negociados de establecimiento de las condiciones de trabajo han cumplido históricamente y siguen cumpliendo en la actualidad una función de democratización de las relaciones laborales, posibilitando la participación de los interesados a través de sus organizaciones profesionales en las decisiones que les afectan.

La fuentes negociadas añaden y expresan un valor democrático, tanto formal como sustancial, que otras fuentes secundarias del mismo rango sólo expresan desde una perspectiva formal, por lo que el supuesto de colisión de dos normas equiordenadas, es decir, colocadas en el mismo grado de jerarquía y sobre el mismo ámbito material, provocada por un indebido entrecruzamiento de territorios normativos, ha de resolverse en favor de la norma autónoma y participada, precisamente en función de su mayor cualidad democrática, siempre que no existan otros intereses en presencia dignos de consideración ¹⁸³.

Para terminar este apartado no queda sino recomendar una amplia operación de limpieza o repliegue de muchas de las actuales normas imperativas de Derecho objetivo, carentes de sentido en la medida en que los productos habituales de la autonomía colectiva asumen su función en la determinación de las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos, siendo también precisa una operación de recomposición histórica en clave negocial de los dispersos materiales normativos producidos en momentos distintos en los que el legislador de la función pública era un legislador único y unilateral; sólo así se podrá articular un modelo estatutario basado en un adecuado reparto de tareas normativas en el que tengan presencia y vigencia los distintos poderes regulativos derivados de la autonomía territorial y colectiva ¹⁸⁴.

¹⁸² TORNOS MAS, Joaquín, «La relación entre la ley y el reglamento: reserva legal y remisión normativa. Algunos aspectos conflictivos a la luz de la jurisprudencia constitucional», *RAP* 100-102 (1983) págs. 497-502.

¹⁸³ ROMBOLI, Roberto, «Il rinnovo dei contratti del pubblico impiego nella giungla delle fonti», *RIDL* 2-1988, págs. 207-208.

¹⁸⁴ Precisamente, la reciente reforma de la negociación colectiva ha consistido en un repliegue de la intervención legal y en una rebaja del grado de imperatividad de las normas estatales en la medida en que se fijan con carácter dispositivo, a modo de una regulación básica que ha de ser desarrollada y completada por la negociación colectiva, con un retroceso notable de la intervención legal en términos de norma mínima sólo mejorable por la negociación colectiva, RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, Miguel; GONZÁLEZ ORTEGA, Santiago, «Derecho legal y tutela colectiva en la Ley 11/1994», en AAVV, *Reforma de la legislación laboral. Estudios dedicados al Prof. Manuel Alonso García*. Marcial Pons, Madrid 1995, pág. 31.

XI. LA DETERMINACIÓN CONJUNTA DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO DEL PERSONAL FUNCIONARIO Y LABORAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Uno de los límites esenciales que hay que imponer a la determinación convencional de las condiciones de trabajo en el ámbito público es la prohibición de una negociación conjunta de funcionarios y personal laboral al servicio de la Administración que desemboca en la aprobación de un acuerdo-convenio o instrumento mixto de regulación al que se acude ante la complejidad que representa la gestión diferenciada de dos colectivos regido cada uno de ellos por un distinto bloque normativo.

Al margen de los posibles medios existentes para sortear este dualismo ¹⁸⁵, lo cierto es que la jurisprudencia constitucional ha declarado el carácter básico de la distinción entre el personal funcionario y el personal laboral en las Administraciones públicas, afirmando que ambos colectivos prestan sus servicios en regímenes jurídicos sustancialmente distintos, en un caso en un régimen estatutario de carácter público y en el otro en un régimen contractual privado, sometido a las fuentes de regulación propias del contrato de trabajo ¹⁸⁶. Precisamente, nuestro Tribunal ha precisado que las normas sobre representación y acción colectiva contemplan al funcionario en cuanto servidor de la Administración pública, en ningún momento al margen de la relación de servicio, de aquí que las mismas formen parte del estatuto de los funcionarios públicos, considerándose desarrollo de los principios, valores y derechos constitucionales necesarios para configurar una función pública adaptada al orden democrático ¹⁸⁷.

Sobre esta base la doctrina del Tribunal Supremo se ha encargado de evidenciar las diferencias existentes entre el modelo de representación y negociación colectiva del ámbito público y del privado, recordando al efecto que:

«a) la estructura orgánica representativa integrada en la Mesa de Negociación, a que se refiere el art. 31.2 de la Ley 9/1987, no es coincidente con la prevista en el art. 87.1 de la Ley

¹⁸⁵ Como los propuestos en el trabajo de ROQUETA BUJ, R., «Las relaciones entre los sistemas de negociación colectiva laboral y funcional en la Administración pública», en *XI Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Junta de Andalucía. Consejo Andaluz de Relaciones Laborales. Ed. Trotta, Madrid, 1994.

¹⁸⁶ SSTC 57/1982, de 27 de julio y 3/1994, de 17 enero.

¹⁸⁷ SSTC 102/1988, de 8 de junio y 140/1990, de 20 de septiembre.

8/1980 para la constitución de la Mesa Negociadora; b) el grado de autonomía de la negociación colectiva de los funcionarios, resultante de los arts. 32 y 35 de la Ley 9/1987, es manifiestamente más limitado que el reconocido a los trabajadores en el art. 85 de la Ley 8/1980; e) la situación de supremacía de una de las partes, reflejada en el art. 35 de la Ley 9/1987 —al requerir la validez y eficacia de los pactos y acuerdos negociados la aprobación expresa y formal del Pleno de la Entidad local respectiva— no tiene correlación en la letra de los art. 82 y 90.2 de la Ley 8/1980, aplicables inclusive cuando el empresario sea la Entidad pública; d) la misma diferencia de régimen jurídico se observa —en el supuesto de fracaso de la negociación—, entre lo establecido en el art. 37.2 de la Ley 9/1987 y la regulación que deriva del Título II del RD Ley 17 /1977, de 4 de marzo, y la STC 11/1981, de 8 abril; e) igualmente es notoria la diferencia en las reclamaciones jurisdiccionales relativa a esta materia, reservadas al orden contencioso-administrativo tratándose de funcionarios (arts. 9.4 y 24 LOPJ), en tanto es competencia del orden social cuando conciernen al personal laboral, sea pública o privada la unidad empleadora (arts. 9.5 y 25 LOPJ)»¹⁸⁸.

La calificación de este tipo de instrumentos en el caso en que se produzcan es simple: para el personal laboral, acuerdos extraestatutarios en cuanto a su ámbito personal, por referirse a colectivos de distintas calificaciones jurídicas, lo que hace que no les sean aplicables las normas relativas a los convenios colectivos previstos en el Estatuto de los Trabajadores, que comprende exclusivamente a los trabajadores por cuenta ajena; para el personal funcionario, se ha de considerar aplicable la normativa general de Derecho común en el campo de las obligaciones¹⁸⁹.

Pese a la contundencia con que se pronuncian nuestros Tribunales lo cierto es que la regulación conjunta de las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos y los trabajadores laborales es un hecho en nuestras Administraciones públicas, fundamentalmente en nuestras Corporaciones Locales, donde aparecen todo tipo de mixturas definidas como «Convenio de condiciones de trabajo del personal laboral y funcionario»¹⁹⁰, «Convenio-Acuerdo de condiciones de tra-

¹⁸⁸ STS de 22 de octubre de 1993 (Ar. 7.544).

¹⁸⁹ STS de 30 de octubre de 1992 (Ar. 8.397).

¹⁹⁰ «Conveni de condicions de treball del personal funcionari i laboral de l'Ajuntament de Girona 1995» (BOP de Girona de 22 de julio de 1995), que se plantea como objetivo la unificación de la normativa reguladora del personal al servicio del Ayuntamiento y la asimilación del régimen jurídico del personal laboral en todo aquello que permita su especial naturaleza y condición, advirtiendo que el Convenio se aplicará en todo su contenido al personal laboral que ocupe plaza fija en la plantilla, y al personal funcionario, sin perjuicio de las prescripciones determinadas por precepto legal expreso e imperativo.

bajo del personal laboral y funcionario»¹⁹¹, «Convenio de funcionarios»¹⁹², «Convenio unitario del personal»¹⁹³.

Además, la calificación de un instrumento colectivo como convenio o acuerdo parece perder en algunos casos su virtualidad identificativa ya que existen convenios cuyo ámbito de aplicación incluye al personal funcionario¹⁹⁴, pero también convenios y acuerdos de condiciones de trabajo en cuyo texto normativo se confiesa que la negociación de las condiciones de trabajo del personal laboral y funcionario se ha efectuado de forma única y global¹⁹⁵, todo ello sin tener en cuenta que a menudo la identificación del ámbito personal del instrumento colectivo ha de deducirse de su contenido en el que se entremezclan confusamente instituciones propias del ordenamiento laboral y del administrativo¹⁹⁶.

¹⁹¹ «Conveni-Acord de condicions de treball del personal laboral i funcional de la Diputació de Girona 1995-1996» (BOP de Girona de 22 de julio de 1995), donde se advierte que respecto del personal funcionario el correspondiente texto tendrá la naturaleza de acuerdo, en los términos establecidos por la Ley 9/1987, de 12 de junio, de órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las administraciones públicas. Respecto del personal laboral tendrá la naturaleza de convenio colectivo en los términos establecidos por el Estatuto de los trabajadores.

¹⁹² «Convenio de funcionarios del Ayuntamiento de Nuevo Baztán 1995-1997» (BOCM de 16 de mayo de 1995), cuya publicación se acompaña de la reproducción de un acta de la sesión plenaria ordinaria de aprobación, donde se dice que se aprueba la propuesta de convenio colectivo para el personal del Ayuntamiento, tanto funcionario como laboral.

¹⁹³ «Conveni unitari del personal de l'Ajuntament de Valls 1995» (DOGC de 8 de enero de 1996), donde se advierte que este instrumento es de aplicación a las relaciones entre el Ayuntamiento y el personal funcionario de carrera o interino, personal laboral fijo o con contrato y que ha sido negociado y firmado por el Comité unitario de personal.

¹⁹⁴ «Convenio colectivo de la empresa Ayuntamiento de A Estrada 1995-1997» (DOG de 10 de abril de 1996), cuyo ámbito de aplicación incluye al personal funcionario, interino y personal laboral.

¹⁹⁵ «Conveni col·lectiu de treball de l'Ajuntament d'Igualada (personal laboral), per al període 1 de gener de 1993 a 31 de desembre de 1995 y «Acord regulador de les condicions de treball dels funcionaris de l'Ajuntament d'Igualada, per al període 1 de gener de 1993 a 31 de desembre de 1995» (BOP de Barcelona de 15 de mayo de 1995), cuyo preámbulo confiesa que la negociación de los dos instrumentos se ha efectuado de una forma única y global, pero, por razones de procedimiento, se diferencia un Convenio laboral y un Convenio para funcionarios, aunque la interpretación de ambos se efectuará de forma conjunta. «Convenio laboral entre Corporación contratados laborales del Ayuntamiento de Montijo para 1995», donde se prevé la constitución de una comisión mixta integrada, de un lado, por un representante de cada uno de los grupos políticos representados en la Corporación, y de otro, el 50% de dicho número por representantes de los funcionarios, y el otro 50% por representantes de los contratados laborales, dado que la negociación tanto del convenio laboral como del acuerdo se produce de forma conjunta. «Convenio regulador de las condiciones de trabajo del Ayuntamiento de Leganés» (BOCM de 25 de mayo de 1995), donde se refiere su ámbito de aplicación al personal laboral, pero se advierte en su art. 43 que dicho convenio regula conjuntamente las condiciones de trabajo de toda la plantilla y ha sido negociado por un comité unitario de los trabajadores integrado por el comité de empresa y la junta de personal.

¹⁹⁶ «Acuerdo Marco del Ayuntamiento de Collado Villalba 1995-1996» (BOCM de 30 de mayo de 1995), donde se dice establecer las reglas por las que han de regirse las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos, pero cuyo art. 44 remite el régimen disciplinario: «a lo establecido en la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores, y demás disposiciones reglamentarias que le sean de aplicación».

Sorprende también que en la mayoría de casos la regulación conjunta de las condiciones de trabajo de ambos colectivos responda a una declarada intención de uniformidad de regímenes u homogeneización de condiciones de trabajo que no parece estar fundada en razones de economía administrativa y eficacia organizativa sino principalmente en un deseo de acercar el régimen jurídico del personal laboral al de los funcionarios públicos, produciendo una funcionarización encubierta del personal laboral a través de los instrumentos de la autonomía colectiva que ha de hacernos reflexionar sobre la funcionalidad última de la división de regímenes jurídicos de empleo en el seno de nuestras Administraciones públicas ¹⁹⁷.

La intensidad del fenómeno descrito ¹⁹⁸ nos ha de llevar a preguntarnos por el control de legalidad del instrumento negociado que ha adquirido validez y eficacia, advirtiendo en el modelo privado la existencia de una intervención de la autoridad laboral de carácter instrumental dirigida, por un lado, a garantizar la inserción del convenio en el ordenamiento general y, por otro, a velar por su adecuación al Derecho ¹⁹⁹.

Esta función administrativa, que se ha dado en llamar control de legalidad del instrumento colectivo, no se ejerce en la mayoría de los casos en que el convenio se refiere a las condiciones de trabajo de los

La STSJ de Castilla-La Mancha, de 13 de septiembre de 1994 (RGD 613-614-1995), conoce de un supuesto de aplicación del régimen de infracciones y sanciones contenido en el convenio colectivo a un funcionario, aplicación que se deniega alegando que: «No se puede poner en duda la trascendencia normativa de ese convenio, pero tampoco olvidar que aunque por los motivos que fueren se realiza una regulación unitaria para el personal laboral y funcionario de las diversas cuestiones que afecten a la presentación de sus servicios, esta regulación no puede ser idéntica en algunos aspectos, pues entre el funcionario y el trabajador sometido al Derecho laboral hay diferencias sustanciales que devienen de la propia relación que mantienen con la Administración».

¹⁹⁷ Esta finalidad se declara expresamente en el «Conveni-Acord de condicions de treball del personal funcionari i laboral de l'Ajuntament de Salt 1994» (BOP de Girona de 1 de abril de 1995), en el «Conveni de condicions de treball del personal funcionari i laboral de l'Ajuntament de Girona 1995» (BOP de Girona de 22 de julio de 1995), «Conveni-Acord de condicions de treball del personal laboral i funcionari de la Diputació de Girona 1995-1996» (BOP de Girona de 22 de julio de 1995), en el «Conveni col·lectiu de treball de l'Ajuntament de Sallent (personal laboral) per a l'any 1995» (BOP de Barcelona de 8 de mayo de 1995) y el «Acord regulador de les condicions de treball dels funcionaris de l'Ajuntament de Sallent per a l'any 1995» (BOP de Barcelona de 8 mayo de 1995), en el «Conveni col·lectiu de treball de l'Ajuntament d'Igualada (personal laboral), per al període 1 de gener de 1993 a 31 de desembre de 1995» y en el «Acord regulador de les condicions de treball de les funcionaris de l'Ajuntament d'Igualada, per al període 1 de gener de 1993 a 31 de desembre de 1995» (BOP de Barcelona de 15 de marzo de 1995), y, por último, en el «Reglament de personal al servei de l'Ajuntament de Roda de Barà» (BOP de Tarragona de 1 de abril de 1996).

¹⁹⁸ De los 52 entes locales estudiados para la elaboración de este trabajo sólo hemos podido reconocer con claridad el tipo previsto en la legislación vigente, convenio del personal laboral o acuerdo de condiciones de trabajo de los funcionarios públicos, en 34 de ellos.

¹⁹⁹ Sobre el control de legalidad de los productos de la autonomía colectiva, RABANAL CARBAJO, Pedro R., *Negociación colectiva y Administración (Un estudio sobre la intervención administrativa en la negociación colectiva del Título III del Estatuto de los Trabajadores)*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1994.

empleados públicos. Y no existe por lo que hace referencia a los acuerdos de condiciones de trabajo de los funcionarios públicos, ya que el art. 36 LORAP se limita a señalar que los acuerdos aprobados y los pactos celebrados se remitirán a la oficina pública correspondiente. De manera tal que la impugnación de los acuerdos de condiciones de trabajo que transgreda la legalidad vigente seguirá el régimen de control de los actos locales, por lo que, si las Administraciones superiores consideran que un acuerdo local es contrario al ordenamiento, la única posibilidad de reaccionar contra él y obtener su suspensión previa a la anulación es acudir a los Tribunales administrativos, sin perjuicio de que en el ínterin, la oficina pública correspondiente, dependiente ordinariamente de la autoridad laboral, haya conocido y publicado el correspondiente acuerdo de condiciones de trabajo.

Obviamente, el principio de autonomía predica que sea la jurisdicción la única encargada de decidir sobre un acuerdo que como reglamento local es inmediatamente ejecutivo hasta que el tribunal competente decida sobre su regularidad jurídica, o sobre un convenio laboral que puede referirse sin duda alguna al derecho constitucional de negociación colectiva, pero nada obsta a la introducción de una intervención calificada que procure una primera lectura del acuerdo o del convenio, produzca un trámite de subsanación de los defectos producidos por las partes y, en última instancia, publique el correspondiente instrumento interesando el pronunciamiento del juez competente al efecto y solicitando la suspensión judicial o no de su aplicación hasta que no se produzca el oportuno pronunciamiento.

En todo caso, el diferente sistema y práctica de control de los productos de la autonomía es hoy un factor diferencial del ámbito público y privado de las relaciones colectivas.

XII. LAS MATERIAS OBJETO DE NEGOCIACIÓN

El artículo 32 de la LORAP determina las materias que serán objeto de negociación en el ámbito respectivo, estatal, autonómico o local, y en la Mesa de Negociación correspondiente, general o sectorial, siempre en relación con las competencias que cada Administración pública tenga legalmente atribuidas, estableciendo al efecto un sistema de cláusulas específicas con las materias que han de ser objeto de negociación y una doble cláusula abierta en la que se ha de distinguir aquello que ha de ser objeto de negociación legislativa, y aquello que, por afectar a las funciones normativas y dispositivas de la Administración, ha de ser objeto de negociación con los órganos de gobierno y los administrativos de las correspondientes Administraciones, cerrándose el esquema diseñado con el art. 34 LORAP definitorio de las materias

excluidas de la obligatoriedad de la negociación y que han de ser objeto de los procedimientos de consulta.

Hemos dicho más arriba que no parece la solución más razonable a efectos interpretativos el acogimiento del carácter expansivo de las cláusulas más amplias y la afirmación consiguiente de que todo puede ser objeto de negociación, sin plantearse antes la funcionalidad última de las cláusulas cerradas, en función de su significación dentro del ordenamiento de la función pública para determinar exactamente el contenido de la materia que ha de ser objeto de negociación. Nuestro punto de partida se fundamenta en la idea de que todos los ámbitos negociales contemplados en la Ley tienen que tener un contenido preciso y previsible que pueda ser objeto de negociación, constituyéndose así en una garantía de intangibilidad del procedimiento negocial y a la vez del ejercicio de las facultades unilaterales que la Administración tenga legalmente atribuidas, si no se quiere que esta división de ámbitos constituya un simple compromiso que no pueda soportar la conflictividad ínsita en la existencia de dos modelos alternativos de producción normativa.

Este es el método a seguir en este apartado teniendo en cuenta que, advertidos los límites en los que por imperativo constitucional ha de moverse la negociación legislativa, nos limitaremos al estudio de las potestades administrativas que puedan ser objeto de negociación sin que la materia correspondiente exija rango legal.

A) RETRIBUCIONES

El art. 32 de la LORAP prevé la negociación del incremento de las retribuciones del personal funcionario de todas las Administraciones públicas que proceda incluir en el Proyecto de Presupuestos Generales del Estado de cada año, negociación cuyo único foro posible es la Mesa General de Negociación de la Administración del Estado, convirtiéndose la materia «incremento retributivo» en una materia excluida de los otros ámbitos de negociación.

Sin embargo, el art. 32 a) LORAP se refiere también al: «incremento de las demás retribuciones a establecer, para su respectivo personal, en los proyectos normativos correspondientes de ámbito autonómico y local».

Dicho redactado no debe inducirnos a error, en primer lugar, porque de conformidad con el art. 24 de la LMRFP las cuantías de las retribuciones básicas serán iguales en todas las Administraciones Públicas para cada uno de los grupos en que se clasifican los Cuerpos, Escalas, Categorías o Clases de funcionarios: en segundo lugar, porque, según el mismo artículo, la cuantía del complemento de destino

asignado a cada puesto de trabajo y de los complementos específicos y de productividad se ha de reflejar para cada ejercicio presupuestario en los correspondientes presupuestos de cada Administración pública, teniendo en cuenta que la cuantía del primero de los complementos citados se establecerá de conformidad con lo que para cada nivel prevea la Ley de Presupuestos Generales del Estado para los funcionarios de la Administración Civil del Estado ²⁰⁰; en tercer lugar, todo ello se ha de producir sin que el incremento global de las retribuciones del personal al servicio de la Administración pública que haya de consignarse en el texto normativo de los correspondientes presupuestos sobrepase el límite máximo de incremento establecido por la Ley de Presupuestos Generales del Estado.

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre esta materia en su Sentencia 63/1986, y más recientemente en la Sentencia 96/1990, admitiendo que la competencia estatal para regular las bases del régimen estatutario de los funcionarios puede extenderse, por razones de política económica general, al establecimiento de topes máximos de incremento de las retribuciones, siempre que se haga globalmente y no individual o personalmente ²⁰¹.

Esto quiere decir que los mencionados límites son máximos cuando contemplan la cuantía total de las retribuciones dentro de cada

²⁰⁰ En el caso de las entidades locales, según el artículo único del Real Decreto 158/1996, de 2 de febrero, por el que se modifica el Real Decreto 861/1986, de 25 de abril, en lo relativo al complemento de destino de los funcionarios de la Administración Local, la asignación del nivel a cada puesto de trabajo atenderá a criterios de especialización, responsabilidad, competencia y mando, así como a la complejidad territorial y funcional de los servicios en que esté situado el puesto. El art. 7 del Real Decreto 861/1986, de 25 de abril, sobre el régimen de las retribuciones de los funcionarios de la Administración Local, establece que la cantidad global destinada a la asignación de complementos específicos no podrá exceder del 75% de la masa retributiva global presupuestada para cada ejercicio económico para la cobertura de las retribuciones complementarias, mientras que la cuantía global destinada a la asignación individual del complemento de productividad no podrá exceder del 30%, excluida la referida al personal laboral.

²⁰¹ El Tribunal Constitucional ha afirmado que la competencia estatal para regular las bases del régimen jurídico de los funcionarios puede extenderse para incluir en ella: «previsiones relativas a las retribuciones de los funcionarios comunes a todas las Administraciones públicas, lo que, a su vez, hallaría fundamento en los principios constitucionales de igualdad y solidaridad», la misma tesis encontraría su apoyo en la competencia estatal de dirección la actividad económica general (Art. 149.1.13 CE), como medida: «dirigida a contener la expansión relativa de uno de los componentes esenciales del gasto público», no resultando injustificado que: «en razón de una política de contención de la inflación a través de la reducción del déficit público, y de prioridad de las inversiones públicas frente a los gastos consuntivos, se establezcan por el Estado topes máximos globales al incremento de la masa retributiva de los empleados públicos» (STC 63/1986). Sin embargo: «no parece justificado, desde la perspectiva de los objetivos de la política económica general, que el Estado predetermine los incrementos máximos de las cuantías de las retribuciones de cada funcionario dependiente de las Comunidades Autónomas y Corporaciones locales» (STC 96/1990), por lo que las prescripciones presupuestarias sólo pueden estimarse conformes a la Constitución si se interpretan en el sentido de que el límite máximo se refiere al volumen total de las retribuciones correspondientes a cada grupo y no a la retribución de cada una de las personas afectadas. Al respecto, CAVAS MARTÍNEZ, Faustino, «Leyes de presupuestos e intervencionismo estatal en la negociación colectiva del sector público». RTSS, julio-septiembre 1992.

grupo de funcionarios, pero no cuando contemplan la determinación concreta de las retribuciones de cada uno de los funcionarios públicos, lo que significa admitir la posibilidad de que se produzcan determinaciones retributivas diferenciadas, por encima del incremento establecido, para grupos o individuos determinados. Los incrementos en las retribuciones no tienen por qué forzar, pues, aumentos salariales «lineales», es decir, aumentos de igual cuantía para todos los empleados al servicio de las Administraciones públicas, por lo que, en cada Administración territorial, realizando las oportunas compensaciones y mientras no se supere con carácter general el límite máximo de incremento previsto para la masa salarial global, pueden negociarse aumentos superiores al tanto porcentual establecido en la legislación presupuestaria estatal para colectivos o individuos concretos.

El hecho cierto es que las leyes presupuestarias del Estado establecen los incrementos retributivos del personal, tanto para las retribuciones básicas como para las complementarias, sin perjuicio de que los presupuestos generales de las otras entidades públicas establezcan el nivel, por tanto, el complemento de destino para cada puesto, así como el complemento específico que corresponda y los programas o acciones que para incrementar la calidad y productividad del servicio público se quieran establecer y dotar presupuestariamente hasta el límite permitido por las leyes.

Capítulo aparte merece la cuestión de la estructura y los conceptos retributivos previstos en el art. 23 LMRFP que se consideran bases del régimen de retribuciones de los funcionarios públicos, por lo que no se podrán definir nuevos conceptos retributivos, modificar el contenido de los existentes o de sus factores de valoración, sin alterar las normas básicas del régimen estatutario de los funcionarios públicos, dictadas al amparo del art. 149.1.18 de la Constitución, y en consecuencia aplicables al personal de todas las Administraciones públicas de conformidad con la calificación realizada por el art. 1.3 de la LMRFP.

La práctica convencional de nuestras Administraciones públicas en la materia retributiva puede ser agrupada de la manera siguiente:

a) En la Administración del Estado el Acuerdo Administración-Sindicatos para el período 1995-1997, sobre condiciones de trabajo en la función pública, ha dado como resultado la negociación de un incremento de las retribuciones equivalente al incremento del IPC previsto a incorporar a la Ley de Presupuestos Generales del Estado con la generación de un fondo específico para el mantenimiento del poder adquisitivo; la asunción de un compromiso de negociación de las modificaciones que pudieran producirse en los complementos de destino y específico, y la afirmación de un deber de información semes-

tral sobre los criterios aplicados en la fijación, distribución y cuantías de los incentivos al rendimiento.

b) En la Administración de las Comunidades Autónomas se mantiene la misma estructura convencional con dos variaciones: se acepta el compromiso de negociación de los criterios de aplicación del complemento específico ²⁰², pero acompañado de la constitución de fondos para la revisión negociada de las relaciones de puestos de trabajo con la finalidad de financiar las adecuaciones retributivas que con carácter singular y excepcional puedan resultar imprescindibles ²⁰³. Nótese que en este último caso se pueden llegar a establecer incrementos retributivos que superen el límite establecido en la legislación presupuestaria estatal, justificados en la revisión de puestos de trabajo y en la nueva catalogación de los mismos, el problema estriba en que el incremento retributivo no sigue a la valoración de puestos de trabajo, sino que la revisión de los puestos y la valoración al alza de los mismos es una consecuencia de la existencia de un incremento retributivo previo.

c) En la Administración de las Entidades Locales el esquema sufre un proceso de fragmentación dado el alto número de las unidades negociadoras aunque pueden llegar a identificarse hasta las cinco prácticas convencionales siguientes:

1) En la primera el incremento previsto en la Ley de Presupuestos Generales del Estado se toma como una previsión inicial susceptible de mejora pactándose incrementos porcentuales adicionales al establecido en la norma estatal ²⁰⁴.

2) En la segunda se producen incrementos lineales sobre la cuantía del complemento específico de todos los puestos de trabajo de la

²⁰² Capítulo III, A.3 del «Acuerdo Administración y Organizaciones Sindicales sobre condiciones de trabajo del personal al servicio de la Administración Pública de la Región de Murcia» (BORM de 17 de noviembre de 1994).

²⁰³ Artículos 4.4 y 5 del «Acuerdo entre la Administración del Principado de Asturias y los Sindicatos para el período 1995-1997, sobre condiciones de trabajo de los empleados públicos» (BOPA de 25 de marzo de 1995); Capítulo II, A.2 del «Acuerdo Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha-Sindicatos para el período 1996-1998, sobre condiciones de trabajo en la Función Pública» (DOCyLM de 29 de diciembre de 1995).

²⁰⁴ Así, el «Pacte de Condicions per a funcionaris de l'Ajuntament de La Jonquera 1995-1996» (BOP Girona de 29 de agosto de 1995) establece que el incremento será el previsto en la Ley de Presupuestos más un fondo adicional de un 1% de la masa salarial del año 1995; el «Acuerdo regulador de las condiciones de trabajo para el personal funcionario del Ayuntamiento de Sestao 1995 y 1996» (BOPV de 28 de julio de 1993) señala que las retribuciones se incrementarán en un 1,25% por encima del incremento que se establezca en la Ley General de Presupuestos del Estado; el «Acuerdo Marco del Ayuntamiento de Collado Villalba 1995-1996» (BOCM de 30 de mayo de 1995) señala que el incremento retributivo será el establecido en los Presupuestos Generales del Estado más un 2,5% para el 1995 siendo el incremento para 1996 del 2,5% por encima del previsto en la Ley de Presupuestos Generales del Estado; el «Convenio de funcionarios del Ayuntamiento de Nuevo Baztán para los años 1995-1997» (BOCM de 16 de mayo de 1995) establece que para 1996 y 1997 la subida salarial será la establecida por la Ley General de Presupuestos más dos puntos porcentuales.

entidad con lo que la modificación del mismo se opera directamente por ministerio del acuerdo o pacto suscrito con los sindicatos y no a través de los correspondientes procedimientos de análisis y valoración de puestos de trabajo ²⁰⁵. Variantes de esta práctica consisten en el establecimiento de cantidades mínimas para el complemento específico de todos los puestos de trabajo ²⁰⁶, la asignación de niveles superiores a todos los puestos ²⁰⁷ o la asignación indiscriminada de complementos de productividad no variables ²⁰⁸.

3) En la tercera, a semejanza de lo que ocurría con las Comunidades Autónomas, se establecen fondos para la adecuación de las relaciones de puestos de trabajo ²⁰⁹ o para la mejora de la productividad en función de factores relacionados con la presencia en el puesto y la reducción del absentismo laboral ²¹⁰.

²⁰⁵ Así, el «Acord de condicions econòmico-laborals de l'Ajuntament de Torroella de Montgrí per al personal laboral 1994-1995» (BOP de Girona de 17 de gener de 1995), donde se prevé que el complemento específico del personal asimilado a los grupos funcionariales D y E se verá incrementado en la cantidad lineal de 5.000 pesetas; El «Conveni de condicions de treball del personal funcionari i laboral de l'Ajuntament de Girona 1995» (BOP de Girona de 22 de julio de 1995) donde se establece un programa de mejora individual de 1.500 pesetas mensuales para el personal integrado en el grupo E; el «Pacto sobre normas de trabajo del personal funcionario que presta sus servicios en el Ayuntamiento de Tordesillas 1994-1995» (BOCyL de 7 de marzo de 1995) donde se señala que el complemento específico de cada funcionario se verá incrementado en 3.610 pesetas.

²⁰⁶ En el «Acuerdo regulador de las condiciones de empleo de la Función Pública Municipal del Excmo. Ayuntamiento de Logroño (La Rioja) para 1995» (BOR de 9 de mayo de 1995) se establece un complemento específico mínimo para todos los puestos de 136.644 pts.

²⁰⁷ En el «Acord de condicions econòmico-laborals de l'Ajuntament de Torroella de Montgrí per al personal funcionari 1994-1995» (BOP de Girona de 17 de gener de 1995), se acuerda que no ha de existir ningún trabajador del Grupo E que tenga un complemento de destino inferior a 11; ninguno del Grupo D que tenga un complemento de destino inferior a 13; ninguno del Grupo C que tenga un complemento de destino inferior a 15; ninguno del Grupo B que tenga un complemento de destino inferior a 16.

²⁰⁸ El «Conveni entre els representants de l'Ajuntament de Palamós i els delegats de personal relatiu a les condicions econòmiques-laborals pels anys 1994 i 1995» (BOP Girona de 12 de setembre de 1995) se afirma la congelación de la masa salarial para el año 1994 y se prevé una asignación del complemento de productividad que será de un 4% proporcional a las retribuciones de todo el personal laboral y funcionario de aquella Corporación Local.

²⁰⁹ El «Acuerdo entre el Excmo. Ayuntamiento de Caravaca y su personal funcionario para 1995, 1996 y 1997» (BORM de 24 de marzo de 1995) establece con carácter general el incremento salarial que se fije en los presupuestos generales del Estado para el año 1995. Para el año 1996 se establece un fondo de hasta 4.700.000 pesetas para la adecuación de las relaciones de puestos de trabajo. Para el año 1997 se establece un fondo de hasta 4.700.000 para la adecuación de la relación de puestos de trabajo. El «Acuerdo regulador de las condiciones de trabajo suscrito entre el Excmo. Ayuntamiento de Alhama de Murcia y su personal funcionario para 1995» (BORM de 17 de mayo de 1995) prevé una aportación de 3.500.000 pesetas para la recatalogación de los puestos de trabajo del personal laboral y funcionario.

²¹⁰ El «Pacte de condicions de treball per a funcionaris de l'Ajuntament de Balaguer 1995 1996 y 1997» (BOP de Lleida de 18 de maig de 1995), asigna un fondo de productividad de 5.670.000 pts. condicionado al cumplimiento de los objetivos de reducción del absentismo en puesto de trabajo por la no superación individual del 5% de absentismo laboral. El «Convenio colectivo de trabajo para el Excmo. Ayuntamiento de Bullas 1995-1996» (BORM de 1 de abril de 1996) establece un fondo de 2.733.456 pts. para el estudio de la productividad.

4) En la última de las prácticas que hemos detectado se utiliza las pagas extraordinarias como vehículo del incremento retributivo. Esto puede hacerse añadiendo a los conceptos que conforman la retribución el importe de las retribuciones complementarias ²¹¹, o bien incrementando el número de las pagas que se devengan anualmente ²¹².

Por lo que hace referencia a la estructura de los conceptos retributivos lo cierto es que la negociación colectiva en el ámbito estatal y autonómico parece haber mantenido inalterables los contenidos funcionales previstos por las normas básicas ²¹³.

En el ámbito local su práctica convencional permite detectar una triple tendencia:

a) En primer lugar a la creación de nuevos conceptos retributivos no previstos por las normas básicas estatales ²¹⁴.

b) En segundo lugar a una desnaturalización de los conceptos retributivos establecidos cuyos contenidos formales no son respetados por los contenidos materiales establecidos en la negociación colectiva ²¹⁵.

²¹¹ Así, el «Acord de condicions econòmiques laborals de l'Ajuntament de Toroella de Montgri per al personal funcionari 1994-1995» (BOP de Girona 17 de gener de 1995) donde se garantiza a todo el personal la percepción de dos pagas extraordinarias cada año con un importe equivalente al de una retribución mensual neta; el «Pacte de condicions de treball del personal funcionari de l'Ajuntament de Figueres per a l'any 1994» (BOP de Girona de 19 de enero de 1995) donde se advierte que las pagas extraordinarias serán de una mensualidad con exclusión del complemento de productividad; el «Pacte de condicions de treball per a funcionaris de l'Ajuntament de Balaguer 1995, 1996 y 1997» (BOP de Lleida de 18 de maig de 1995) que se limita a establecer el derecho de los funcionarios a la percepción de catorce pagas íntegras.

²¹² El «Conveni/Acord de condicions de treball del personal funcionari i laboral de l'Ajuntament de Salt 1994» (BOP de Girona de 1 de abril de 1995) prevé el abono de dos pagas extraordinarias íntegras con excepción del complemento de mayor dedicación e instaura el derecho a la percepción de una tercera paga lineal de 15.000 pts.; el «Acuerdo de las condiciones de empleo económico-administrativas de la función pública en el Ayuntamiento de Arnedo (La Rioja) para 1993 y 1994» (BOR de 19 de abril de 1995) donde se establece una paga extraordinaria por una cuantía lineal anual de 70.000 pesetas a percibir por todos los funcionarios en el mes de septiembre.

²¹³ Con la única excepción de lo establecido en el «Acuerdo Administración-Sindicatos para modernizar la Administración y mejorar las condiciones de trabajo de 1992» (BOE de 12 de enero de 1992), cuyo capítulo 10.5 establece un complemento específico general para todos los puestos que no lo recibían de 22.020 pesetas anuales, cuando según el art. 23.3 b) de la LMRFP el complemento específico se destinaba a retribuir las condiciones particulares de algunos puestos, existiendo una constante jurisprudencia del Tribunal Supremo anulatoria de los catálogos y puestos de trabajo de las entidades locales en los que se dotaba a todos los puestos de trabajo de un complemento específico, al efecto son representativas las STS de 30 de mayo de 1991 (Ar. 4.226) y la de 11 de septiembre de 1993 (Ar. 6.600).

²¹⁴ Este es el caso, por ejemplo, del «Acuerdo del Ayuntamiento de Zamora por el que se aprueban las condiciones de trabajo de los funcionarios de este Ayuntamiento para los años 1995, 1996 y 1997» (BOCyL de 15 de marzo de 1996), donde se establece un «plus de acuerdo» que se devengará el 30 de septiembre y cuya cuantía será de 100.000 pts.

²¹⁵ Así, el «Pacte de condicions per a funcionaris de l'Ajuntament de La Jonquera 1995-1996» (BOP de Girona de 29 de agosto de 1995) en el que se advierte que los complementos personales transitorios y absorbibles surgidos de la aplicación del nuevo sistema retributivo implantado por la aplicación del Real Decreto 861/1986 estarán sujetos a los incrementos retributivos correspondientes; el «Conveni del personal laboral de l'Ajuntament de Palamós 1994-1995» (BOP de Girona de 7 de setiembre de 1995) configurador de un llamado plus de

c) En tercer lugar existe una orientación creciente a la factorialización excesiva del complemento específico a través de conceptos retributivos que intentan remunerar la distinta calidad del tiempo de trabajo mediante un sistema de pluses que en la práctica parecen autonomizarse del propio concepto retributivo y actuar como retribuciones en sí mismas consideradas, creadas para atender a situaciones distintas de las previstas en la normativa básica que las regula ²¹⁶.

Frente a estos desarrollos convencionales la reacción de nuestros Tribunales no se ha hecho esperar afirmando la competencia estatal para el establecimiento de los límites máximos de crecimiento salarial y la estipulación de cláusulas revisorias por diferencias de IPC, competencia en la que también ha de incluirse la determinación de la estructura y cuantía de las retribuciones básicas, remitiéndose la fijación de las complementarias a los presupuestos de cada entidad dentro de los límites y condiciones establecidos por la legislación básica estatal ²¹⁷.

productividad fijo para cada grupo de titulación; el «Acuerdo regulador del personal funcionario del Ayuntamiento de Carnota 1995» (DOG de 4 de marzo de 1996) en el que se asigna una cantidad total de 2.000.000 pts. para configurar un complemento de productividad que se repartirá en un 50% de forma lineal entre el personal funcionario del Ayuntamiento.

²¹⁶ Al respecto, los pluses de nocturnidad, peligrosidad, penosidad y toxicidad que, según se afirma en su art. 21.2, los funcionarios percibirán a través del complemento específico establecidos en el «Convenio colectivo del personal laboral del Ayuntamiento de Artá 1995-1996» (BOCAIB de 9 de marzo de 1995); el plus de domingos y festivos, del «Conveni-Acord de condicions de treball del personal laboral i funcionari de la Diputació de Girona 1995-1996» (BOP de Girona de 22 de julio de 1995); la llamada nocturnidad para los funcionarios del cuerpo de policía local que realicen todo su servicio mensual en jornada nocturna equivalente a una compensación económica a tanto alzado de 20.000 pts. mensuales del «Convenio de funcionarios del Ayuntamiento de Nuevo Baztán 1995, 1996 y 1997» (BOCM de 16 de mayo de 1995); los conceptos de nocturnidad y jornada completa en domingo o festivo, penosidad o peligrosidad, conducción y servicio de gala del «Acuerdo regulador de las condiciones de empleo de la Función Pública Municipal del Excmo. Ayuntamiento de Logroño (La Rioja) para 1995» (BOR de 19 de abril de 1995); un ejemplo demostrativo de la tendencia que hemos tratado de explicitar lo constituye el «Conveni unitari del personal de l'Ajuntament de Valls 1995» (DOGC de 8 de enero de 1996) donde se utiliza el plural para referirse al complemento específico «los complementos específicos de los funcionarios» y se enuncian los siguientes: complemento de nocturnidad, complemento de responsabilidad, complemento de disponibilidad y complemento de festividad.

²¹⁷ STSJ del País Vasco de 28 de julio de 1992 (Edersa 226-1994); STSJ de Castilla-La Mancha de 7 de abril de 1993 (RGD 600-1994); STSJ de Valencia de 25 de noviembre de 1995 (AA 1-1996). La única excepción parece producirse en la STSJ de Cantabria de 5 de marzo de 1990 (Jurisprudencia del TSJ de Cantabria-1990) donde se autoriza la superación de la masa salarial prevista por la Ley de Presupuestos Generales del Estado a modo de permisividad excepcional y con la explícita finalidad de la equiparación retributiva entre el personal laboral y funcionario de conformidad con el principio constitucional de igualdad.

La STS de 17 de abril de 1996 (Ar. 3.718) es suficientemente representativa al efecto: «No es cierto que la autonomía de las Corporaciones Locales y la normativa que regula la negociación colectiva de los funcionarios permita pactos con la amplitud que pretende el sindicato recurrente dando lugar por ejemplo a que cada Diputación y Ayuntamiento vulnerando lo dispuesto en el art. 93.1 y 2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local, establezca para sus funcionarios retribuciones distintas a las fijadas con carácter general para toda la función pública y distintas en cada Corporación en función de sus medios económicos o de las pretensiones de sus funcionarios».

Sin embargo, las pretendidas competencias de las entidades territoriales que han de proyectarse sobre las retribuciones complementarias quedan seriamente comprometidas al entenderse que la determinación del nivel de complemento de destino y la cuantía del específico tiene un trámite reglado que no puede ser sustituido por el compromiso adquirido en una Mesa de Negociación, siendo las relaciones de puestos de trabajo las que determinan los complementos que en su caso hayan de corresponder a cada uno de los puestos según dispone el art. 15 de la LMRFP. Por tanto, la determinación o modificación de los complementos de destino y de los complementos específicos de una entidad pública no provendrá de una negociación sino de un procedimiento objetivo de valoración tendente a la concreción de las características retributivas de cada uno de los puestos de trabajo de una estructura administrativa ²¹⁸, careciendo de toda justificación la asignación de incrementos retributivos globales genéricos e iguales para todos los complementos específicos de una estructura al no pormenorizarse las características de cada puesto de trabajo ²¹⁹.

Por lo que hace referencia al complemento de productividad se ha considerado no ajustada a Derecho la negociación de un incentivo establecido en función de requisitos de puntualidad, permanencia y asistencia por entender que dichos comportamientos forman parte de los deberes del funcionario inherentes al correcto desempeño del puesto de trabajo, sin que pueda entenderse que a través de la configuración del mismo se está remunerando una actividad extraordinaria o la consecución de especiales objetivos ²²⁰. Igualmente se ha considerado contradictorio con la legalidad la asignación de complementos de productividad por la vía de la negociación y acuerdo con las organizaciones sindicales, al entender que la potestad atribuida para la distribución de los créditos presupuestarios asignados al complemento de productividad ha sido actuada fuera de los límites que la determinan por no haberse establecido previamente criterios objetivos de asignación de dicho complemento fundados en el especial rendimiento, la actividad extraordinaria o el interés e iniciativa con el que se desarrolla el trabajo, ni en base a ellos haberse concretado individualmente sus cuantías ²²¹.

Finalmente, el recurso a las pagas extraordinarias para el incremento de las retribuciones de los funcionarios públicos se considera improcedente en la jurisprudencia de nuestros Tribunales por considerar que se altera la estructura y cuantía de una retribución básica cuya regulación se afirma como competencia exclusiva estatal ²²².

²¹⁸ STSJ de Cataluña de 2 de febrero de 1996 (Seminari Dret Local 1995-1996 TSJC-FMC).

²¹⁹ STSJ Aragón de 29 de abril de 1995 (RGD 618-1995).

²²⁰ STSJ de Castilla y León de 31 de enero de 1994 (RGG 616-617-1996).

²²¹ STSJ de Andalucía de 13 de octubre de 1992 (RGD 588-1993).

²²² STSJ de Aragón de 19 de julio de 1994 (RGD 608-1995); STSJ de Valencia de 25 de noviembre de 1995 (AA 1-1996).

Entrando ya en la estructura retributiva se ha predicado la identidad básica de la estructura salarial de los funcionarios de las distintas Administraciones públicas con respecto a la establecida para los funcionarios de la Administración del Estado, rechazándose la desaparición de algunos de los complementos retributivos establecidos en la norma básica y su sustitución por otros nuevos ²²³.

Además, el sistema de complementos de una entidad ha de corresponderse y encajar con el contenido y la funcionalidad prevista en la normativa vigente para cada uno de ellos. De aquí que se haya rechazado la utilización del complemento de productividad para retribuir los conceptos de festividad y nocturnidad que se refieren claramente a las condiciones de los puestos de trabajo en función de su dedicación y penosidad, debiendo retribuirse a través del complemento específico ²²⁴, o el mantenimiento de un complemento específico por dedicación exclusiva los funcionarios que lo percibían cuando su dedicación se ha igualado con la normal, con lo que el mencionado complemento ha dejado de responder a las circunstancias previstas por la normativa vigente, o también la consolidación de los complementos personales, transitorios y absorbibles derivados de la Disposición Transitoria 1^a 4^a del Decreto 861/1986, de 25 de abril ²²⁵.

Un último apunte en esta materia debe hacerse para subrayar la relación establecida por nuestra jurisprudencia entre la estructura de la nómina de personal de las entidades públicas y la potestad de organización de las mismas, con el resultado último de excluir la obligatoriedad de su negociación e incluso de la consulta prevista en defecto de la misma por el art. 34. 2 de la LORAP, al entender que el establecimiento de aquella no afecta a las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos ²²⁶.

A la vista de la jurisprudencia que acabamos de exponer es evidente la existencia de un estrecho margen de negociación en materia retributiva, ampliamente desbordado, por cierto, por la práctica convencional, cuyo contenido aproximado se puede establecer de la manera siguiente:

a) La negociación de los límites máximos de incremento de las retribuciones de los funcionarios públicos y el establecimiento de las cuantías de las retribuciones básicas y de las correspondientes a cada uno de los niveles del complemento de destino es una competencia

²²³ STS de 30 de mayo de 1992 (Ar. 4.454); STS de 19 de febrero de 1996 (Ar. 1.563).

²²⁴ STSJ de Cataluña de 25 de mayo de 1995 (RGD 610-611-1995). Contradictoriamente, la STSJ de Aragón de 19 de abril de 1995 (RGD 618-1996), acepta que la realización de turnos completos de noche de forma habitual por funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía sea remunerada a través de gratificaciones.

²²⁵ STSJ de Cataluña de 23 de enero de 1996 (Seminari de Dret Local 1995-1996, TSJC-FMC).

²²⁶ STSJ del País Vasco de 28 de julio de 1992 226 (Edersa, 1994).

exclusiva de la Mesa General de la Administración del Estado de la que quedan excluidas el resto de unidades de negociación.

b) La negociación del nivel del complemento de destino y de la cuantía del complemento específico en el conjunto de Administraciones públicas y su determinación o las de sus aplicaciones retributivas a través de incrementos lineales o de fondos específicos contraviene la legalidad establecida, ya que la determinación y modificación de los mencionados complementos ha de llevarse a cabo a través de un procedimiento objetivo de valoración de puestos de trabajo.

c) La estructura de las retribuciones básicas, entre las que se incluyen las pagas extraordinarias, está excluida de la negociación al estar fijada imperativamente por normas estatales.

d) La creación de nuevos conceptos retributivos debe excluirse de toda negociación por reservarse a las normas estatales la fijación de las bases de los conceptos retributivos que no se pueden alterar ni sustituir.

e) La desnaturalización de los conceptos retributivos mediante la negociación colectiva y su funcionalización para la remuneración de factores no previstos por la ley vulnera los principios que inspiran la estructura retributiva vigente considerada de derecho necesario absoluto.

f) La estructura de la nómina de personal se considera una actividad organizativa excluida de la negociación y de la consulta por no afectar a las condiciones de trabajo.

En todo caso, fuera del ámbito estatal, la posibilidad de negociación es limitada pero no inexistente. Hay que tener en cuenta que el párrafo d) del artículo 32 permite la negociación de la clasificación de puestos de trabajo y que a través de ella se va a poder intervenir en la jerarquización retributiva de los puestos y en la remuneración de sus condiciones particulares. A nuestro juicio, nada se opone a la negociación del diseño y contenido de acciones y programas que contengan criterios para la asignación del complemento de productividad. Todo ello sin descuidar otros temas de singular interés como pueden ser el establecimiento de los requisitos, condiciones y cuantías para ostentar el derecho al devengo de las gratificaciones por servicios extraordinarios o de las indemnizaciones por razón de servicios ²²⁷, y sin perjuicio de otras cuestiones menores como la fecha, forma y sistema de pago

²²⁷ Al respecto la STS de 24 de noviembre de 1995 (Ar. 8.816): «A mayor abundamiento el razonamiento de la sentencia sobre el particular es impecable, pues la fijación de un valor para las horas extraordinarias (...), en modo alguno supone establecer gratificaciones «fijas en su cuantía y periódicas en su devengo», que es lo que el art. 23.1 d), de la Ley 30/1984 veda, por la importantísima razón de que la cuantía de las gratificaciones dependerá del número de horas extraordinarias que se realicen, que puede ser variable, de modo que el solo dato de que el valor de cada hora sea fijo, no determina ni la cuantía fija de la gratificación correspondiente, ni menos la periodicidad de su devengo.

de la nómina mensual o los anticipos que sobre la misma puedan concederse ²²⁸.

A partir de aquí, a la vista de la jurisprudencia establecida y dejando al margen los contenidos negociales que han de canalizarse a través de otros apartados específicos del art. 32 LORAP, se diría que la competencia negocial en materia retributiva del conjunto de entidades públicas puede extenderse a los siguientes temas:

a) La determinación y aplicación de las retribuciones concretas e individualizadas.

b) El diseño de acciones y programas en los que se establezcan criterios para la asignación del complemento de productividad.

c) Los supuestos concretos, requisitos y límites cuantitativos de las gratificaciones por servicios extraordinarios y de las indemnizaciones por razón de servicio.

d) Las condiciones de devengo de la nómina, especialmente el tiempo y el lugar.

e) Los anticipos que sobre las retribuciones puedan corresponder a los funcionarios públicos.

B) PREPARACIÓN Y DISEÑO DE LOS PLANES DE OFERTA DE EMPLEO PÚBLICO

El art. 32 c) de la LORAP contempla como una de las materias que han de ser objeto de negociación la: «preparación y diseño de los planes de oferta de empleo público».

Hasta fechas recientes la oferta de empleo público tenía como objetivo la previsión de las necesidades de personal y la programación de su reclutamiento, englobando la actividad encaminada a determinar cuántas personas y con qué características había de seleccionar la Administración, y cómo, cuándo y en qué condiciones debía realizarse ese reclutamiento. Hoy lo cierto es que esa actividad planificadora se ha encomendado a otros instrumentos de gestión de recursos humanos en las Administraciones públicas, como los llamados planes de empleo, limitándose la oferta pública a indicar las necesidades de recursos humanos vacantes con asignación presupuestaria que no puedan ser cubiertos a través de una más correcta distribución o aprovechamiento de los efectivos existentes.

Además, la desnaturalización de la oferta pública ha de ponerse en relación con la inversión producida en las políticas de asunción de

²²⁸ La STSJ de Valencia de 25 de noviembre de 1995 (AA 1-1996) subraya que los anticipos no conllevan sobrecostos retributivos, dada la previsión de su reingreso.

nuevo personal en las Administraciones públicas, que está experimentando en estos momentos una seria fase de contracción motivada por las dificultades presupuestarias que se atraviesan. Ello ha producido que la Ley 22/1993, de 29 de diciembre, de medidas fiscales de reforma del régimen jurídico de la función pública y de la protección por desempleo, eliminara las vinculaciones existentes en la primitiva redacción de la LMRFP, relativas a la aprobación anual de una oferta pública de empleo que recogiese todas las vacantes dotadas presupuestariamente, con el compromiso de aprobar dentro del primer trimestre de cada año natural la convocatoria de las pruebas selectivas de acceso para las plazas comprometidas, pruebas que, según el anterior redactado del artículo 18 LMRFP, deberían concluir antes del 1 de octubre de cada año.

Hoy la Administración no tiene la obligación de incluir en la oferta pública de empleo las vacantes dotadas presupuestariamente, sólo las que considere oportunas, ni está obligada a elaborar anualmente una oferta pública de empleo y, en caso de convocarse, nada obliga a producir las oportunas convocatorias antes del primer trimestre de cada anualidad ni a finalizar las pruebas antes del primer día de octubre de cada año ²²⁹.

Precisamente, la pérdida de la finalidad programadora atribuida en la legislación anterior a la oferta pública de empleo permite la existencia de ofertas para ámbitos específicos con necesidades de personal que hayan de ser cubiertas con urgencia ²³⁰.

A tener en cuenta que la disposición adicional decimonovena de LMRFP establece en la oferta de empleo público una reserva de un cupo no inferior al 3 por 100 de las vacantes para ser cubierta entre personas con discapacidad de grado igual o superior al 33 por 100, disposición a menudo ignorada o deficientemente cumplida, que configura las ofertas de empleo de nuestras Administraciones públicas como un vehículo de acción afirmativa o discriminación positiva en favor de las personas disminuidas ²³¹.

A partir de aquí puede afirmarse que hoy la oferta de empleo público, en aquellos supuestos en que se produzca, se limita a explicitar las necesidades de recursos humanos expresadas en plazas vacantes y presupuestadas cuya cobertura se considera conveniente durante el

²²⁹ Para la Administración del Estado, el art. 8 del Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General de Ingreso del Personal al servicio de la Administración General del Estado y de Provisión de Puestos de Trabajo y Promoción Profesional de los Funcionarios Civiles de la Administración General del Estado, ha recuperado la obligación de aprobar, en su caso, la oferta pública de empleo en el primer trimestre de cada año.

²³⁰ Tal como se previene en el art. 8.2 del Reglamento citado en la nota anterior.

²³¹ Sobre la actual regulación de la oferta de empleo público, SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Derecho de la función pública*, Tecnos, Madrid, 1996, págs. 108-110.

ejercicio, estableciendo de entre ellas las que han de quedar reservadas a la promoción interna y a la acción positiva en favor de las personas con discapacidades.

En todo caso, conviene enfatizar que la negociación se proyecta aquí sobre las fases de preparación y diseño de la oferta pública, es decir, sobre una fase previa y proyectual de la decisión final que se adopta libremente por el órgano de gobierno competente, sin duda por entenderse que el derecho de negociación colectiva no puede extenderse a la codecisión sobre las plantillas, al tratarse éstas de una manifestación típica de las potestades de organización que debe responder a los principios de racionalidad, economía y eficacia en función de las necesidades de los servicios públicos.

Por tanto, lo que se negocia, sobre la base de las plantillas presupuestarias y de las vacantes existentes, es la preparación y el diseño de una oferta de empleo cuya aprobación última corresponde a los órganos de gobierno que habrán de comprobar la adecuación de lo negociado a las previsiones presupuestarias y a las necesidades de personal de nuestras Administraciones públicas²³².

Dentro ya de las actuales prácticas convencionales en esta materia los instrumentos en vigor reflejan el contenido siguiente:

a) En la Administración del Estado se acepta como intención una racionalización de la oferta de empleo público que tendrá carácter selectivo y se concentrará en sectores o categorías prioritarios, estableciéndose como objetivo determinado que el número de plazas de nuevo ingreso sea globalmente inferior a la tasa de reposición de efectivos, reducción que habrá de ser compatible con la creación de oportunidades para la promoción de los empleados públicos y la consolidación del empleo temporal en la medida en que éste atienda a necesidades o cometidos de carácter permanente, aunque ello suponga la creación de plazas de carácter laboral en sectores o áreas

²³² El «Acuerdo suscrito entre la Administración del Estado y los Sindicatos para modernizar la Administración y mejorar las condiciones de trabajo de 1992» (BOE 21 de enero de 1992) es suficientemente representativo al efecto, estableciendo en su Capítulo 4.1 que las previsiones de necesidades de personal de cada Ministerio a incluir en la oferta de empleo público será consultada a nivel departamental con los sindicatos antes de su elevación al Ministerio para las Administraciones Públicas; en dicho Ministerio se habrán de negociar los aspectos de la oferta de empleo público relacionados con la promoción interna y los criterios básicos de selección; finalizado este proceso la Administración determinará el número y características de los puestos de trabajo a incluir en la oferta de empleo público.

Nótese que lo que se negocia está constituido exclusivamente por el «diseño» de la oferta, es decir, por los aspectos relacionados con la promoción interna y los criterios básicos de selección.

Hay que llamar la atención sobre el reflejo presupuestario que podría tener la negociación de la oferta de empleo público. Un incremento de plantilla influye de forma considerable en las políticas presupuestarias, por lo que hay que atender a los factores de «precio» y «cantidad» que refleja todo gasto, recordando que las mejoras salariales y los aumentos de plantilla están dentro de una misma partida de gasto que hay que sujetar a idénticas medidas de contención de la inflación y reducción del gasto público.

funcionales reservadas a funcionarios públicos que se crearán con el carácter de a extinguir ²³³. Por otra parte, en las ofertas de empleo público que puedan realizarse se garantiza el cumplimiento exacto de las previsiones legales sobre integración laboral de las personas discapacitadas, con determinación por la Administración de los sectores y las áreas funcionales en las que resulte más factible aplicar la reserva establecida ²³⁴.

b) En la Administración de las Comunidades Autónomas se afirma la misma selectividad de la oferta de empleo pública y su compatibilidad con las oportunidades de promoción de los funcionarios públicos y los objetivos de estabilidad en el empleo temporal que se amplían a la consolidación de los trabajadores fijos, periódicos y discontinuos y a tiempo parcial en orden a facilitar su ubicación en puestos de trabajo a tiempo total ²³⁵, pero también se pretende reducir la reciente discrecionalidad adquirida en la convocatoria de la oferta de empleo afirmando convencionalmente su periodicidad anual ²³⁶.

También en la práctica autonómica se garantiza lo establecido sobre integración laboral de las personas discapacitadas, aunque incrementando la participación sindical en la determinación de los sectores y áreas funcionales en los que resulte factible la aplicación de la reserva ya señalada ²³⁷.

Conviene tener en cuenta la existencia de algunos acuerdos de condiciones de trabajo de las Comunidades Autónomas uniprovinciales, donde el modelo se aparta de lo previsto en el ámbito estatal para acercarse más al local con previsiones explícitas sobre los turnos de provisión que configuran la oferta de empleo público y reserva para la promoción interna de un porcentaje suficiente de las plazas para cada cuerpo o escala en función del número de candidatos potenciales, garantizándose en todo caso un mínimo del 50% de las convocadas ²³⁸.

²³³ Capítulos 9, 14, 15 del «Acuerdo Administración del Estado-Sindicatos para el período 1995-1997, sobre condiciones de trabajo en la función pública» (BOE de 20 de septiembre de 1994).

²³⁴ Tal como se establece en el punto 4 del Capítulo 14 del Acuerdo citado en la nota anterior.

²³⁵ Art. 12.7 del «Acuerdo entre la Administración del Principado de Asturias y los Sindicatos para el período 1995-1997, sobre condiciones de trabajo de los empleados públicos» (BOPA de 25 de marzo de 1995).

²³⁶ Capítulo V.2, del «Acuerdo Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha-Sindicatos para el período 1996-1998 sobre condiciones de trabajo en la función pública» (DOC-LM de 29 de diciembre de 1995).

²³⁷ En el art. 12.4 del «Acuerdo entre la Administración del Principado de Asturias y los Sindicatos para el período 1995-1997 sobre condiciones de trabajo de los empleados públicos» (BOPA) sobre condiciones de trabajo de los empleados públicos se genera una carga o deber de información de la Administración con respecto a los sindicatos sobre las determinación de sectores y áreas funcionales en los que sea más factible la aplicación de la reserva.

²³⁸ Art. 7.1 y 2 del «Acuerdo general sobre condiciones de trabajo de 30 de enero de 1995 del personal funcionario al servicio de la Administración de la Comunidad de Madrid» (BOCM de 2 de marzo de 1995).

c) En la práctica local se trata fundamentalmente de garantizar el automatismo anual de la oferta de empleo público en las plazas vacantes ocupadas por trabajadores temporales e interinos ²³⁹ y conseguir una reserva suficiente de plazas incluidas para la promoción interna en función de los candidatos potenciales, estableciéndose que en defecto de mayor criterio dicha reserva será como mínimo de un 50% de las plazas convocadas ²⁴⁰, en el bien entendido de cuando en una categoría sólo exista una plaza convocada se considerará incluida en ese porcentaje ²⁴¹. Por lo que hace referencia a la determinación de los sectores y áreas funcionales en los que sea más factible aplicar la reserva de plazas para las personas con discapacidades se da un paso más, definiéndose esta acción como de codeterminación entre las Corporaciones Locales y los representantes sindicales ²⁴².

Para terminar, advertir que no faltan en el ámbito local supuestos expresos de indistinción entre la negociación de la preparación y el diseño de la oferta pública y la negociación del contenido de la misma. Existen determinaciones en las que lo negociado constituye un procedimiento participado para la configuración de la oferta pública o se amplía el ámbito de la negociación para comprender la del propio instrumento de previsión de las necesidades de personal, desbordándose así las disposiciones legales establecidas al efecto ²⁴³.

²³⁹ Tal como se plantea en el «Acuerdo regulador de las condiciones de trabajo suscrito entre el Excmo. Ayuntamiento de Alhama de Murcia y su personal funcionario 1995» (BORM de 17 de mayo de 1995), el «Acuerdo Marco del Ayuntamiento de Collado Villalba 1995-1996» (BOCM de 30 de mayo de 1995) y el «Conveni unitari del personal de l'Ajuntament de Valls 1995» (DOGC de 8 de enero de 1996). A tener en cuenta el art. 13 del «Acuerdo de condiciones laborales 1994-1996 para el personal del Ayuntamiento de Barcelona», aprobados por el Consejo Pleno de 23 de diciembre de 1994 (Imprenta Municipal s/f), donde se contiene el compromiso de que los procesos selectivos derivados de la oferta pública de empleo habrán de finalizarse dentro del año.

²⁴⁰ El art. 50.1 del «Acord regulador de les condicions de treball dels funcionaris de la Diputació de Barcelona per als anys 1996-1999» (DOGC de 8 de julio de 1996), reserva el 50% el total de las plazas de la oferta pública al turno de promoción interna, subrayando que el porcentaje correspondiente a cada convocatoria se determinará cómo resultado de la negociación concreta de la oferta pública. En el mismo sentido, el «Pacto sobre normas de trabajo del personal funcionario que presta sus servicios en el Ayuntamiento de Tordesillas 1994-1995» (BOCyL de 7 de marzo de 1995) y el «Acuerdo regulador de condiciones de trabajo entre el Ilmo. Ayuntamiento de Bullas y el personal funcionario del mismo para los años 1995-1996» (BORM de 11 de marzo de 1996).

²⁴¹ Así, el «Acuerdo sobre condiciones de trabajo del personal funcionario para el año 1993. Ayuntamiento de Santander» (BOC de 28 de febrero de 1995) y el «Convenio de funcionarios del Ayuntamiento de Nuevo Baztán 1995-1997» (BOCM de 16 de mayo de 1995).

²⁴² Título III. Capítulo IX del «Acuerdo Federación Española de Municipios y Provincias-Sindicatos sobre condiciones de trabajo en la función pública local para el período 1995-1997» (BOE de 30 de abril de 1995).

²⁴³ Art. 8.3 del «Acord regulador de les condicions de treball dels funcionaris de la Diputació de Barcelona per als anys 1996-1999» (DOGC de 8 de julio de 1996), donde se afirma que la oferta pública de ocupación de la Diputación de Barcelona antes de ser aprobada por el Pleno será negociada con las centrales sindicales más representativas, así como el «Acuerdo entre el Excmo. Ayuntamiento de Caravaca y su personal funcionario» (BORM de 24 de marzo de 1995), cuyo artículo 4.3 afirma la negociación de las distintas ofertas de empleo en sus diferentes modalidades.

A partir de estos datos podemos afirmar que el ámbito negocial amparado por el art. 32 c) de la LORAP comprende:

a) La definición de las políticas y objetivos de empleo público que han de servir de base para la elaboración de las ofertas públicas de empleo, así como un análisis global de las previsiones establecidas por las distintas ofertas de empleo de las Administraciones públicas.

b) El ámbito temporal y la frecuencia con que se programarán las ofertas públicas de empleo.

c) El diseño interno de las posibles ofertas de empleo a efectos de determinación de los porcentajes de reserva para la promoción interna y distribución de la previsión legalmente establecida para facilitar la integración de los ciudadanos con discapacidades.

En cambio, no parece que este mismo ámbito haya de contener los aspectos cuantitativos y presupuestarios de las ofertas de empleo, ni autorizar un diseño que desconozca el principio de libre concurrencia en el acceso al empleo público o el incumplimiento de las previsiones legales en materia de integración.

La jurisprudencia refuerza el planteamiento establecido al considerar la confección de plantillas y los actos de creación de plazas como manifestaciones de la potestad organizativa de la Administración ajenos al ámbito de la actividad sindical ²⁴⁴. Esta misma jurisprudencia nos recuerda la obligación de las Administraciones públicas de facilitar la promoción interna, pero sin que ese principio pueda sustituir a las formas ordinarias de selección y acceso a la función pública que se fundamentan en el principio de libre concurrencia entendido como el que mejor atiende a los valores constitucionales de igualdad y mérito, por lo que se rechaza que en caso de existencia de una sola plaza ésta pueda quedar reservada a la promoción interna ²⁴⁵.

C) LA CLASIFICACIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO

El art. 32 d) de la LORAP establece la obligatoriedad de la negociación de la clasificación de puestos de trabajo existentes en las organizaciones públicas.

Según el art. 15 de la LMRFP, las relaciones de puestos de trabajo de las Administraciones públicas son el instrumento técnico de ordenación del personal, de conformidad con las necesidades de los servi-

²⁴⁴ STSJ de Murcia de 3 de febrero de 1992 (RGD 592-593-1994); STS de 31 de mayo de 1990 (Jurisprudencia del Tribunal Supremo. Segundo Trimestre de 1990. BOE). En el ámbito laboral la fijación de la plantilla corresponde al poder de dirección del empresario, siendo concreción del derecho a la libertad de empresa reconocido en el art. 30 CE, como se afirma en la STS de 26 de diciembre de 1995 (Ar. 9.844).

²⁴⁵ STS de 20 de enero de 1992 (Ar. 2.467).

cios, en el que se precisan la denominación y las características esenciales de los puestos, las retribuciones complementarias que les correspondan y los requisitos exigidos para su desempeño.

Se trata, pues, de instrumentos técnicos de análisis y ordenación de los puestos de trabajo que no dejan de tener repercusión en el ámbito retributivo y presupuestario. Conviene señalar, también, las indudables conexiones existentes entre las relaciones de puestos y la organización administrativa, por ser el puesto de trabajo la unidad elemental y objetiva de la estructura administrativa, guardando en sus funciones coherencia con las tareas y objetivos que se encomiendan a las Administraciones públicas ²⁴⁶. En la medida en que la relación de puestos de trabajo ha de atender a la determinación de los puestos existentes en una organización y a la descripción de sus principales características, sin duda, la relación de puestos como tal adquiere un perfil de instrumento organizativo por excelencia ²⁴⁷.

La elaboración de las relaciones de puestos de trabajo constituye así un supuesto de ejercicio de las potestades de organización de una Administración pública. Pero esta actividad no es puramente discrecional, ha de basarse en un proceso de análisis, descripción, valoración y clasificación de puestos de trabajo.

Precisamente, el análisis y descripción de un puesto de trabajo consiste en determinar el conjunto de tareas y funciones que tiene asignadas y las condiciones en que han de ser desarrolladas. La valoración de puestos de trabajo consiste en la aplicación de una serie de técnicas que permiten asignar un valor a cada puesto considerado individualmente y obtener así la ordenación jerárquica de todos los puestos de trabajo a efectos de su posterior clasificación. La clasificación de puestos permite una agrupación en intervalos jerarquizados de todos los puestos que hayan obtenido la misma o similar valoración, de manera que a todos los puestos que queden en el mismo intervalo se les asignará el mismo valor, y, por tanto, el mismo tratamiento retributivo que será inferior al de los puestos del intervalo superior ²⁴⁸.

Es difícil distinguir entre las fases de valoración y clasificación que tienen el mismo objetivo de obtener el valor del puesto y jerarquizarlo con respecto a los otros puestos de la organización. Más fácil resulta distinguir estas dos fases de las de análisis y descripción de los puestos cuya función en el proceso es la identificación de los necesarios en una organización para el cumplimiento de sus tareas y la con-

²⁴⁶ FONDEVILA ANTOLÍN, Jorge, «Nuevos aspectos sobre la naturaleza de las estructuras orgánicas y relaciones de puestos de trabajo: jurisprudencia reciente», *RVAP* 28 (1990), pág. 72.

²⁴⁷ Tal como se plantea en ALDOMÀ I BUIXADÉ, Josep, *Les relacions de llocs de treball de les Administracions públiques*, CEDECS, Barcelona, 1996, págs. 124-125.

²⁴⁸ Seguimos en este punto el trabajo de ALDOMÀ I BUIXADÉ, Josep, *op. cit.*, págs. 108-117.

figuración de sus características, función que ha de quedar reservada al ámbito de las potestades de organización, sin perjuicio de las facultades de consulta y participación en un proceso que, sin duda, tiene un serio reflejo sobre las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos.

De conformidad con lo expuesto, el art. 32 d) de la LORAP ha de referirse a las tareas de valoración y clasificación de puestos de trabajo, tareas que además han de realizarse atendiendo a determinados factores establecidos previamente como son los que definen el contenido del complemento de destino y el complemento específico. Así, para valorar el complemento específico hay que atender a los factores de especial dificultad técnica, dedicación, responsabilidad, incompatibilidad, peligrosidad o penosidad, mientras que para valorar el nivel de un puesto de trabajo se tendrán en cuenta, según alguna legislación autonómica, los criterios de titulación, especialización, responsabilidad técnica y mando ²⁴⁹, en cambio, nuestra jurisprudencia parece remitir dichos criterios, en ausencia de legislación específica, a la especial preparación técnica añadida a la genérica para el ingreso en la función pública, a la específica para una función o competencia determinada o a la especial responsabilidad aneja a las funciones que constituyen el contenido del puesto de trabajo ²⁵⁰.

Obviamente, el campo negocial en esta materia va a cubrir la selección de factores —de entre los legalmente establecidos en la normativa estatal y autonómica— y la elección del método de valoración, incluyendo la determinación de los parámetros de medida —subfactores, grados o niveles— adecuados a la ponderación de los mismos en función de su concurrencia e intensidad en cada uno de los puestos ²⁵¹. Sin duda los representantes sindicales van a poder participar en los procesos de valoración y ordenación de puestos e integrarse en los comités de valoración, participando en la elaboración del correspondiente manual de valoración. Asimismo, el ámbito de negociación recubrirá la atribución de niveles a los puestos clasificados jerárquicamente y la conversión de las valoraciones en valores monetarios. En todo caso, debe distinguirse, como ya lo hemos hecho, entre los resultados retributivos objetivados a través de un proceso de

²⁴⁹ Art. 30 de la Ley 9/1994, de 29 de junio, de reforma de la legislación relativa a la función pública de la Generalitat de Catalunya.

²⁵⁰ STS de 29 de noviembre de 1988 (Ar. 9.046); STS de 12 de mayo de 1989 (Ar. 3.691); STS de 3 de marzo de 1994 (Ar. 2.962), sentencias éstas que no hacen sino reproducir el contenido del hoy derogado art. 98.2 del Decreto 315/1964, de 7 de febrero, por el cual se aprueba la Ley articulada de Funcionarios Civiles del Estado, en el que se había previsto el complemento de destino como una retribución añadida y limitado a aquellos puestos de trabajo que: «requieren particular preparación técnica o impliquen especial responsabilidad».

²⁵¹ La legalidad de la determinación de los parámetros previos de valoración en una Mesa de Negociación se afirma en la STS de 16 de octubre de 1995 (Ar. 7.491).

valoración y clasificación de puestos de trabajo y la negociación de unas retribuciones cuya distribución posterior se va a justificar a través de un proceso de manipulación del contenido y jerarquía de los puestos de trabajo de la organización.

Conviene tener en cuenta que lo que se negocia no es la relación de puestos de trabajo. Algunos aspectos de la misma como son la denominación del puesto, la unidad orgánica de adscripción, el tipo de puesto o el número de efectivos adscritos al mismo, pueden quedar excluidos de la negociación y también de la consulta por no afectar a las condiciones de trabajo. Mientras que otros como el grupo de titulación, los cuerpos o escalas que los pueden servir o los requisitos necesarios para su desempeño que se deduzcan objetivamente de la índole o naturaleza de las funciones a desempeñar, que sin duda han de acomodarse al puesto y a las necesidades de los servicios, parecen susceptibles de consulta por afectar a esas mismas condiciones de trabajo ²⁵².

En todo caso, lo que se negocia es el proceso de valoración y clasificación de puestos de trabajo tendente a la formación de las relaciones de puestos. Ello explica que los instrumentos convencionales más generales contengan pocas previsiones sobre la negociación, reflejando las prácticas convencionales los ámbitos siguientes:

a) En la Administración del Estado se afirma la negociación de los aspectos retributivos de los puestos de trabajo y de los requisitos profesionales para el desempeño de los mismos, incluyendo el régimen jurídico del personal que puede desempeñar determinadas familias de puestos definidos por su contenido funcional, por su nivel, por su especial responsabilidad o por el sistema de provisión ²⁵³.

b) En la Administración de las Comunidades Autónomas se sigue la pauta estatal de negociación de los resultados retributivos de las relaciones y de los requisitos profesionales de los puestos a incluir en las mismas, aunque se hacen más patentes las dificultades para determinar la línea que separa los procesos de negociación de las acciones reservadas a la potestad de organización de la Administración, lo que lleva en unos casos ²⁵⁴ a incluir dentro del ámbito de negociación la

²⁵² Tal como se plantea en ALDOMÀ I BUIXADÉ, Josep, *Les relacions de llocs de treball de les Administracions públiques*, CEDECS Barcelona 1996, pág. 125.

La STS de 16 de noviembre de 1995 (Ar. 9.932) establece que la adscripción de un puesto de trabajo al grupo A o al B, entra dentro de la potestad de organización de las Administraciones públicas.

²⁵³ Capítulo 2 del Acuerdo entre la Administración del Estado y los Sindicatos para modernizar la Administración y mejorar las condiciones de trabajo de 1992; Capítulo 23 del Acuerdo Administración del Estado y los Sindicatos para el período 1995-1997 sobre condiciones de trabajo en la función pública.

²⁵⁴ El Capítulo III del «Acuerdo Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha-Sindicatos para el período 1996-1998 sobre condiciones de trabajo en la Función Pública» (DOC-LM de 29 de diciembre de 1995), establece que serán objeto de negociación la

definición de puestos tipo y a excluir en otros ²⁵⁵ el número, denominación, características de los puestos y requisitos para su desempeño.

c) En el ámbito local con exclusión de los acuerdos de amplio espectro que repiten las pautas ya conocidas ²⁵⁶ y con alguna notable excepción ²⁵⁷ lo que se negocia es precisamente el compromiso de elaborar un catálogo o una relación de puestos de trabajo dada la indudable complejidad técnica de este instrumento que requiere de unos sistemas de evaluación de los que a menudo se carece en las pequeñas y medianas Corporaciones Locales ²⁵⁸.

A partir de aquí se puede afirmar que el ámbito negocial de la previsión establecida en el art. 32 d) se extiende:

creación de nuevos «Puestos Tipo» diferentes a los existentes, las modificaciones de complementos retributivos y cualquier otro requisito de puesto, excluyendo de la obligatoriedad de la negociación la creación de plazas o puestos que se correspondan con «Puestos Tipo» ya existentes, la supresión de vacantes y la creación, modificación o supresión de órganos administrativos, limitándose en este caso la Administración a dar cuenta a los sindicatos en la Mesa correspondiente.

²⁵⁵ El Capítulo II del «Acuerdo Sindicatos-Administración para modernizar y reordenar la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón y mejorar las condiciones de trabajo 1992-1994» (BOA de 20 de marzo de 1995), afirma que la Administración establecerá el número, denominación, características de los puestos de trabajo y requisitos para su desempeño, que se consideran distintos de los requisitos profesionales para el desempeño de los mismos que si han de ser objeto de negociación.

²⁵⁶ Así, el Capítulo IV.1 del «Acuerdo Federación Española de Municipios y Provincias-Sindicatos sobre condiciones de trabajo en la función pública local para el período 1995-1997» (BOE de 30 de julio de 1995) afirma la negociabilidad de las modificaciones de los complementos de destino y complementos específicos asignados a los diferentes puestos de trabajo y excluye de la negociación los puestos que tengan asignados un complemento de destino superior al 26 y, en los Ayuntamientos de menos de cien mil habitantes, los aspectos organizativos y económicos de los puestos de trabajo de personal directivo y de libre designación, entendiéndose por personal directivo aquel que no tiene como superior jerárquico nada más que al Alcalde, Teniente de Alcalde o Concejal Delegado de Servicio. En el mismo sentido, el «Acuerdo sobre las condiciones de trabajo en la función pública local de la Diputación Provincial de Lugo para el período 1995-1997 por incorporación del Acuerdo de la Federación Española de Municipios y Provincias-Sindicatos» (BOP de Lugo de 14 de junio de 1995), donde la exclusión de la negociación se admite a partir de los puestos de trabajo que tengan asignados un complemento de destino superior al 27. El «Acord regulador de les condicions de treball dels funcionaris de la Diputació de Barcelona per als anys 1996-1999» (DOGC de 8 de julio de 1996), establece en su art. 9 que antes de la aprobación de nuevos puestos de trabajo-tipo la Corporación negociará con las centrales sindicales representativas sus características retributivas, los requisitos y la forma de provisión.

²⁵⁷ El art. 19 del «Conveni-Acord de condicions de treball del personal laboral i funcionari de la Diputació de Girona 1995-1996» (BOP de Girona de 22 de julio de 1995), establece con toda precisión que lo que es objeto de negociación es la clasificación y valoración de puestos de trabajo, constituyéndose al efecto una Comisión paritaria de valoración de puestos de trabajo, remitiendo la aprobación del sistema o método de descripción y valoración de puestos de trabajo al Pleno de la Corporación, previa consulta con la representación del personal.

²⁵⁸ Al respecto el «Acuerdo regulador de las condiciones de trabajo suscrito entre el Excmo. Ayuntamiento de Alhama de Murcia y su personal funcionario» (BORM de 17 de mayo de 1995); el «Acuerdo de las condiciones de empleo económico-administrativas de la función pública en el Ayuntamiento de Arnedo (La Rioja) para 1993-1994» (BOR de 19 de abril de 1995) y el «Pacte de condicions de treball per a funcionaris de l'Ajuntament de Balaguer» (BOP de Lleida de 18 de maig de 1995).

- a) A los procesos de valoración y clasificación de puestos de trabajo que puedan producirse en nuestras Administraciones públicas.
- b) A los resultados retributivos de las relaciones de puestos de trabajo y a los requisitos profesionales para el desempeño de los mismos.

En cambio, no parece que deban incluirse en el mismo ámbito las decisiones derivadas de la creación, modificación o supresión de órganos y unidades administrativas con reflejo en la estructura de puestos de trabajo, ni la denominación, vinculación orgánica, características y condiciones funcionales de los puestos y número de efectivos adscritos a los mismos.

La ambigüedad entre lo organizativo y lo profesional en la relación de puestos de trabajo se ha desplazado a nuestra jurisprudencia donde se han evidenciado las dificultades para encajar la exclusión de la potestad organizatoria de la obligatoriedad de la negociación y la admisión como ámbito negocial del procedimiento de clasificación de puestos de trabajos cuyo objetivo último es la elaboración de una relación de puestos considerada ésta como uno de los instrumentos esenciales de dicha potestad ²⁵⁹.

De aquí que a la vez se haya afirmado la exclusión de la negociación de la relación de puestos de trabajo por su conexión con las potestades de organización de la Administración ²⁶⁰ y, en una postura más matizada que entendemos correcta, se haya advertido que el ejercicio de la potestad de organización puede afectar a ciertos aspectos de las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos que se enmarcan sin dificultad en las previsiones contenidas en el art. 32 de la LORAP, debiéndose proceder a una operación de deslinde que deje a salvo las potestades de la Administración y garantice el derecho de los funcionarios públicos a participar en la determinación de sus condiciones de trabajo ²⁶¹.

²⁵⁹ La STSJ de Palma de Mallorca de 23 de mayo de 1991 (RGD 568-569/1992) plantea el dilema con toda claridad: «Es necesario precisar que la potestad organizatoria de las Administraciones públicas queda excluida de la negociación; pero tampoco puede dejarse de hacer notar que si la clasificación de puestos de trabajo se incluye en el ámbito de la negociación y, por tanto, también el instrumento en que se plasman las circunstancias relativas a la misma, es decir, la relación de puestos de trabajo, siendo ésta uno de los instrumentos esenciales de la potestad organizatoria, la consecuencia de difícil encaje técnico parece insoslayable».

²⁶⁰ STSJ de Canarias de 21 de enero de 1994: «la relación de puestos de trabajo se ha convertido en el instrumento organizativo por excelencia de la función pública; por ello y quedando excluidas de la obligatoriedad de la negociación, con arreglo al art. 34.1 citado, las decisiones que afecten a las potestades de organización de la Administración Pública correspondiente como sin duda lo son las relativas a las relaciones de puestos de trabajo y a su modificación, no se puede considerar que se haya producido una vulneración del derecho a la negociación colectiva (pues la asignación de complementos específicos o la distribución de complementos son cuestiones sustraídas a la negociación)».

²⁶¹ STSJ del País Vasco de 3 de mayo de 1993 (RGD 595-1994): «Una revisión del contenido del acuerdo permite concluir que la reestructuración del servicio de vehículos constituye una

D) PROGRAMAS Y FONDOS PARA LA ACCIÓN DE PROMOCIÓN INTERNA, FORMACIÓN Y PERFECCIONAMIENTO

El art. 32 e) de la LORAP configura como materia objeto de negociación la «determinación de los programas y fondos para la acción de promoción interna, formación y perfeccionamiento».

Aquí estamos ante acciones concretas consistentes en programar y financiar, es decir, en establecer disponibilidades presupuestarias dirigidas a garantizar acciones previamente programadas de promoción, formación y perfeccionamiento.

El desarrollo convencional del ámbito enunciado permite plantear las siguientes tendencias:

a) En el ámbito de la Administración del Estado se negocia una ambiciosa política de promoción y carrera a la que luego nos referiremos, pero se remiten las acciones concretas de promoción específica a las que pueden producirse dentro de las previsiones de un Plan de Empleo. Sin embargo, la exención del requisito de titulación a los funcionarios del Grupo D, que carezcan del título de bachiller o equivalente, para participar en las convocatorias de promoción al Grupo C, siempre que tengan una antigüedad de diez años en el Grupo D, o de cinco años más la superación de un curso específico de formación, permite programar políticas de promoción para este grupo, estableciéndose como objetivo en el período 1995-1997, la convocatoria de mil plazas cada año para la promoción del Grupo D al C, sin que pueda derivarse de esta operación un incremento global de efectivos. Para facilitar estas acciones se acuerda precisamente la posibilidad de efectuar procesos de promoción, separados de los de ingreso, a desarrollar en convocatorias independientes ²⁶².

En el ámbito de la formación lo que se negocia es la definición y la financiación de los planes de formación como vehículos sistemáticos de integración de las acciones formativas, el soporte a prestar por los institutos públicos de formación, los fondos para su financiación y la participación sindical en la definición de las políticas for-

materia propia de la potestad de organización de la Administración Foral. Pero este ejercicio de sus competencias no empece para que se deslinden ciertos aspectos del acuerdo impugnado que afectan a las retribuciones, jornada laboral, turnos de trabajo, vacaciones, etc., que se enmarcan sin dificultad en el art. 32 de la Ley 9/1987 y que deben ser objeto, como especifica dicho precepto, de negociación con las organizaciones sindicales. Al haberse soslayado dicha negociación se ha privado a los indicados de participar en la determinación de contenidos que constituyen el núcleo de la negociación colectiva y al excluir ésta se ha vulnerado el art. 28 de la Constitución».

²⁶² Capítulos 17 al 23 del «Acuerdo Administración del Estado y Sindicatos para el período 1995-1997, sobre condiciones de trabajo en la función pública» (BOE de 20 de septiembre de 1994). La supresión del requisito de titulación para el acceso por promoción interna del Grupo D al C y la posibilidad de realizar la promoción interna en convocatorias independientes, de las de selección externa, se han incorporado como preceptos en los arts. 60 y 61 de la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social.

mativas y en la gestión y financiación de sus acciones. Además, parece que el ámbito negocial sobre formación se extiende a la concesión de permisos para la asistencia a cursos de perfeccionamiento profesional ²⁶³.

b) En el ámbito autonómico se establece convencionalmente el número de plazas que se convocarán o el porcentaje de puestos cuyos requisitos se modificarán para permitir el acceso desde el grupo inmediatamente inferior, incrementándose así las posibilidades de promoción ²⁶⁴.

En materia formativa la negociación se extiende a la elaboración de los planes de formación y a su financiación, así como a la concesión de los correspondientes permisos para la asistencia a cursos de perfeccionamiento profesional. Planteándose también la función de los institutos o escuelas de administración regional y la participación sindical en la definición de las acciones formativas, en su gestión y financiación ²⁶⁵.

c) En el ámbito local se produce con toda nitidez la negociación de la programación de acciones y fondos para la promoción ²⁶⁶, mien-

²⁶³ Capítulos 26, 28, 29, 30 y 31 del «Acuerdo Administración General del Estado-Sindicatos para el período 1995-1997, sobre condiciones de trabajo en la función pública» (BOE de 20 de septiembre de 1994), que atiende también al diseño de la estructura y los procesos de gestión de la formación continua.

²⁶⁴ Art. 17 del «Acuerdo entre la Administración del Principado de Asturias y los Sindicatos para el período 1995-1997, sobre condiciones de trabajo de los empleados públicos» (BOPA de 25 de marzo de 1995): «En el período 1995-1997 se convocarán quince plazas cada año para la promoción del Grupo "D" al "C" del personal funcionario, sin perjuicio de las que se puedan incluir en la negociación del Convenio Colectivo para el personal laboral, y sin que de este proceso pueda derivarse incremento global de efectivos. A este número de plazas se añadirán la totalidad de las vacantes del cuerpo de administrativos de la oferta de empleo público para 1995». El capítulo V. B) 3 del «Acuerdo Administración y organizaciones sindicales sobre condiciones de trabajo del personal al servicio de la Administración Pública Regional de Murcia» (BORM de 25 de noviembre de 1994), establece que: «De conformidad con las necesidades de los servicios, previamente planificadas por las distintas Consejerías y Organismos, se determinará el porcentaje de la relación de puestos de trabajo, cuyo mínimo será anualmente de un 3 por 100, que puedan modificarse abriéndose al grupo superior para promoción interna del inmediatamente inferior dentro de la misma área de actividad funcional. La asignación y distribución de dicho porcentaje se negociará con las Organizaciones Sindicales».

²⁶⁵ Así, el capítulo XIV del «Acuerdo Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha-Sindicatos para el período 1996-1998 sobre condiciones de trabajo en la Función Pública» (DOC-LM de 29 de diciembre de 1995); el art. 24 del «Acuerdo entre la Administración del Principado de Asturias y los Sindicatos para el período 1995-1997, sobre condiciones de trabajo de los empleados públicos» (BOPA de 25 de marzo de 1995); el Anexo I de los «Acuerdos de la Diputación General de Aragón y los Sindicatos para modernizar y reordenar la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón y mejorar las condiciones de trabajo 1992-1994» (BOA de 20 de marzo de 1995) y el Capítulo IV del «Acuerdo de la Junta de Extremadura y los Sindicatos para 1995, en desarrollo del acuerdo sobre modernización de la Administración y mejora de las condiciones de trabajo» (DOE de 14 de enero de 1995).

²⁶⁶ El «Acuerdo de condiciones laborales 1994-1996 para el personal del Ayuntamiento de Barcelona», aprobado por el Consejo Pleno de 23 de diciembre de 1994 (Imprenta Municipal, s/f), cuyo art. 14.1 remite a su disposición adicional segunda el señalamiento del número de plazas para procesos concretos de promoción interna programados para los años de vigencia del acuerdo; también el «Acuerdo regulador de las condiciones de empleo de la función pública

tras que la negociación en materia de formación se fundamenta en la elaboración de los planes formativos, su financiación ²⁶⁷ y la concesión de permisos para la asistencia a cursos de perfeccionamiento profesional.

Dada la escasa conflictividad jurídica que estas acciones han planteado ante nuestros tribunales contenciosos podemos concluir este apartado estableciendo que la determinación contenida en el art. 32 e) LORAP recubre negocialmente los siguientes ámbitos:

a) El establecimiento de programas y fondos para la promoción interna, sin que del proceso puedan derivarse incrementos de activos.

b) La definición y financiación de los planes de formación y perfeccionamiento.

c) La participación sindical en la elaboración de las políticas de formación, en la gestión de las acciones formativas y en su financiación.

d) La concesión de permisos retribuidos y no retribuidos para asistencia a cursos de formación y perfeccionamiento profesional.

E) PRESTACIONES, PENSIONES Y JUBILACIÓN DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

Otra de las materias negociables que prevé el art. 32 f) de la LORAP es: «La determinación de las prestaciones y pensiones de las clases pasivas y, en general, todas aquellas materias que afecten, de algún modo, a la mejora de las condiciones de vida de los funcionarios jubilados».

En principio, la materia como tal parece estar excluida de toda negociación que por naturaleza no sea legislativa al estar exceptuado del régimen convencional ordinario el régimen básico y esencial de la protección pública. Es más, existe una reiterada jurisprudencia en el sector laboral que excluye del ámbito de los convenios colectivos la regulación de las relaciones de Seguridad Social de carácter mínimo y obligatorio que se consideran no disponibles por la negociación colec-

municipal del Excmo. Ayuntamiento de Logroño (La Rioja) para 1995» (BOR de 9 de mayo de 1995), cuyo art. 5.5 incluye la promoción interna de seis auxiliares a administrativos en la escala de administración general y el «Acord regulador de les condicions de treball dels funcionaris de Diputació de Barcelona pels anys 1996-1999» (DOGC de 8 de julio de 1996), cuyo art. 52 establece un fondo de 25.000.000 pts., para aumentos retributivos que sean consecuencia de la promoción del personal por implantación de carreras administrativas.

²⁶⁷ Señalándose al respecto cantidades concretas, como es el caso del artículo 7 del «Acuerdo regulador de las condiciones de trabajo suscrito entre el Excmo. Ayuntamiento de Alhama de Murcia y su personal funcionario» (BORM de 17 de mayo de 1995), o porcentajes globales de la masa salarial, como el 3 por 100 previsto en el art. 21 como fondo propio para la formación profesional del personal en el «Acuerdo Marco del Ayuntamiento de Collado Villalba 1995-1996» (BOCM de 30 de mayo de 1995).

tiva, sin perjuicio de las mejoras permitidas sobre el nivel mínimo del sistema de Seguridad Social.

En el ámbito privado las mencionadas mejoras voluntarias deben necesariamente completar la protección dispensada por el sistema de Seguridad Social, con la única finalidad de mejorar el nivel básico de previsión obligatoria por lo que su objeto, sujeto y contingencia deben coincidir con el sistema básico de Seguridad Social. En cuanto a su gestión las empresas pueden realizarla por sí mismas o concertarlas a través de entidades corriendo su coste a cargo del empresario, sin descartar como excepción alguna aportación de los trabajadores ²⁶⁸.

La complementación de las prestaciones a la seguridad social puede instrumentarse a través de planes y fondos de pensiones configurados como instituciones de previsión voluntaria de origen privado y contractual, constituidos con la finalidad de prestar ayudas económicas por las contingencias de jubilación, fallecimiento e incapacidad.

En este campo la negociación colectiva funcional demuestra un notable grado de inmadurez ya que:

a) En el ámbito estatal los acuerdos vigentes se limitan a declarar la intención de estudiar el actual sistema de protección social con la finalidad de mejorarlo ²⁶⁹.

b) En el ámbito autonómico se avanza un paso más con el compromiso de estudiar la viabilidad de un fondo o un plan de pensiones ²⁷⁰.

c) En el ámbito local se va más allá estableciéndose al efecto mesas específicas con la finalidad de iniciar el estudio sobre establecimiento de un fondo de pensiones ²⁷¹, o asignaciones de fondos como aportaciones iniciales para la constitución de un plan de pensiones ²⁷². Tampoco faltan iniciativas de mejora voluntaria directa en caso de carencia y complemento de pensión ²⁷³, estructurándose incluso una

²⁶⁸ Seguimos aquí el trabajo de DE LA FLOR FERNÁNDEZ, María Luisa, «Las mejoras voluntarias de protección social: naturaleza y régimen jurídico», *Temas Laborales* 36 (1995), págs. 82-86.

²⁶⁹ Capítulo 34 del «Acuerdo Administración General del Estado-Sindicatos para el período 1995-1997 sobre condiciones de trabajo en la función pública» (BOE de 20 de septiembre de 1994).

²⁷⁰ Capítulo 8 del «Acuerdo de la Diputación General de Aragón y los Sindicatos, para modernizar y reordenar la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón y mejorar las condiciones de trabajo» (BOA de 20 de marzo de 1995).

²⁷¹ Cláusula 31 del «Acuerdo sobre condiciones de trabajo del personal funcionario para el año 1993. Ayuntamiento de Santander (BOC de 28 de febrero de 1995).

²⁷² Artículo 24 del «Acuerdo de condiciones laborales 1994-1996 para el personal municipal del Ayuntamiento de Barcelona», aprobado por el Consejo Pleno de 23 de diciembre de 1994 (Imprenta Municipal, *s/f*), donde se manifiesta el compromiso de instar la constitución de un plan de pensiones de los llamados de empleo, asignando para esta finalidad exclusiva una dotación inicial de 769 millones y una aportación de 100 millones de pesetas para el año 1995 y de 100 millones, más el IPC del 1995, para el año 1996.

²⁷³ El art. 44 del «Conveni-Acord de condicions de treball del personal laboral i funcional de la Diputació de Girona, 1995-1996» (BOP de Girona de 22 de julio de 1995), donde se garantiza una pensión de jubilación igual al importe del salario mínimo interprofesional.

modalidad de anticipos específica tendente a garantizar el abono de las pensiones hasta tanto no se perciban las del sistema de Seguridad Social ²⁷⁴.

Pero lo cierto es que las políticas de mejora de las prestaciones y pensiones de nuestras Corporaciones Locales, se enfrentan con una prohibición efectiva establecida en sus orígenes en la Ley 11/1960, de 12 de mayo, sobre creación de la Mutualidad Nacional de Previsión de la Administración Local y contenida después en la Disposición Adicional Cuarta y Quinta del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se promulgó el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local ²⁷⁵. En estas normas se patentiza la prohibición clara y rotunda dirigida a las Corporaciones Locales de realizar, cualquiera que sea la denominación que se le dé, dotaciones económicas para fines de previsión a sus funcionarios. A mayor abundamiento, el Real Decreto 480/1993, de 2 de abril, por el que se integra en el Régimen General de la Seguridad Social el Régimen Especial de la Seguridad Social de los funcionarios de la Administración Local, declara la subsistencia de las disposiciones citadas.

En consonancia con estas previsiones, la jurisdicción administrativa ha anulado los acuerdos de las Corporaciones Locales concediendo aportaciones o prestaciones directas en favor de sus funcionarios públicos, adoptados contraviniendo las disposiciones indicadas, pero, no tanto por la existencia de estas mismas disposiciones, sino por la naturaleza de las percepciones que generan, consideradas claramente retributivas, creadoras de un auténtico beneficio indirecto, cuya consolidación origina un concepto retributivo nuevo no contemplado por el artículo 23 de la LMRFP, formando parte de las normas materiales relativas a retribuciones, en cuanto mejoras a cargo de la Corporación Local, los haberes pasivos que en realidad son abonos demorados, siendo la normativa relativa a la estructura de las retribuciones, sistema de pensiones y ayudas comprendidas en los derechos pasivos y previsión de los funcionarios públicos, bases del régimen estatutario de competencia exclusiva del Estado ²⁷⁶.

²⁷⁴ Article 12 del «Acord retribucions específiques i condicions de treball de la Policia Local de l'Ajuntament d'Alcanar per l'any 1995» (BOP de Tarragona de 16 de junio de 1995).

²⁷⁵ Dichas Disposiciones establecen lo siguiente: «Disposición Adicional Cuarta. Las Corporaciones locales no podrán en lo sucesivo conceder aportaciones, subvenciones o ayudas de cualquier género para fines de previsión de sus funcionarios. Serán nulos los créditos que se concedan con infracción de este precepto y su pago engendrará las responsabilidades pertinentes. Disposición Adicional Quinta. Los funcionarios al servicio de la Administración Local que deseen constituir una Entidad de previsión de carácter voluntario, a fin de mejorar los beneficios establecidos en esta Ley y en los Estatutos de la Mutualidad Nacional de Previsión de la Administración Local, podrán hacerlo de conformidad con las disposiciones legales correspondientes y siempre que las aportaciones y cuotas sean exclusivamente a su cargo».

²⁷⁶ Al respecto las STS de 15 de junio de 1989 (Ar. 4.387); STS de 5 de febrero de 1991 (Ar. 1.170) y la STS de 14 de junio de 1991 (Ar. 4.999).

En estos términos, la materia negocial habilitada por el concepto legal examinado prácticamente desaparece, reduciéndose a la concesión de anticipos de las prestaciones en trámite y a los premios por jubilación, absorbiendo la no negociabilidad de los conceptos retributivos el contenido material de este ámbito convencional.

F) SISTEMAS DE INGRESO, PROMOCIÓN Y PROVISIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO

El apartado g) del artículo 32 de la LORAP se refiere a la posible negociación de los sistemas de ingreso, provisión y promoción de los funcionarios públicos, ámbito delicado y complejo al proyectarse sobre el principio de igualdad y mérito en el acceso a las funciones públicas reconocido en el artículo 23.3 CE.

El principio de igualdad y mérito impone la obligación de no exigir para el acceso a la función pública requisito o condición alguna que no sea referible a los conceptos de mérito y capacidad, incurriéndose en infracción constitucional si se toman en consideración condiciones personales o sociales de los candidatos no referidas a dichos criterios (STC 193/1987, de 9 de diciembre). Aunque se admite que la exigen-

La STS de Valencia de 25 de noviembre de 1993 (AA 1-1996), rechaza expresamente el establecimiento de subvenciones a pensionistas al objeto de equiparar su pensión al salario mínimo interprofesional, en cuanto supone una intervención de la Corporación en el régimen de derechos pasivos de los funcionarios que le viene legalmente vedada, aceptando, en cambio, la concesión de anticipos de pensiones en trámite, con el razonamiento ya conocido del carácter reintegrable de las mismas.

La STS de 22 de octubre de 1993 (Ar. 7.544) ha aceptado el establecimiento de incentivos a la jubilación anticipada de los funcionarios públicos, arguyendo que el régimen estatutario regula la jubilación a instancia del interesado sin señalar requisitos o particularidades en cuanto a la posibilidad de incentivarla.

Con un carácter expansivo la STSJ de La Rioja de 2 de junio de 1993 (AA 11-1993) afirma que: «Por su parte, los arts. 13 y 14 del Acuerdo Regulador reconocen al personal del Ayuntamiento demandado prestaciones económicas en las concretas cuantías que en ellos se detallan, por circunstancias familiares y sanitarias, que, en cuanto implican en definitiva una retribución o contraprestación por su trabajo, han de entenderse contrarias a lo imperativamente dispuesto en el art. 1 del Real Decreto 861/86, habiendo de quedar cubiertas tales contingencias familiares o por enfermedad a través de mecanismos que por disposiciones normativas diferentes el Ayuntamiento debe tener concertados».

No me parece que a estos planteamientos se les pueda oponer, en materia de planes y fondos de pensiones, la Disposición Final 2ª de la Ley 8/1987, de 8 de junio, sobre Planes y Fondos de Pensiones, en su nueva redacción dada por la Disposición Adicional 11ª de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, que autoriza a la Administración del Estado, Administración de las Comunidades Autónomas, Entidades Locales y Organismos Autónomos de ellas dependientes a promover planes y fondos de pensiones y realizar contribuciones a los mismos, pues lo que se discute es la naturaleza salarial de estas aportaciones que en ningún caso podrán sobrepasar los límites establecidos por la legislación presupuestaria, en sentido contrario ROQUETA BUJ, Remedios, *La negociación colectiva en la función pública*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, págs. 308-310. Para el supuesto específico de la Administración Local, MALPICA MUÑOZ, Antonio, «Las Corporaciones locales y los Planes de Pensiones», *El Consultor*, 23 (1993), págs. 2.863-2.872.

cia de ciertas cualidades subjetivas o factores de diferenciación, siempre que vengan dados por la naturaleza propia de las funciones a desarrollar y se establezcan con carácter general, no son contrarias a estos principios (STC 60/1994, de 28 de febrero).

Además, la jurisprudencia constitucional ha reconocido explícitamente que los principios del art. 23.2 CE no han de ser aplicados sólo al acceso a la función pública sino también al sistema de provisión de puestos de trabajo (STC 200/1991, de 28 de octubre, STC 293/1993, de 18 de octubre, STC 80/1994, de 14 de marzo).

La presencia de estos principios constitucionales condiciona fuertemente la negociación de estas materias en el ámbito estatal y autonómico, una negociación que en el estadio actual ha abordado estos temas desde una perspectiva ambiciosa en el marco de un proyecto de carrera para la función pública, lo que la califica como una negociación legislativa por el impacto que sin duda han de tener sus criterios sobre el estatuto de los funcionarios públicos, pero que, precisamente por la naturaleza de su contenido y por su virtualidad externa, se aleja del objeto de este estudio ²⁷⁷.

En el ámbito local la negociación de los sistemas de ingreso y promoción profesional engloba la negociación de las bases de la convocatoria de los procesos selectivos ²⁷⁸, incluyendo la elección del sistema selectivo, la determinación de los méritos en la fase de concurso ²⁷⁹

²⁷⁷ Los criterios sobre la carrera administrativa previstos en el título cuarto del «Acuerdo Administración General del Estado y Sindicatos para el período 1995-1997, sobre condiciones de trabajo en la función pública» (BOE de 20 de septiembre de 1994) y en sus homónimos autonómicos, presuponen un nuevo modelo de función pública basado en una reconsideración de los grupos funcionariales; el impacto inmediato de las previsiones establecidas es reducido debido a la necesidad de vehicular lo acordado a través de los respectivos instrumentos legislativos tanto estatales como autonómicos.

²⁷⁸ El art. 21 del «Conveni-Acord de condicions de treball del personal laboral i funcionari de la Diputació de Girona 1995-1996» (BOP de Girona de 22 de julio de 1995), establece que las bases de selección, con carácter previo a su aprobación por el Pleno, serán sometidas a la Comisión Paritaria del acuerdo, para plantear las propuestas que consideren oportunas; el art. 10 del «Acuerdo regulador de condiciones de trabajo entre el Ilmo. Ayuntamiento de Bullas y el personal funcionario del mismo, para los años 1995-1996» (BORM de 11 de marzo de 1996), señala que en la elaboración de las bases de las pruebas restringidas para la promoción interna intervendrá una representación de los sindicatos más representativos en la empresa; el art. 4 del «Acuerdo entre el Ayuntamiento de Caravaca y su personal funcionario» establece que se negociarán con los representantes de los trabajadores las bases que han de regir los procesos de selección; más evidente el art. 18 del «Convenio de funcionarios del Ayuntamiento de Nuevo Baztán 1995-1997» (BOCM de 16 de mayo de 1995) señala que las propuestas de las bases de convocatoria de promoción serán elaboradas por el departamento de personal que posteriormente las pondrá en conocimiento de la comisión de seguimiento, donde se acordarán las posibles modificaciones o ajustes previstos por los representantes de los funcionarios; el «Acuerdo regulador del personal funcionario del Ayuntamiento de Carnota 1995» (DOG de 4 de marzo de 1996) prevé en su art. 7 que las bases de la convocatoria de provisión de plazas serán negociadas anualmente con los delegados de personal.

²⁷⁹ El art. 17 del «Acuerdo sobre condiciones de trabajo del personal funcionario para el año 1993. Ayuntamiento de Santander» (BOC de 28 de febrero de 1995), establece que en la fase de concurso en la convocatoria de cualquier plaza se reconocerá como mérito los servicios

y la dispensa de las pruebas realizadas para el acceso a la función pública²⁸⁰, garantizándose la participación del personal en los procedimientos selectivos a través de la integración de un representante de las organizaciones sindicales o del órgano unitario en los tribunales o comisiones de selección²⁸¹.

Si a ello añadimos que se puede negociar el porcentaje de plazas que se reservan a la promoción interna y la realización de convocatorias de promoción independientes de las de selección externa, el resultado es un sistema de selección fuertemente orientado e intervenido en beneficio de la promoción de los actuales empleados públicos que, aunque pueda considerarse formalmente correcto, dice muy poco en favor del principio de igualdad y libertad de concurrencia sobre el que se sustenta el mérito y la capacidad.

Mención aparte merece el hecho de que los acuerdos de condiciones de trabajo actúan en el ámbito local como normas ordenadoras de la selección de personal no permanente, bien afirmando la creación de

prestados en el Ayuntamiento, a razón de 0,1 punto por mes, sin que en ningún caso este mérito pueda superar el 20% de la puntuación final de la convocatoria, ni servir esta puntuación para alcanzar el grado suficiente en las pruebas que se incluyan en la fase de oposición. El art. 19 del «Conveni unitari del personal de l'Ajuntament de Valls 1995» (DOGC de 8 de enero de 1996), para el turno libre, parece tomar como un mérito de especial consideración que el candidato resida en el municipio de Valls, lo que sin duda raya la inconstitucionalidad por atentar contra el principio de igualdad.

²⁸⁰ El art. 24 del «Acuerdo de las condiciones de empleo económico-administrativas de la función pública en el Ayuntamiento de Arnedo (La Rioja) para 1993 y 1994» (BOR de 19 de abril de 1995), posibilita la supresión de alguna de las pruebas de aptitud, en función de los conocimientos ya demostrados; el artículo 4 del «Acuerdo regulador de las condiciones de empleo de la función pública municipal del Excmo. Ayuntamiento de Logroño (La Rioja) para 1995» (BOR de 9 de mayo de 1995), contiene la misma afirmación que se complementa con la previsión de que la promoción interna pueda llevarse a cabo en convocatorias independientes; el art. 7 del «Acuerdo regulador del personal funcionario del Ayuntamiento de Carnota 1995» (DOG de 4 de marzo de 1996), establece el sistema selectivo del concurso-oposición como sistema de promoción, sin perjuicio de liberar a los aspirantes de determinadas pruebas en la fase de oposición, en función de las realizadas para el acceso a la Administración local, perdiendo pie en la legalidad cuando contempla la posibilidad de dispensar excepcionalmente a los aspirantes de la titulación exigida con carácter general.

²⁸¹ El art. 29 del denominado «Convenio Colectivo del personal laboral del Ayuntamiento de Soler 1994-1995» (BOCAIB de 23 de marzo de 1995), establece la presencia en los tribunales de selección de personal, con voz pero sin voto, de un representante de las organizaciones sindicales representativas; en el art. 21 del «Conveni-Acord de condicions de treball del personal laboral i funcionari de la Diputació de Girona, 1995-1996», se afirma que en los Tribunales cualificadores de las pruebas se garantizará la presencia de un representante de los empleados, con voz y voto, que se nombrará por la presidencia a propuesta de los órganos de representación sindical, y que habrá de poseer una titulación académica igual o superior a la exigida para acceder a la plaza que se convoque; el art. 13 del «Acuerdo de condiciones laborales 1994-1996 para el personal municipal del Ayuntamiento de Barcelona», aprobado por el Consejo Pleno de 23 de diciembre de 1994 (Imprenta Municipal, s/f), manifiesta el derecho de los órganos de representación del personal a designar, entre sus componentes, para cada prueba selectiva y previamente a su realización, dos observadores, uno titular y otro suplente, que podrán asistir a todas las pruebas orales, escritas o prácticas y a las deliberaciones de los tribunales; estos observadores tendrán derecho a que se les facilite, si así lo solicitan, duplicados de las actas de los tribunales, y a examinar los ejercicios escritos realizados por los aspirantes.

bolsas o listas de personas que superadas la pruebas no han sido admitidas por carecer de plaza ²⁸² o bien estableciendo la necesidad de convocatorias específicas para la contratación con carácter temporal ²⁸³.

Por lo que hace referencia a la provisión de puestos de trabajo la negociación se orienta hacia el triple objetivo de afirmar el concurso como sistema ordinario de provisión de los puestos de trabajo que supongan promoción profesional y económica, sin excluir la libre designación a partir de determinados niveles o para determinados puestos, reforzar la concertación de las bases y los baremos de méritos de los concursos y garantizar la presencia de los representantes sindicales o unitarios en las comisiones de valoración ²⁸⁴.

Por otra parte, un buen número de los acuerdos consultados recogen la institución laboral de trabajos de superior categoría y regulan sus consecuencias económicas y profesionales en una demostración palpable de la necesidad de una figura de este tipo en la legislación funcionarial a la que no parece suplir con éxito, dadas sus naturales limitaciones, la atribución temporal de funciones ²⁸⁵.

Capítulo aparte merece la utilización de la negociación colectiva para procedimentalizar el ejercicio de las facultades discrecionales de la Administración de redistribución de efectivos por necesidades del servicio ²⁸⁶, así como la regulación de otras figuras de contornos poco

²⁸² Art. 17 del «Acuerdo sobre condiciones de trabajo del personal funcionario para el año 1993. Ayuntamiento de Santander» (BOC de 28 de febrero de 1995).

²⁸³ Art. 43 del «Acuerdo Marco del Ayuntamiento de Collado Villalba 1995-1996» (BOCM de 30 de mayo de 1995).

²⁸⁴ Así, el art. 9 del «Acuerdo regulador de las condiciones de trabajo entre el Ilmo. Ayuntamiento de Bullas y el personal funcionario del mismo, para los años 1995-1996» (BORM de 11 de marzo de 1996); el Art. 4 del «Acuerdo entre el Excmo. Ayuntamiento de Caravaca y su personal funcionario 1995, 1996 y 1997» (BORM de 24 de marzo de 1995), lo plantea en apretada síntesis: «Para la cobertura de los puestos de dirección se seguirá el sistema de concursos de méritos entre el personal de la plantilla sobre Bases negociadas con la Representación Sindical»; en el mismo sentido, el art. 7 del «Acuerdo regulador del personal funcionario del Ayuntamiento de Carnota 1995» (DOG de 4 de marzo de 1996): «Las bases de cada convocatoria de provisión de puestos de trabajo deberán ser negociadas con los delegados de personal, que designarán además un representante de los trabajadores en las respectivas comisiones de valoración»; en la misma dirección el art. 18 del «Convenio de funcionarios del Ayuntamiento de Nuevo Baztán 1995-1997» (BOCM de 16 de mayo de 1995) y el 15 del «Acuerdo de condiciones laborales 1994-1996 para el personal municipal del Ayuntamiento de Barcelona», aprobados por el Consejo Pleno de 23 de diciembre de 1994 (Imprenta Municipal, s/f).

²⁸⁵ Así, la cláusula 18 del «Acuerdo sobre condiciones de trabajo del personal funcionario para el año 1993. Ayuntamiento de Santander» (BOC de 28 de febrero de 1995); el art. 32 del llamado «Convenio colectivo del personal laboral del Ayuntamiento de Soller 1994-1995» (BOCAIB de 23 de marzo de 1995); el art. 4 del «Acuerdo entre el Excmo. Ayuntamiento de Caravaca y su personal funcionario 1995, 1996 y 1997» (BORM de 24 de marzo de 1995).

²⁸⁶ Al respecto, el art. 24 del «Conveni-Acord de condicions de treball del personal laboral i funcionari de la Diputació de Girona, 1995-1996» (BOP de Girona de 22 de julio de 1995) y el art. 23 del «Conveni de condicions de treball del personal funcionari i laboral de l'Ajuntament de Girona 1995» (BOP de Girona de 22 de julio de 1995).

nítidos como la permuta de puestos de trabajo entre funcionarios ²⁸⁷ o el cambio de puesto de trabajo por razones médicas o de límite de edad ²⁸⁸.

A partir de aquí se puede afirmar que el perfil aproximado del ámbito negocial, establecido por el párrafo g) del art. 32, está integrado por las decisiones siguientes:

a) La negociación de las bases de las convocatorias de los procesos de selección y de los concursos de provisión.

b) La determinación exacta de los sistemas selectivos y de las formas de provisión de puestos de trabajo.

c) La participación de representaciones del personal en los órganos de selección y en las comisiones de valoración.

d) La articulación de porcentajes de reserva, convocatorias independientes, méritos y dispensas de pruebas para facilitar la promoción interna.

e) La determinación de los procedimientos de selección del personal no permanente.

f) La procedimentalización de las formas de provisión de puestos de trabajo que como la redistribución de efectivos suponen un ejercicio de potestades unilaterales de la Administración.

g) La utilización de otras formas de provisión fundamentadas en razones de salud laboral.

h) La utilización de otras formas de provisión de discutible vigencia o adecuación al estatuto de los funcionarios públicos, como las permutas o el cambio temporal a puestos de trabajo de superior categoría.

Lo cierto es que la jurisprudencia de nuestros tribunales viene recordando que no existe en nuestro ordenamiento un principio de libre elección del sistema selectivo, gozando de preferencia la oposición libre y abierta como procedimiento que mejor atiende los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, sin que se pueda llevar hasta sus últimas consecuencias el mandato de facilitar la promoción interna de los funcionarios públicos lo que podría originar que la total selección de los mismos tuviese siempre su origen en los Cuerpos o Escalas del grupo inferior ²⁸⁹. El problema estriba en dis-

²⁸⁷ Art. 8 del «Acuerdo regulador de las condiciones de trabajo entre el Excmo. Ayuntamiento de Alhama de Murcia y su personal funcionario 1995» (BORM de 17 de mayo de 1995).

²⁸⁸ Art. 16 del «Acord retribucions específiques i condicions de treball de la policia local de l'Ajuntament d'Alcanar 1995» (BOP de Tarragona de 16 de junio de 1996).

²⁸⁹ La reacción de nuestros tribunales se produce en casos extremos de utilización del concurso como sistema selectivo en detrimento de la oposición con desconsideración absoluta de lo previsto en el art. 2 del Real Decreto 896/1991, de 7 de junio, por el que se establecen las reglas básicas y los programas mínimos a que debe ajustarse el procedimiento de selección de los funcionarios de Administración Local, cuya consideración de norma básica e indisponible por la negociación colectiva confirman la STS de 7 de noviembre de 1994 (Ar. 9.296) y la STS de 18

tinguir en qué momento se deja de facilitar el ejercicio de un derecho que no carece de fundamento de constitucional ²⁹⁰, y se lesiona otro basado en la acreditación del mérito y la capacidad realizada en condiciones de igualdad ²⁹¹.

G) DERECHOS SINDICALES Y DE PARTICIPACIÓN

El apartado h) del art. 32 de la LORAP incorpora como ámbito negocial las propuestas sobre derechos sindicales y de participación. Aunque el mencionado apartado se refiere a «propuestas», lo cierto es que la materia ha sido objeto de una negociación intensa en todos los ámbitos del sistema.

Esta dinámica convencional ha quedado más difuminada en el ámbito estatal al regularse por pactos concretos que en determinados casos se alcanzan en los ámbitos sectoriales de negociación.

Sin embargo, en otros niveles se pueden identificar las prácticas convencionales siguientes:

a) En el ámbito autonómico la negociación alcanza a los medios materiales —locales, uso de teléfono, fotocopias, material de oficina— de que dispondrán las Juntas de Personal y las Secciones Sindicales con representación, regulándose extensamente el número y la constitución de secciones sindicales, la designación de delegados sindicales, sus garantías y, en especial, la utilización del crédito horario y de las bolsas de horas sindicales, así como la figura de los liberados sindicales y el reflejo de la actividad sindical sobre las retribuciones de los funcionarios que realicen funciones representativas. Capítulo aparte merece la regulación del derecho de reunión, donde se identifican los órganos autorizados a convocarlas, el número de horas de trabajo de las que se podrá disponer para la celebración de asambleas, el procedimiento para su solicitud y celebración y las facilidades que deberá otorgar la Administración en cuanto a medios —locales— para la celebración de las reuniones ²⁹².

de abril de 1995 (Ar. 5.265), o en los supuestos de reserva al turno de promoción interna de la única vacante ofertada en el proceso selectivo, tal como plantea la STS de 20 de enero de 1992 (Ar. 2.467). La STSJ de Andalucía de 10 de octubre de 1994 (RGD 612-1995), afirma que los tribunales de oposición no están vinculados directamente por los pactos suscritos en las mesas de negociación cuando su contenido no se ha integrado en las bases de la convocatoria que constituyen la ley del concurso.

²⁹⁰ La STC 50/1986, de 23 de abril, ha reconocido la aplicación del mandato constitucional de favorecer la promoción mediante el trabajo a la función pública.

²⁹¹ La STC 365/1993, de 13 de diciembre, es suficientemente explícita al respecto: «si se combinan criterios objetivos preestablecidos en normas de carácter general..., con otros señalados *ad hoc* para un proceso de selección concreto, puede existir la sospecha de que el perfil diseñado y aplicado responde a un sujeto determinado y sea irreplicable fuera de él».

²⁹² Ilustrativo al efecto es el «Pacto sobre desarrollo de la acción sindical de las juntas de personal y de las secciones sindicales, en el ámbito de la Administración General de la Comunidad de Castilla y León, de 13 de octubre de 1995» (BOCyL de 8 de noviembre de 1995).

Este esquema básico se completa en casos aislados con subvenciones económicas en favor de las organizaciones sindicales que se establecen en los propios acuerdos ²⁹³ o que se prevén en función de los resultados electorales ²⁹⁴.

b) En el ámbito local la negociación cubre los mismos espacios temáticos aunque conviene señalar por sus características específicas la tendencia a:

1) Una débil procedimentalización del ejercicio de los derechos sindicales que persigue la utilización de los mismos de una manera no condicionada y que contrasta con la especial modulación que el ejercicio de estos derechos tendría que acusar en un ámbito público ²⁹⁵.

2) La ampliación de las funciones reconocidas legalmente a los órganos de representación unitaria y sindical ²⁹⁶.

3) La ampliación de los derechos participativos con la inclusión de un representante del órgano unitario de representación en la Comisión Informativa con competencia en materia de personal de la correspondiente Corporación Local, con voz pero sin voto ²⁹⁷.

²⁹³ El anexo II, sobre derechos y garantías sindicales, apartado quinto, del «Acuerdo de la Diputación General de Aragón y los Sindicatos, para modernizar y reordenar la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón y mejorar las condiciones de trabajo 1992-1994» (BOA de 20 de marzo de 1995), en el que se establece una subvención económica de siete millones de pesetas.

²⁹⁴ Al respecto el Capítulo IX. 4 c) del «Acuerdo Administración y Organizaciones Sindicales sobre condiciones de trabajo del personal al servicio de la Administración Pública de la Región de Murcia» (BORM de 25 de noviembre de 1994), donde se establece: «Con el fin de facilitar medios materiales para el desarrollo de sus funciones, la Administración Regional subvencionará a las Organizaciones Sindicales por cada miembro que cuenten en las Juntas de Personal y Comité de Empresa, para ello se tendrán en cuenta los resultados oficialmente proclamados en las últimas elecciones sindicales».

²⁹⁵ Así, el art. 39 del «Acuerdo marco del Ayuntamiento de Collado Villalba 1995-1996» (BOCM de 30 de mayo de 1995): «La junta de personal tendrá derecho a ser sustituida durante sus horas sindicales mediante preaviso de veinticuatro horas, de carácter ordinario, y preaviso no necesario, con carácter de urgencia».

²⁹⁶ El art. 37 del «Acord regulador de les condicions de treball dels funcionaris de l'Ajuntament de Molins de Rei per als anys 1996 i 1997» (DOGC de 24 de mayo de 19956), donde se establece que el Ayuntamiento estará obligado a informar a la junta de personal, en un plazo máximo de 15 días hábiles de cualquier alteración que se produzca en cuadro de puestos de trabajos y de cualquier valoración de los mencionados puestos, facilitando además, la relación de horas extraordinarias realizadas. El art. 40 del «Acuerdo de condiciones laborales 1994-1996 para el personal municipal del Ayuntamiento de Barcelona», aprobado por el Consejo Pleno de 23 de diciembre de 1994 (Imprenta Municipal, s/f) donde se reconoce a los órganos de representación la facultad de informe sobre todos los acuerdos plenarios en materia de personal y en especial sobre el régimen jurídico de los premios y sanciones, el régimen general de la prestación de servicios, el modelo de nombramiento de los funcionarios y los contratados laborales, las estadísticas de traslados, la oferta pública, los procedimientos selectivos, las plazas de prestación social, planes de colaboración social y planes de trabajo y estudios generales sobre valoración de puestos de trabajo, atribución de niveles o creación o modificación de conceptos retributivos.

²⁹⁷ El art. 31 del «Pacto sobre normas de trabajo del personal funcionario que presta sus servicios en el Ayuntamiento de Tordesillas 1994-1995» (BOCyL de 7 de marzo de 1995), señala como competencia del delegado de personal: «Asistir a las reuniones de la Comisión de Personal, teniendo voz en cuantos asuntos se sometan a dictamen de la misma y afecten al perso-

4) El reconocimiento explícito de determinados derechos como el de huelga y su procedimentalización interna ²⁹⁸.

Podríamos repetir aquí nuestra opinión sobre la dudosa legalidad de la figura de los «dispensados» o «liberados» sindicales, o citar la jurisprudencia contraria al intercambio del crédito horario entre representaciones unitarias o sindicales cuya ámbito representativo corresponde a colectivos distintos. Igualmente podríamos discutir la legalidad de determinados derechos o garantías que se afirman en los acuerdos establecidos, por no referirnos a la inclusión de preceptos sobre el ejercicio de derechos constitucionales. Lo cierto es que, por un lado, la inexistencia de regulación, y por otro, la regulación conjunta del ejercicio de los derechos colectivos de los funcionarios públicos con los trabajadores laborales, priva al ejercicio de los mismos de una regulación coherente y adaptada al ámbito de las Administraciones públicas, produciendo el efecto ya conocido de inexistencia de regulación y recreación por la vía de convención de una normativa favorable a los actores del sistema, utilizando para ello instituciones traídas del Derecho laboral fuera de la lógica que las inspira en la rama social del Derecho.

En todo caso, hoy puede afirmarse como ámbito de regulación librado a la negociación colectiva sobre la base del art. 32 h) de la LORAP:

a) El ejercicio del derecho a la organización y la acción sindical en el seno de nuestras Administraciones públicas.

b) La ampliación de los derechos, garantías y facilidades de los representantes.

c) La ampliación de las competencias y facultades de los órganos de representación y su procedimentalización.

d) La ampliación del ejercicio del derecho de participación en los órganos administrativos.

e) El ejercicio del derecho de reunión en la Administración Pública.

nal. El orden del día y las actas se facilitarán con igual antelación que a los miembros de la Comisión en los temas de personal a los que afecte el presente Acuerdo.»

²⁹⁸ El art. 68 del «Conveni unitari del personal del Ajuntament de Valls 1995» (DOGC de 8 de enero de 1996), señala que en caso de huelga será el Alcalde quién establezca los servicios mínimos por Decreto a propuesta de los convocantes, teniendo en cuenta que en caso de no aceptación de la propuesta realizada se negociarán los servicios mínimos a establecer. Más prudentes, otros acuerdos como el del Ayuntamiento de Zamora por el que se aprueban las condiciones de trabajo de los funcionarios para los años 1995, 1996 y 1997 (BOCyL de 15 de marzo de 1996), se limitan a reconocer el derecho de huelga de conformidad con la Constitución y la legislación vigente. De difícil encaje resulta el reconocimiento de otros derechos como la garantía personal otorgada a los representantes sindicales por accidentes sufridos en el ejercicio de cargos electivos o de dirección sindical, reconocidos en virtud del acuerdo como accidentes laborales, tal como se establece en el art. 47 del «Acuerdo de condiciones laborales 1994-1996 para el personal municipal del Ayuntamiento de Barcelona», aprobado por el Consejo Pleno de 23 de diciembre de 1994 (Imprenta Municipal, s/f).

f) La afirmación del ejercicio de derecho de huelga y su procedimentalización interna.

H) SALUD LABORAL

El apartado i) del art. 32 de la LORAP se refiere a la negociación de medidas sobre salud laboral. Esta materia hay que entenderla hoy a la luz de lo previsto en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, sin embargo, conviene tener en cuenta que los instrumentos convencionales estudiados están a caballo de la aprobación de la ley y reflejan con claridad la indecisión ante la necesaria transición a un nuevo sistema; advertido esto pueden reflejarse las siguientes tendencias:

a) En la Administración del Estado, dada la fecha en que se aprueba el último acuerdo, los capítulos dedicados a la salud laboral plantean como ámbitos negociales la constitución de las estructuras orgánicas de consulta y participación sindical en materia de salud laboral, y la realización de actuaciones tales como la confección de mapas de riesgos, planes y programas de prevención.

b) En la Administración de las Comunidades Autónomas las materias objeto de negociación se extienden a la definición de los ámbitos específicos de actuación, configuración y dotación de garantías a los miembros de los órganos de participación que en materia de seguridad y salud en el trabajo contempla la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, la elaboración de los correspondientes mapas de riesgos y la formulación conjunta de planes y programas preventivos, incluyendo las correspondientes revisiones médicas, refiriéndose, por último, a la promoción de la información y la formación sobre seguridad y salud laboral ²⁹⁹.

c) En el ámbito local nos enfrentamos ante una notable dispersión, de manera que es posible identificar una triple tendencia de conformidad con el grado de madurez que las políticas sobre salud laboral han adquirido en nuestras Corporaciones Locales:

1) En el primero de los modelos que hemos detectado no existe un ámbito de negociación sobre salud laboral como tal reducién-

²⁹⁹ Es suficientemente demostrativo de estas tendencias el Capítulo XVI del «Acuerdo Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha-Sindicatos para el período 1996-1998 sobre condiciones de trabajo en función pública» (DGC-LM de 29 de diciembre de 1995); también el Capítulo 10 del «Acuerdo de la Diputación General de Aragón y los Sindicatos, para modernizar y reordenar la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón y mejorar las condiciones de trabajo» (BOA de 20 de marzo de 1995) y el art. 32 del «Acuerdo general sobre condiciones de trabajo del personal funcionario al servicio de la Administración de la Comunidad de Madrid 1995» (BOCM de 2 de marzo de 1995).

dose la materia a las cuestiones de dotación de herramientas y ropa de trabajo ³⁰⁰.

2) En el segundo modelo se incluirían en el área de la salud laboral revisiones médicas periódicas de marcado carácter preventivo y la constitución de comités o comisiones paritarias de seguridad e higiene en el trabajo ³⁰¹.

3) Un modelo más maduro lo encontraríamos en aquellos acuerdos en los que se han previsto y negociado servicios médicos de empresa, complementados con estructuras activas de vigilancia y control en la prevención de riesgos, y de consulta y participación en la materia, integrando también acciones concretas de investigación y análisis de riesgos, así como planes y programas de prevención ³⁰².

De hecho, el ámbito convencional en materia de salud laboral se puede definir como amplio y comprender las acciones siguientes:

a) La configuración de los servicios de prevención en materia de salud laboral.

b) La configuración de los órganos de control y vigilancia, y de consulta y participación, así como el ejercicio de sus derechos, facilidades y garantías.

c) El desarrollo de las actividades de investigación, control y vigilancia de riesgos, las tareas de formación e información en materia de salud laboral y las acciones, planes y programas de prevención.

d) La realización de acciones concretas consistentes en revisiones médicas, dotación de medios materiales y de medidas de seguridad.

e) La protección de trabajadores especialmente sensibles, de la maternidad, los menores y las relaciones temporales en el ámbito de la correspondiente Administración pública.

Obviamente el contenido de las materias negociables no termina aquí y se puede extender a cuestiones que amparadas en la habilitación general contenida en el párrafo k) del art. 32 de la LORAP pueden ser susceptibles de negociación, refiriéndonos al efecto a la con-

³⁰⁰ Un ejemplo paradigmático de este modelo sería el «Acord regulador de les condicions econòmiques, socials i de treball dels funcionaris al servei de l'Ajuntament de l'Ametlla del Vallés per a l'any 1995» (BOP de Barcelona de 29 de mayo de 1995), donde se define, como parte de las medidas de seguridad e higiene en el trabajo para el personal de la Policía Local, la dotación de un impermeable, botas de agua, casco, guantes de motorista y juegos de reflectantes.

³⁰¹ Tal como puede verse, por ejemplo, en el art. 44 del «Pacto para las plantillas de funcionarios del Ayuntamiento de Santo Domingo de la Calzada» (BOR de 7 de septiembre de 1995).

³⁰² Tal como se prevé en los arts. 67 al 82 del «Acuerdo regulador de las condiciones de trabajo de los funcionarios de la Diputación Foral de Bizkaia y sus organismos autónomos 1995» (BOPV de 14 de agosto de 1995) y los arts. 58 al 63 del «Acord regulador de les condicions de treball dels funcionaris de la Diputació de Barcelona, per als anys 1996-1999» (DOGC de 8 de julio de 1996).

flictividad generada por las mismas para no alargar innecesariamente este trabajo ³⁰³.

Por lo que hace referencia al tiempo de trabajo nuestros tribunales contenciosos han declarado la nulidad de las cláusulas de determinados acuerdos suscritos en las Corporaciones Locales en aplicación del art. 94 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, donde se establece una jornada de trabajo para los funcionarios de la Administración Local equivalente en cómputo anual a la misma que se fije para los funcionarios de la Administración del Estado, por entender que dichos acuerdos avalan el mantenimiento de una jornada menor ³⁰⁴.

En lo relativo al régimen de permisos, vacaciones y licencias, se ha anulado el régimen de vacaciones de aquellas entidades que han aumentado los días a disfrutar por su incompatibilidad con el art. 142 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, en el que se declara la equivalencia de derechos a las recompensas, permisos, licencias y vacaciones retribuidas con los previstos para los funcionarios autonómicos y, supletoriamente, para los funcionarios de la Administración Civil del Estado ³⁰⁵.

Uno de los temas más conflictivos, al englobar a la vez la materia asistencial y el régimen de licencias, es sin duda la mejora de las prestaciones por incapacidad laboral transitoria que perciben los funcionarios locales en los períodos de licencia por enfermedad, materia que a juicio de nuestros tribunales no se encuentra entre las competencias de las Corporaciones Locales al no integrar su potestad reglamentaria

³⁰³ Conviene recordar que el art. 32 k) de la LORAP se refiere a las materias: «de índole económica, de prestación de servicios, sindical, asistencial, y en general cuantas otras afecten a las condiciones de trabajo y al ámbito de relaciones de los funcionarios públicos y sus Organizaciones Sindicales con la Administración». Una guía adecuada para la determinación del contenido mínimo amparable en esta cláusula general puede proporcionarla el reformado art. 83.6 del Texto Refundido del Estatuto del Personal al servicio de las Administraciones públicas de Navarra, en el redactado dado, por la Ley Foral 27/1994, de 29 de diciembre, de medidas relativas en materia de negociación colectiva y sobre el requisito de la nacionalidad, donde se configuran como ámbitos negociales específicos el establecimiento de la jornada laboral y el horario de trabajo, así como el régimen de permisos, vacaciones y licencias. Así, jornada y horario de trabajo, por un lado, y régimen de permisos, vacaciones y licencias, por otro, a los que se debería añadir las denominadas materias asistenciales o ayudas sociales, tan propias del sistema de negociación colectiva, pueden acabar configurándose como ámbitos específicos de negociación.

³⁰⁴ STS de 7 de noviembre de 1995 (Ar. 8.173). No faltan decisiones divergentes que se niegan a declarar contrarias a Derecho cláusulas semejantes por entender que la jornada de trabajo de los funcionarios del Estado está fijada en cómputo semanal y el parámetro de referencia es el anual, tal como se plantea en la STS de 22 de diciembre de 1995 (Ar. 9.673).

³⁰⁵ STS de 16 de junio de 1995 (Ar. 4.994). Más contundentemente la STS de 16 de noviembre de 1994 (Ar. 555), se limita a declarar que: «el régimen de permisos y la regulación de la vacación anual de sus funcionarios no pertenece a las potestades normativas y de autoorganización del Ayuntamiento».

el régimen propio de la Seguridad Social y de sus prestaciones, todo ello sin perjuicio de que este tipo de previsiones pueda suponer una infracción de la Disposición Final Segunda de la Ley 7/1985, reguladora de las Bases de Régimen Local, entrando, además, su regulación en contradicción con el art. 69 del Decreto 315/1964, de 7 de febrero, por el que se aprueba la Ley articulada de Funcionarios Civiles del Estado, que sólo prevé una licencia por enfermedad con plenos efectos económicos de hasta tres meses, recordándose también el ya mencionado art. 142 del Texto Refundido de Régimen Local que establece la equivalencia entre el régimen de licencias de los funcionarios de la Administración Local y el autonómico y, en su defecto, la plena equivalencia con la regulación estatal ³⁰⁶.

En cambio, parece haberse encontrado un adecuado punto de conexión de determinadas ayudas sociales establecidas convencionalmente con la legislación estatal, en el art. 67.1 de la Ley articulada de Funcionarios Civiles del Estado, donde se dispone que: «El Estado facilitará a sus funcionarios adecuada asistencia social, fomentando la construcción de viviendas, residencias de verano, instalaciones deportivas, instituciones educativas, sociales, cooperativas y recreativas y cuanto contribuya al mejoramiento de su nivel de vida, condiciones de trabajo y formación profesional y social» ³⁰⁷.

XIII. LAS MATERIAS EXCLUIDAS DE LA OBLIGATORIEDAD DE LA NEGOCIACIÓN

Examinado el campo de las materias negociables, procede ahora abordar aquellas otras que según el art. 34.1 quedan excluidas de la obligatoriedad de la negociación.

Dicho ámbito se constituye con las decisiones de las Administraciones públicas que afecten a sus potestades de organización, al ejercicio del derecho de los ciudadanos ante los funcionarios ³⁰⁸ y al procedimiento de formación de los actos y disposiciones administrativas.

³⁰⁶ STS de 4 de diciembre de 1995 (Ar. 1.564).

³⁰⁷ En la STSJ de Valencia de 25 de noviembre de 1995 (AA 1-1996), ello permite otorgar la oportuna cobertura a cláusulas de un acuerdo relacionadas con ayudas para sepelios, nicho en el cementerio municipal, ayudas para la práctica del deporte con utilización gratuita de las instalaciones de la Fundación Deportiva Municipal y obtención del carnet de compra en determinadas entidades comerciales, que se consideran ajustadas a Derecho por desarrollarse en el ámbito de las mejoras asistenciales, que a juicio del juzgador: «no puede ser excluido del ámbito de la negociación colectiva, salvo que se reconozca abiertamente la inexistencia de tal derecho a la negociación».

³⁰⁸ Desde luego, los derechos de los que hablamos no son derechos ante los funcionarios públicos, sino derechos de los ciudadanos ante las Administraciones públicas, representadas por sus agentes públicos, tal como acertadamente plantea EMBID IRUJO, Antonio, *El ciudadano y la Administración*, MAP, Madrid, 1994, pág. 59.

En el bien entendido que, según el segundo párrafo del mismo artículo, cuando las consecuencias de las decisiones de las Administraciones públicas que afecten a sus potestades de organización puedan tener repercusión sobre las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos, procederá la consulta a las organizaciones sindicales con capacidad y legitimación para estar presentes en la respectiva Mesa de Negociación.

La exclusión de la obligatoriedad de la negociación de las decisiones de las Administraciones públicas parece querer salvaguardar la necesaria organización y dirección de las funciones públicas que corresponde al Ejecutivo y sustentarse en la ya clásica distinción entre relación de servicio y relación orgánica. Pero lo cierto es que en el momento de definir uno y otro tipo de relación, la distinción pierde precisión, ya que no se alcanza a diferenciar de entre las situaciones jurídicas subjetivas que unen al titular del órgano con la Administración, cuáles de ellas corresponden a la relación orgánica y cuáles a la relación de servicio, de forma tal que la distinción acaba careciendo de contenido real y no tiene más valor que el meramente explicativo para reflejar el doble juego de intereses que actúan en la posición material del funcionario público; por una parte, identificándose con las funciones y los servicios públicos que actúa, por otra, no renunciando a su propia subjetividad, como individuo con interés propio, capaz de articularlo colectivamente en contradicción con los definidos por los órganos de gobierno de las Administraciones públicas³⁰⁹.

Parece más adecuado ensayar la distinción entre la «organización de las funciones públicas», en las que se podría situar todo aquello que en la estructura orgánica atiende a la producción de los actos y decisiones o a la actividad externa de la Administración, esto es, todo aquello que pueda considerarse jurídicamente relevante para el ordenamiento general, y la «organización de la actividad interna de las unidades administrativas» o modo en que los elementos de la organización administrativa se combinan entre sí con la finalidad de obtener la mayor eficiencia y productividad.

A partir de aquí las potestades de organización se integrarían por aquellas decisiones del poder público consistentes en: a) la atribución de una determinada función o conjunto de funciones a un aparato orgánico establecido o que a tal fin se establezca; b) la determinación de la estructura orgánica interna de la organización, tanto de sus órganos de dirección (con especificación de su naturaleza, composición, rango y modo de designación) como de las restantes unidades jerárquicamente inferiores a estos órganos; c) la definición de cuáles deben

³⁰⁹ Sobre la distinción entre relación orgánica y relación de servicio SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, «La teoría del órgano en el Derecho Administrativo», *REDA* 40-41 (1984).

ser las funciones públicas de carácter genérico, las tareas y objetivos que se encomiendan a la organización creada; y d) la atribución de potestades de control de los órganos superiores sobre los actos jurídicos de los inferiores y de las correlativas facultades de dirección de la actividad jurídica del órgano subordinado ³¹⁰.

En todo caso, no deja de ser ésta una distinción compleja y delicada, que la jurisprudencia parece ir venciendo del lado de la Administración pública, olvidando que en aquellos supuestos en los que la potestad organizativa se refleje sobre algunos de los ámbitos negociales expresamente establecidos en el art. 32 de la LORAP se hace imprescindible una operación de deslinde y diferenciación del contenido material sujeto a discusión, sin que sea lícita una reconducción del total de la materia a las potestades de organización de la Administración. También en aquellos supuestos en que se produzca un entrecruzamiento de las decisiones organizativas con la actividad y las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos procederá la oportuna consulta como medio de adaptación del factor trabajo a las cambiantes necesidades de la organización ³¹¹.

Obviamente en el ámbito que hemos definido como organización de las funciones públicas no va a ser precisa ni la negociación, ni la consulta, existiendo pues un ámbito excluido y reservado a las potestades de disposición sobre las estructuras y las competencias públicas.

Por otra parte, parece haberse prestado poca atención a las colisiones que pueden producirse entre los derechos de los ciudadanos y las prestaciones sociales que pueden establecer los instrumentos convencionales en favor del colectivo funcional. Existen en nuestros acuerdos colectivos una serie de preferencias o tratos de favor establecidos sobre las prestaciones derivadas de un conjunto de servicios o bienes públicos, tales como plazas en guarderías o colegios públicos, o acceso privilegiado a viviendas, instalaciones o servicios públicos, cuyo otorgamiento, mantenimiento y consolidación al margen de los sistemas de admisión, autorización o ingreso al servicio o a los bienes públicos, sin garantizar el cumplimiento de las condiciones general-

³¹⁰ Seguimos aquí el trabajo de FONDEVILA ANTOLÍN, Jorge, «Nuevos aspectos sobre la naturaleza de las estructuras orgánicas y relaciones de puestos de trabajo: jurisprudencia reciente», *RVAP* 28 (1990), así como las apreciaciones de NIETO, Alejandro, «La jerarquía administrativa», *DA* 229 (1992).

Además, no parece que pueda negarse a la Administración un genérico poder de dirección y gestión que debe obedecer a las necesidades y la eficiencia del servicio, para mantener intactas las condiciones organizativas necesarias que permitan en cada momento atender a la definición que de los intereses generales realicen las instancias gubernamentales a las que corresponde la dirección política del complejo administrativo.

³¹¹ Véase al respecto las interesantes consideraciones de REY GUANTER, Salvador del, «Transformación del sistema de negociación colectiva y "refundación" de la teoría jurídica de los convenios colectivos», en ALARCÓN, Manuel R.; REY, Salvador del, (Coord.), *La reforma de la negociación colectiva*, Marcial Pons, Madrid, 1995.

mente establecidas, significa una ruptura del principio de igualdad y una subordinación de los derechos de los ciudadanos a los intereses de los funcionarios públicos.

Sin duda, conviene distinguir estos supuestos de aquellos otros en los que el usuario de un servicio o bien público puede utilizarlo de forma abierta a través de una simple solicitud, que a menudo se produce verbalmente, mediante la satisfacción de un precio. En este caso, establecer la gratuidad del bien o de la prestación del servicio para los funcionarios públicos no es más que una prestación social que adopta la forma de una subvención indirecta. En cambio, si las plazas o los bienes públicos son limitados, están sometidos a requisitos objetivos y su prestación o uso depende de una autorización administrativa, el principio de igualdad impide que las autoridades administrativas, por sí mismas, o mediante acuerdo o pacto con sus funcionarios, escojan libremente de entre un colectivo de personas reducido aquellas que van a poder beneficiarse del bien o servicio. Resulta paradigmática la STC 90/1995, de 9 de junio, dictada en relación con la preferencia en la prórroga legal de los arrendamientos urbanos en favor de los funcionarios públicos, donde se ha establecido que la misma crea una discriminación basada exclusivamente en la condición o circunstancia personal de ser un ciudadano funcionario público; lo que supone un trato preferencial en favor del arrendatario funcionario frente a los demás arrendatarios que posean otra condición laboral o profesional, que a juicio del Tribunal carece de una justificación objetiva y razonable.

Así, este tipo de prácticas entraña un injustificado sacrificio del derecho de los ciudadanos ante los funcionarios públicos y origina una lesión del derecho fundamental a la igualdad garantizada por el art. 14 CE, al carecer de justificación objetiva y razonable, sin satisfacer tampoco ninguna finalidad digna de protección.

En el campo de los deberes jurídicos existen otros contenidos negociales de las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos que pueden constituirse en atentatorios a los derechos de los ciudadanos. Así, por ejemplo, algunos acuerdos contienen preceptos que niegan la publicidad de los datos personales de los funcionarios públicos, entrando en contradicción con el derecho de los ciudadanos en sus relaciones con la Administración pública a identificar a las autoridades y a los funcionarios con los que entran en contacto para la tramitación de un procedimiento en el que aparecen como parte interesada, tal como prevé el art. 35 de la LRJAP y PAC ³¹².

Por último, hay que constatar que la referencia del art. 34 de la LORAP al procedimiento de formación de los actos y disposiciones

³¹² Así, el art. 57 del «Acuerdo de condiciones de empleo económico-administrativas de la función pública en el Ayuntamiento de Arnedo (La Rioja)».

administrativas puede tener un reflejo directo sobre determinados preceptos de los acuerdos de condiciones de trabajo que, al limitar el trabajo los sábados provocando el cierre de los registros públicos, altera el cumplimiento y cálculo de los plazos establecidos en los arts. 59 y 60 de la LRJAP y PAC ³¹³.

XIV. RESERVA DE NEGOCIACIÓN Y DEBER DE NEGOCIAR

Como hemos visto, el ámbito de la negociación colectiva en la función pública puede ser discutido y tendencialmente reducido por la presión combinada del legislador y de una doctrina jurisprudencial que incluye determinados contenidos materiales, que en principio podrían ser susceptibles de concertación, en las potestades de organización, excluidas legalmente de la obligatoriedad de la negociación, o en la materia retributiva, reservada por excelencia al legislador básico estatal, lo que origina el resultado último de sustraer al procedimiento convencional la determinación de espacios materiales con indudable incidencia en las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos.

Sin embargo, ello no es óbice para que los tribunales contenciosos afirmen la existencia de una reserva desde la ley para la negociación de las materias en la ley enunciadas, desprendiendo como consecuencia una limitación a la ordenación de esas materias por reglamento al margen del procedimiento convencional, por entender que tal posibilidad ha de quedar restringida a los casos en que no se produzca el acuerdo en la negociación o no se alcance con posterioridad la aprobación expresa y formal ³¹⁴.

Dicha reserva de negociación se complementa con una obligación de negociar o, si se quiere, con un deber de negociación efectiva, fundamentado en el párrafo inicial del art. 32 de la LORAP, al indicar el precepto que: «Serán objeto de negociación...», con lo que cabe entender que se está postulando el carácter estrictamente necesario del procedimiento negocial con independencia de que se alcance o no un

³¹³ Tal como se establece en la STS de 13 de octubre de 1994 (Ar. 8.315), donde se advierte que: «las facultades de participación de los funcionarios en la negociación de sus condiciones de trabajo no implican las de modificar las normas legales reguladoras de los procedimientos por medio de los cuales los entes públicos forman sus decisiones, materia excluida, además, del ámbito competencial de los municipios». Más concretamente la STSJ de Andalucía de 20 de mayo de 1991 (RGD 577-578-1992) establece que: «el acuerdo entre el Ayuntamiento y la Junta de Personal, pactando que no se trabajará los sábados, no puede afectar al servicio de la ventanilla del Registro General, que debe permanecer abierto todos los días hábiles por tratarse de materias excluidas del ámbito de negociación».

³¹⁴ La doctrina que enunciamos se contiene con meridiana claridad en la STS de 16 de noviembre de 1995 (Ar. 8.791). Parece constituirse así una reserva de normación colectiva en las materias previstas por la LORAP relativas a las condiciones de trabajo, oponible y complementaria a la existencia de una reglamentación unilateral.

resultado, acarreado su omisión la sanción de nulidad del acto o disposición en cuya elaboración se ha omitido este requisito formal de carácter esencial para la correcta formación de la voluntad del órgano en las materias reservadas a la negociación ³¹⁵.

Se constituye así una esencial garantía para la representación sindical en el proceso convencional, en la medida en que la reserva de negociación y el deber de negociar no permiten eludir o vaciar de contenido la participación de los representantes de los funcionarios públicos y fijar unilateralmente las condiciones de trabajo en una unidad de negociación sin haber realizado un serio esfuerzo para la obtención de un acuerdo, esfuerzo cuyos límites van a venir establecidos por el deber de negociar de buena fe ³¹⁶.

Esa obligación de negociar de buena fe va a incluir una obligación accesoria de proporcionar una adecuada información en relación con las materias objeto de negociación y se extenderá a la realización de notables esfuerzos para alcanzar un acuerdo, lo que excluye la pasividad e incluye la exigencia de una posición persistente y sincera de acercar posiciones y convenir definitivamente, descartando toda negociación superficial o simplemente formal, constituyendo una práctica desleal la negativa recalcitrante e injustificada a la aceptación de las propuestas presentadas e identificando el estancamiento con la existencia de una imposibilidad formal y documentalmente contrastada entre las partes de obtener un acuerdo sobre materias concretas y relevantes después de haber realizado un genuino esfuerzo para convenir ³¹⁷.

Aún más, el deber de negociar de buena fe se extiende a la obligación de protección y conservación del propio interlocutor, lo que

³¹⁵ Como se ha hecho notar por REY GUANTER, Salvador del, «Función pública y negociación colectiva: un breve balance jurisprudencial», *Seminario de Derecho Local*, Curso 95-96, Barcelona, 1996, a diferencia de lo que ocurre en el sector privado, donde existe una obligación de negociar de buena fe formulada originariamente en el art. 89.1 ET, en el ámbito público la LORAP no contiene una obligación similar, por lo que la configuración de un deber de negociar de buena fe pasa a ser una construcción de origen jurisprudencial.

La mencionada obligación de negociar de buena fe se plantea con rotundidad en la STSJ de Cantabria de 24 de febrero de 1995 (AA 7-1995), en donde se dice que: «Tanto las Administraciones públicas como los representantes sindicales tienen la obligación de hacer todo cuanto está en su mano para facilitar que las negociaciones lleguen a buen puerto por encima de sus diferencias y sin acudir al fácil expediente de actitudes de bloqueo».

³¹⁶ Obviamente ello demanda una conducta ajustada a los fines de la norma, un comportamiento coherente con el ejercicio del derecho por parte de las organizaciones sindicales, lo que sin duda excluye un mero cumplimiento formal de la obligación de negociar como el evidenciado y aceptado por la STSJ de Cataluña de 24 de octubre de 1994 (Ar. 1.654): «la convocatoria de autos fue objeto de la reunión de la mesa sectorial del 27 de noviembre de 1991 (punto 3º del orden del día), dando lugar a 25 intervenciones de los representantes sindicales y dos de la Administración, lo cual pone de manifiesto que las partes tuvieron pleno conocimiento de los respectivos puntos de vista y que el tema fue objeto de debate, todo lo cual constituye un contenido suficiente para estimar cumplido el requisito de la negociación previa».

³¹⁷ Tal como se plantea en CABEZA PEREIRO, Jaime, *La buena fe en la negociación colectiva*, EGAP, Santiago de Compostela, 1995, págs. 225-263.

quiere decir que en aquellos supuestos de estancamiento en los que no haya acuerdo, la Administración pública, a través de una reglamentación unilateral, no va a poder otorgar más de aquello que propuso en la última fase de las propuestas, si no se quiere con esta posición constituir un tipo especial de conducta antisindical que por motivos estructurales sólo podría darse en el ámbito de la función pública ³¹⁸.

XV. NATURALEZA Y EFICACIA JURÍDICA DE LOS ACUERDOS Y PACTOS

De conformidad con lo establecido por el art. 35 de la LORAP, los sujetos legitimados para negociar podrán llegar a Acuerdos y Pactos para la determinación de las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos, en el bien entendido de que: «Los Pactos se celebrarán sobre materias que se correspondan estrictamente con el ámbito competencial del órgano administrativo que lo suscriba y vincularán directamente a las partes»; mientras que: «Los Acuerdos versarán sobre materias competencia del Consejo de Ministros, Consejos de Gobierno de Comunidades Autónomas u órganos correspondientes de las Entidades Locales. Para su validez y eficacia será necesaria la aprobación expresa y formal de estos órganos en su ámbito respectivo».

La brevedad de esta redacción normativa plantea múltiples interrogantes sobre la naturaleza jurídica de los productos de la negociación colectiva y su ubicación entre las normas que hoy regulan el sistema de función pública. Interrogantes de igual altura se pueden originar sobre la eficacia de los productos de la actividad negociada, en cuanto pueden consistir en regulaciones directas con consecuencias inmediatas sobre las condiciones de trabajo o en simples hipótesis prenormativas que se orientan a condicionar el contenido de los actos y las fuentes reguladoras del ordenamiento de la función pública.

Además, en el caso de los acuerdos, una dificultad añadida para toda operación definitoria puede consistir en el condicionamiento de su validez y eficacia por la necesaria aprobación expresa y formal de las regulaciones producida por un órgano externo a los sujetos legitimados para negociar y al propio procedimiento convencional, como puede ser el Consejo de Ministros, Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas u órganos correspondientes de las Entidades Locales.

³¹⁸ ZOLI, Carlo, *Gli obblighi a trattare nel sistema dei rapporti collettivi*, CEDAM, Padova, 1992, pág. 257.

El primero de los problemas planteados, el de la naturaleza jurídica de los productos de la autonomía colectiva en el ámbito público, se ha intentado resolver siguiendo distintas tendencias ³¹⁹:

a) Una orientación «privatista» que considera los instrumentos de la negociación colectiva como verdaderos contratos reguladores de ámbitos materiales no previstos por las leyes o los reglamentos, constitutivos de verdaderas obligaciones para las partes firmantes con independencia de los posteriores controles gubernamentales a los que puedan estar sujetos ³²⁰.

b) Una orientación «publicista» que considera las convenciones con las organizaciones sindicales como una fase de un procedimiento orientado a la producción de un acto normativo de naturaleza reglamentaria ³²¹.

c) Una orientación «ordinamental», que ve la relación entre acuerdos y normas como expresión de un momento de contacto entre

³¹⁹ Para la configuración de estas tendencias y sus resultados seguimos los esquemas propuestos por FIORILLO, Luigi, *Le fonti di disciplina del rapporto di lavoro pubblico*, CEDAM, Padova, 1990, págs. 113-120; y ZOPPOLI, Lorenzo, «Autonomia collettiva e pubbliche amministrazioni», en D'Antona, Massimo (A cura di), *Lecture di Diritto Sindicale*, Jovene Editore, Napoli, 1990, págs. 144-155.

³²⁰ En la doctrina española mantienen posiciones encuadrables en esta línea OJEDA AVILÉS, A., «Validez y eficacia de la negociación en el colectivo funcional», en AAVV, *Seminario sobre relaciones colectivas en la función pública*, IAAP, Sevilla, 1989, págs. 283-309, quien entiende que los acuerdos y pactos revisten la naturaleza jurídica de contratos administrativos especiales; MARTÍNEZ ABASCAL, Vicente-Antonio, «Alcance y efectos de la capacidad convencional colectiva en la función pública española», *REDT 39* (1989), págs. 476-478, distingue los pactos colectivos de los acuerdos y afirma de los primeros su carencia de eficacia normativa, configurándolos con eficacia contractual, es decir, como contratos privados de la Administración.

³²¹ REY GUANTER, Salvador del, *Estado, sindicatos y relaciones colectivas en la función pública*, INAP, Madrid, 1986, pág. 152, caracteriza los acuerdos producto de la negociación colectiva como un «trámite especial obligatorio» previo a la presentación de un proyecto de reglamento ante el Consejo de Ministros; MARTÍNEZ ABASCAL, Vicente-Antonio, «Alcance y efecto de la capacidad convencional colectiva en la función pública española», *REDT 39* (1989), págs. 476-478, afirma la carencia de eficacia normativa directa de los acuerdos colectivos, lo que comporta su caracterización como un trámite especial en el procedimiento de elaboración de una disposición de carácter general; GÓMEZ CABALLERO, Pedro, *Los derechos colectivos de los funcionarios*, CES, Madrid, 1994, págs. 320-322, entiende que la naturaleza jurídica del acto estará en función de la potestad del órgano afectada por la negociación, optado por el carácter reglamentario de los acuerdos y pactos, y por su consideración como un trámite o fase esencial en la regulación de las condiciones de trabajo de los funcionarios. Esta misma línea es seguida por SALA FRANCO, Tomás; ROQUETA BUJ, Remedios, *Los derechos sindicales de los funcionarios públicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, págs. 278-279, que consideran los acuerdos como «reglamentos negociados», donde la negociación constituye un trámite preceptivo y vinculante del acto; en cambio, se mantiene una distinta posición para los pactos a los que se considera como verdaderos contratos normativos.

La consideración de los resultados de la negociación como un trámite procedimental ha hecho que otros autores entiendan que en realidad no se introduce una auténtica negociación colectiva sino un sistema de participación colaborativa en la determinación del régimen jurídico de los funcionarios públicos, tal como plantea PALOMAR OLMEDA, Alberto, «Comentarios a la ley por la que se regula la negociación colectiva y la participación en la determinación de las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos (Ley 7/90, de 19 de julio)», *AA 23* (1991) y PIÑAR MAÑAS, José Luis, «Las estructuras de participación y representación del personal al servicio de las Administraciones públicas», *REDA 65* (1990), pág. 62.

dos ordenamientos distintos. Tal construcción se asienta en la admisión de la existencia de un «ordenamiento sindical» producto de una disciplina paccionada entre dos sujetos situados en un plano de paridad, siendo los acuerdos o los pactos la expresión de un momento negocial fruto por entero de la autonomía de las partes. Posición diferente se adjudica al acto de recepción formal de los acuerdos obtenidos en la fase contractual, que se entiende como un momento de relación entre dos ordenamientos, siendo para el sistema de fuentes estatales el momento de recepción de una normación convencional derivada de un ordenamiento externo ³²².

Por lo que hace referencia a nuestra jurisprudencia, lo cierto es que tras un período de desconcierto inicial ³²³, existe hoy una línea constante que parte del «contenido normativo» del acuerdo de condiciones de trabajo válidamente producido, entendiendo que nos encontramos ante una disposición general que es expresión y participa de la naturaleza propia de las normas reglamentarias, teniendo en cuenta que para producir dicha calificación nuestros tribunales se basan en que los acuerdos en cuestión no individualizan norma alguna a un supuesto o supuestos determinados sino que la crean ³²⁴.

Por lo tanto, el acuerdo negociado y aprobado por el órgano correspondiente actúa como un reglamento, pero tampoco es un simple reglamento al haberse elaborado su contenido a través de un procedimiento convencional. El acuerdo tiene su origen y es la culminación de un proceso negociador, por lo que su contenido tiene un fundamento convencional, aunque son los órganos de gobierno los que incorporan el acuerdo al ordenamiento jurídico y lo dotan de la debida eficacia y obligatoriedad material.

Estamos, pues, ante disposiciones de carácter general, que integran verdaderas normas jurídicas para la regulación de las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos, en cuya elaboración se utiliza un procedimiento singular de naturaleza convencional.

³²² Posiblemente quien mejor represente esta tendencia entre nosotros sea CARRERA ORTIZ, Carlos, «Naturaleza y eficacia jurídica de la negociación colectiva», *REDT* 38 (1989), págs. 268-272. Sin partir de estos presupuestos, pero afirmando la eficacia de los acuerdos y pactos, sin necesidad de ser «convertidos» en norma por la Administración pública, BLASCO, Avelino, «La negociación colectiva de los funcionarios públicos», *REDA* 52 (1986).

³²³ En el que los productos de la negociación colectiva recibieron diversas calificaciones, así, se han definido los acuerdos o pactos como una fuente de Derecho que vincula a las partes (STSJ de Baleares de 26 de septiembre de 1991, RGD 568-569/1992), como la decisión de un órgano plural y participativo, con efectos vinculantes para la Administración (STSJ de Baleares de 23 de mayo de 1991; RGD 568-569/1992), como un acto administrativo o manifestación de la voluntad de la Administración que pone final a un proceso concordatario (STSJ de Extremadura de 13 de septiembre de 1990, RGD 567/1991), o incluso se ha declarado que la naturaleza de determinados acuerdos o pactos se aproxima a la de los actos políticos o de gobierno (STSJ de Cataluña de 9 de abril de 1992, RGD 577-572/1992).

³²⁴ STS de 17 de mayo de 1991 (Ar. 4.114); STS de 30 de mayo de 1992 (Ar. 4.454); STS de 22 de octubre de 1993 (Ar. 7.544).

A partir de aquí la cuestión esencial consiste en decidir a quién son imputables los efectos jurídicos producidos a través del acuerdo: al acto de aprobación del órgano de gobierno o al proyecto de acuerdo conseguido mediante el proceso convencional considerado éste como expresión de autonomía, lo que supone relativizar los efectos producidos por la aprobación de órgano de gobierno que se limitaría a sancionar, sin poder rechazar el acuerdo producido ³²⁵.

A mi juicio, hay que optar por considerar que la validez y eficacia del acuerdo producido depende del acto de aprobación del gobierno, por lo que hasta que ésta se produzca la normación convenida es un simple estadio previo sobre el que corresponde decidir al órgano de gobierno. Ahora bien, conviene llamar la atención sobre el hecho de que el órgano de gobierno no autoriza la suscripción del acuerdo, sino que lo aprueba, lo que supone admitir una fase de formación del contenido del acuerdo producida en un momento anterior al de la aprobación formal, con lo que la actividad del órgano de gobierno se habrá de limitar a aprobar o rechazar el acuerdo, siempre por motivos de legalidad o de interés público superior, sin poder alterar su contenido ³²⁶.

En buena lógica, la dotación de validez y eficacia a través del acto de aprobación parecería que conlleva la posibilidad de que el órgano de gobierno pueda examinar ampliamente el contenido y la oportunidad del mismo ³²⁷, pero eso significaría desconocer la influencia directa o indirecta del órgano de gobierno en el proceso convencional a través de la delegación gubernativa encargada de la negociación, que actúa en su representación y hay que suponer, en permanente contacto con el ejecutivo, con lo que se dispone de tiempo

³²⁵ Se ha dicho con acierto que es perfectamente posible considerar la negociación colectiva como un procedimiento convencional para la producción de un reglamento o, en cambio, configurar el contrato colectivo como un momento preliminar del proceso normativo, véase al respecto las interesantes consideraciones de VARDARO, Gaetano, «Ordinamento intersindacale e teoria dei sisteme», *GDLRI* 21 (1984), pág. 50-51.

³²⁶ No parece de recibo la consideración del acto de aprobación del acuerdo como un acto de recepción de un producto de la autonomía y, por tanto, del ordenamiento sindical, en el seno del ordenamiento estatal. La recepción supone la existencia de dos órdenes jurídicos que se ponen en contacto: el orden receptor y el orden recibido, sin que el orden recibido desaparezca; precisamente esta coexistencia permite una doble pertenencia de las cláusulas convencionales colectivas a la vez al orden profesional o intersindical y al orden de Derecho objetivo o estatal, tal como se plantea en ALIPRANTIS, Nikitas, *La place de la convention collective dans la hierarchie des normes*, LGDJ, París, 1980, págs. 36-38. Sin embargo, la tesis ignora que en la teoría general del ordenamiento jurídico el orden receptor no tiene por qué limitarse a constatar e integrar el acuerdo, sino que puede recrearlo y adaptarlo, precisamente para facilitar su incorporación.

³²⁷ Como se ha dicho, es el gobierno el que contrata y no sus representantes, desprendiéndose de ello que la aprobación del acuerdo es el verdadero momento de formación de la voluntad de la parte pública y no un momento de control de las decisiones negociales de sus representantes, CRESTI, Marco, «Le procedure di formazione dei contratti collettivi», *GDLRI* 59-60 (1993), pág. 502.

suficiente para conocer los contenidos que se van elaborando y proponer las correspondientes modificaciones en función del poder de dirección que asiste al órgano de gobierno sobre todo el proceso negociador. Con esta perspectiva, es difícil sostener que en el momento de la aprobación gubernamental estemos ante una «decisión sobre la decisión»³²⁸, en la que el órgano de gobierno mantiene toda su autonomía política para pronunciarse sobre la oportunidad o la inoportunidad del acuerdo, con posibilidad incluso de modificar unilateralmente algunos de sus elementos antes de proceder a la correspondiente aprobación.

Además, aquí conviene distinguir entre la formación de los contenidos materiales del acuerdo y el acuerdo mismo. La distinción es importante ya que los contenidos del acuerdo son definidos por las respectivas representaciones mientras la eficacia y validez del acuerdo formal no se alcanza sino es después de la correspondiente aprobación del órgano de gobierno³²⁹.

Precisamente la inmodificabilidad del acto sujeto a aprobación es un corolario de la naturaleza del poder de aprobar. La autoridad que tiene el poder de aprobar el contrato no puede modificarlo ya que esa modificación sólo es posible por quien está autorizado para convenir. Todas las veces en que a la autoridad que compete aprobar un acto le viene conferida explícitamente la facultad de introducir modificaciones, ejercita un poder de administración activa, desarrollando entonces una actividad constitutiva y no integrativa de la validez y eficacia del acuerdo obtenido en la fase negocial. Por tanto, el papel más importante de la aprobación es negativo en la medida en que la no aprobación priva al acuerdo de su perfeccionamiento jurídico y no le permite producir efectos, habilitando al ejecutivo para la producción de un reglamento unilateral.

Así, de conformidad con las facultades atribuidas a los órganos de dirección política y organización de la Administración pública, puede afirmarse que la eficacia del acuerdo suscrito entre su representación y las organizaciones sindicales se reduce a la de una propuesta presentada en ejercicio de un derecho de iniciativa considerada como un presupuesto esencial cuya función consiste en preparar y determinar el contenido de la decisión

³²⁸ FERRARA, Rosario, *Gli accordi tra i privati e la pubblica amministrazione*, Giuffrè Editore, Milano 1985, pág. 113-115.

³²⁹ Estaríamos, pues, ante un procedimiento complejo de formación estructural de normas, en el que correspondería a la negociación la operación intelectual de concepción, de verdadera elaboración de la norma, estableciendo su fondo de prescripciones y permisiones, el acuerdo contendría así una formulación textual concordada que sólo después de la aprobación se convertiría en norma, sobre la creación de las normas jurídicas como un acción compleja, EISENMANN, Charles, *Droit Administratif approfondi*, Editions Cujas, Paris, 1957.

final ³³⁰, ya que la validez y eficacia del mismo será proporcionada por la aprobación expresa y formal del órgano de gobierno, lo que indudablemente, a tenor del sentido literal de la expresión «aprobación expresa y formal», excluye una aprobación tácita.

Ahora bien, en ningún caso podrá el órgano de gobierno introducir modificaciones unilaterales en la propuesta del acuerdo ya concertado, por ser contrario a la naturaleza de las cosas que una lógica externa y distinta a la convencional destruya el complejo conjunto de intercambios que la forman sin valorar adecuadamente sus razones ³³¹, de la misma forma que tampoco podrá negarse a integrar el contenido del acuerdo en el ordenamiento jurídico sin una justificación razonable y objetiva capaz de oponerse con éxito a los derechos de participación reconocidos por la ley y regularmente ejercidos en el proceso negocial.

Es más, el procedimiento convencional es el procedimiento específico de elaboración de un determinado tipo reglamentario que el ordenamiento jurídico define como acuerdo de condiciones de trabajo de los funcionarios públicos ³³². Hoy es frecuente admitir que entre las normas reglamentarias se comprende una buena cantidad de fuentes diferenciadas en cuanto a su forma y efectos ³³³. Tal variedad depende

³³⁰ Sobre la caracterización jurídica de la propuesta como elemento dotado de fuerza constitutiva en el seno del procedimiento, BRACCI, Mario, *La proposta in diritto amministrativo*, Felice Le Monnier, Firenze, 1961. Se ha observado que los acuerdos preliminares consistentes en convenciones entre la Administración y el privado sobre los contenidos de la resolución a producir en los que la Administración asume el compromiso de dar a la resolución el contenido acordado con los interesados producen un efecto procedimental idéntico a la propuesta; igualmente se ha subrayado la necesidad de distinguir el acuerdo y el contrato que constituye, regula y extingue una relación jurídica, mientras que el acuerdo no posee ninguna eficacia jurídica fuera del complejo de actos que integran el procedimiento, BERGONZINI, Gherardo, *L'attività del privato nel procedimento amministrativo*, Padova, CEDAM, 1975, pág. 278-286. La diferencia entre contrato y acuerdo no es sólo conceptual, en el acuerdo como forma de actuación administrativa los intereses de los diversos agentes aunque son diversos entre sí, no son contradictorios y pueden situarse en una posición de cooperación concordataria; el acuerdo persigue un resultado común, el contrato la satisfacción de intereses contrapuestos y no congruentes entre sí, sin que se pueda negar en los dos casos la bilateralidad y reciprocidad entre las partes, al respecto, SANDULLI, Aldo M., *Il procedimento amministrativo*, Giuffrè Editore, Milano, 1964, págs. 218-220. Las distinciones establecidas deberían hacernos progresar en el camino de distinguir entre contractualización y participación en el ejercicio de las funciones públicas, por no ser éstas disponibles como objeto de un negocio jurídico entre partes privadas, constituyendo la negociación una forma específica de participación en la creación de reglas de conducta y no de obligaciones en el sentido tradicional del Código Civil.

³³¹ La STS de 8 de julio de 1996 (Ar. 5.781) nos recuerda la naturaleza consensual y negocial del Acuerdo, que no sólo crea reglas para las relaciones de trabajo, sino también compromisos y obligaciones asumidas por las partes que lo conciertan, configurándose como una unidad y como un conjunto integrado de prestaciones y contraprestaciones o contrapartidas, que se explican unas en función de otras.

³³² La especificidad del acuerdo normativo hay que encontrarla en la misma modalidad de formación de la norma, FALCON, Giandomenico, *Le convenzioni pubblicistiche. Ammissibilità e caratteri*, Giuffrè Editore, Milano, 1984, págs. 34-35.

³³³ La STSJ La Rioja de 27 de enero de 1994 (AA 5-1994), afirma que el Acuerdo Plenario del Ayuntamiento de Logroño, referente a «Estructura de la Administración Municipal y Catálogo y Definición de Puestos de Trabajo», al que se reconoce naturaleza reglamentaria, no

de la ley institutiva de la fuente reglamentaria que puede disponer de sus aspectos formales en la manera que se considere oportuna, ya que no existe una única forma de producción y expresión formal para la actividad reglamentaria de los órganos de gobierno, es más, se ha destacado la tendencia existente a una «procedimentalización» atípica de la fuente secundaria, en función de las previsiones legislativas sobre posibles intervenciones participativas de instancias de diferente naturaleza, fundamentalmente entidades sociales o expresiones institucionales de otras comunidades organizadas, destinadas a incidir en el contenido del acto normativo ³³⁴.

De aquí que no consideramos acertada la distinción traída por la jurisprudencia ³³⁵ entre el procedimiento convencional como un procedimiento preparatorio destinado a la formación del contenido del acuerdo, pero separado del procedimiento de elaboración de reglamentos que debe actuar el órgano de gobierno en el momento de recepción del acuerdo para dar cumplimiento a la normativa general o local en materia de elaboración de disposiciones generales; al respecto es mucho más sencillo afirmar que el procedimiento de elaboración negociada del acuerdo es por esencia el procedimiento de elaboración de un tipo concreto de disposiciones generales.

En todo caso, corresponde a los órganos de gobierno establecer las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos en los casos en que no se produzca acuerdo en su negociación o no se alcance la aprobación expresa y formal. Así, en el ordenamiento de la función pública, el derecho de negociación se agota en sí mismo, sin que en su contenido deba inexcusablemente incluirse la convergencia de los puntos de vista de cada parte y su plasmación en acuerdos concretos. De hecho, la negociación colectiva funcionarial no implica como elemento necesario y definidor que se llegue a un acuerdo, permaneciendo en manos de la Administración las potestades definitivas que pueden ser utilizadas cuando éste no se haya conseguido ³³⁶.

precisa para su validez de información pública, ya que: «no tiene efectos trascendentes a toda la Comunidad, sino que se trata de una norma organizativa basada en criterios técnicos y objetivos funcionales de adscripción y clasificación de unas unidades orgánicas». La STSJ de Cataluña de 19 de febrero de 1991 (RGD 564-1991), declara válido un reglamento organizativo dirigido a personas concretas que prestan servicios en la Administración que no ha sido publicado, aunque sí notificado a todos los interesados.

³³⁴ Al respecto ZAGREBELSKY, G., *Manuale di Diritto Costituzionale. Il sistema delle fonti del diritto*, UTET, Torino, 1987, pág. 205 y ss.; PUCCINI, Giusto, «La potestà regolamentare del Governo nell' esperienza italiana: osservazioni e spunti critici sugli sviluppi del dibattito scientifico», en CARETTI, Paolo y DE SIERVO, Ugo *Potere regolamentare e strumenti di direzione dell'amministrazione*, Il Mulino, Bologna 1991.

³³⁵ STS de 16 de junio 1994 (Ar. 5.289).

³³⁶ STS del 10 de octubre de 1990 (Ar. 9.228). La no aprobación del acuerdo produce una situación jurídica de inutilidad del mismo determinada por la imposibilidad de desplegar efectos jurídicos, tal como plantea SANDULLI, Aldo M., *Il procedimento amministrativo*, Giuffrè Editore, Milano, 1964, pág. 341.

La regulación unilateral cuando no se haya alcanzado un acuerdo puede ser aceptada en la medida en que las partes cumpliendo con el deber de negociar de buena fe no puedan llegar a concluir una transacción satisfactoria, ya que en los órganos de gobierno reside en última instancia la responsabilidad por la dirección política del complejo administrativo que debe incluir necesariamente la determinación de su organización y funcionamiento, así como la adopción de las medidas necesarias para el uso eficaz de los recursos que se tienen atribuidos en función de la persecución de los fines generales programados por las leyes ³³⁷.

Más dificultades nos plantea la aceptación incondicionada de la regulación unilateral por no alcanzarse la aprobación expresa y formal del órgano de gobierno. En este supuesto parece más lógico que, en caso de disconformidad del órgano de gobierno con lo negociado por los representantes, es más acertado la devolución de los contenidos obtenidos a la Mesa de Negociación con expresión motivada de las razones de disconformidad y nueva propuesta para la negociación, sin que ello signifique un condicionamiento final de la aprobación a la renuncia de determinadas cláusulas o a la aceptación de ciertas propuestas, sino simplemente la apertura de una nueva fase, que ha de entenderse como conclusiva, de la negociación ³³⁸. Es más, cuando concluido el acuerdo el núcleo constitutivo del mismo se ajuste a la

³³⁷ Se discute al efecto el carácter voluntario de la mediación establecida en el art. 38.1 de la LORAP: «Las Administraciones Públicas y los Sindicatos... podrán nombrar de mutuo acuerdo un mediador o mediadores cuando no resulte posible llegar a acuerdo en la negociación o surjan conflictos en el cumplimiento de los Acuerdos o Pactos», considerándose por la doctrina laboral que si la regulación unilateral de las condiciones de trabajo es el último paso en la determinación de las condiciones de trabajo éste sólo podrá producirse cuando se haya intentado la mediación y se constate su fracaso, en este sentido GONZÁLEZ ORTEGA, S., *Los medios de solución de conflictos colectivos en la función pública*, IAAP, Sevilla, 1990, pág. 460, donde se subraya que el recurso a la decisión administrativa requiere como presupuesto necesario el intento de otras fórmulas alternativas de resolución de conflictos más respetuosas con la autonomía colectiva.

La interesante STSJ de Cantabria de 24 de febrero de 1995 (AA 7-1995), establece que: «los principios de mutua lealtad y colaboración que sujetan, insistimos, a ambas partes, impiden que una de ellas pueda, válidamente, cercenar la negociación sin haber agotado previamente el cauce previsto en el art. 38 de la repetida Ley 9/1987», añadiendo también que: «No se ocultan a esta Sala las fricciones que pueden surgir entre Administraciones públicas y representantes sindicales en no pocas ocasiones en el curso de la negociación, pero la discrepancia, débase a quien se deba, ha de ser resuelta a través de cauces adecuados que no pongan en peligro el reto de la negociación e impidan que el mismo se lleve a buen término. A este propósito, el art. 38 de la Ley 9/1987 prevé que, en caso de no llegarse a acuerdo en la negociación, las partes puedan nombrar un mediador o mediadores, siendo éste el mecanismo correcto y no el abandono de las reuniones, que nada contribuye a resolver, sino todo lo contrario». Sin embargo, la posible obligatoriedad de la mediación que nos parece inútil cuando las partes no desean utilizarla, ya que nadie puede sustituir su voluntad, ha sido rechazada por la STS de 10 de octubre de 1990 (Ar. 9.228), por entender con referencia al art. 38 de la LORAP que: «estamos ante una facultad de las partes para dirimir su contienda por el sistema que en el mismo se regula pero no ante una obligación ineludible».

³³⁸ Podría considerarse contrario a la buena fe un *ultimátum* que hiciera depender la aprobación de la aceptación de las propuestas de la Administración o la continuación de la negociación de la eliminación de uno de sus contenidos, CABEZA PEREIRO, Jaime, *La buena fe en la negociación colectiva*, EAPG, Santiago de Compostela, 1995, págs. 358-359.

legalidad y a los intereses públicos en presencia parece que debería generarse una situación jurídica tutelada que originará el derecho a que la intervención hubiera de realizarse, salvo que se quiera defender la naturaleza del acto de aprobación como un acto político o de gobierno fundamentado en una opción valorativa de los hechos por el órgano de gobierno distinta a la realizada por su representación, cosa que a mi entender no debería suceder.

Precisamente, la compatibilidad del régimen estatutario con un reconocimiento eficaz de los derechos sindicales de los funcionarios públicos estriba en reservar la regulación unilateral para los casos graves de imposibilidad de continuar la negociación, justificados en la observancia de la legalidad y la defensa del interés público general que el órgano de gobierno tiene encomendados.

Para finalizar este apartado es conveniente llamar la atención sobre la diferenciación legal entre los productos de la negociación colectiva. Así como hemos defendido la naturaleza reglamentaria de los acuerdos de condiciones de trabajo no nos parece que los pactos tengan el mismo contenido o éstos puedan ser abstractamente definidos como contratos normativos, ya sean administrativos o privados³³⁹. A nuestro entender, la verdadera distinción entre acuerdos y pactos estriba en la consideración de estos últimos como una consecuencia de la actividad negocial de un órgano administrativo que como tal carece normalmente de potestad normativa, por lo que aquello que ordinariamente se concertará a través de los pactos serán circulares, instrucciones y órdenes de servicio con las que los órganos superiores imponen a los inferiores en la jerarquía administrativa una línea de conducta relevante³⁴⁰, actos generales de naturaleza administrativa o el ejercicio de determinadas facultades propulsivas que generan el efecto de activar las facultades de

La STS de 9 de diciembre de 1993 (Ar. 9.538), considera que la eliminación con carácter previo a la negociación de la opción por uno de sus contenidos establece de forma unilateral una delimitación restrictiva de las legales expectativas negociadoras.

³³⁹ La definición de los pactos como auténticos contratos normativos, que se sustenta por la mejor doctrina laboral, principalmente ROQUETA BUJ, Remedios, *La negociación colectiva en la función pública*, Tirant lo Blanch, Valencia 1996, los acaba configurando como convenciones colectivas dotadas de naturaleza dual o mixta, es decir, contractual y reglamentaria a la vez, con lo que pueden encontrar su origen en dos tipos jurídicos diversos, generándose la correspondiente inseguridad sobre el régimen jurídico al que debería subordinarse este o aquel aspecto de la relación, atrayendo sobre sí las críticas que en la doctrina comparada han merecido las llamadas teorías del doble grado, al respecto MASUCCI, Alfonso, *Transformazione dell'amministrazione e moduli convenzionali. Il contratto di diritto pubblico*, Jovene Editore, Napoli, 1988, págs. 3-4. Para el titular administrativo el fundamento jurídico del acuerdo o pacto es una competencia administrativa que debe ejercerse a través de un determinado procedimiento, siendo la convención una forma de terminación del procedimiento sustitutiva de la resolución o la norma unilateral caracterizada por la producción del consenso como un requisito de validez, Walter KIEBS, «Contratos y convenios entre la Administración y los particulares», *DA* 235-236 (1993).

³⁴⁰ Cabría aquí referirse al amplio campo de las llamadas prácticas parareglamentarias o de los actos de *quasi legislation*, al respecto MOCKE, Daniel, *Recherches sur les pratiques administratives pararélementaires*, LGDJ, París, 1984; CARRETI, Paolo, «Tendenze evolutive dei

otros órganos superiores de naturaleza política, ya que en buena lógica la cualidad del acto es función exclusiva de la cualidad del órgano que lo produce, de aquí que pueda afirmarse la naturaleza del pacto como un acto administrativo general resultado de un procedimiento convencional desarrollado en la correspondiente Mesa de Negociación ³⁴¹.

Además, en este diseño los pactos pueden configurarse como fórmulas *ad hoc*, inespecíficas en cuanto a su ámbito y contenido, con posibilidad de relacionarse con el acuerdo de condiciones de trabajo en un plano de subordinación funcional e incluso de complementariedad, ya que ambos instrumentos pueden adoptar el mismo carácter general e impersonal pero tener distintos destinatarios y grado de vinculatoriedad. Es más, la regulación sistemática y global de las condiciones de trabajo y la diversidad material sería más propia de los acuerdos, mientras correspondería a los pactos un carácter tendencialmente monográfico y específico, orientado a adaptar las genéricas previsiones contenidas en las normas convencionales a la resolución de cuestiones concretas surgidas de circunstancias muy delimitadas en unidades administrativas o grupos previamente delimitados, o bien, a ocuparse de aspectos coyunturales y aislados de la relación profesional o de la que pueda establecer la Administración con las organizaciones sindicales.

Sin duda, puede oponerse a la tesis que mantenemos la potestad reglamentaria de los ministros ³⁴², pero como se ha dicho ³⁴³, los ministros desempeñan un doble papel, son a la vez órganos administrativos y políticos, integrantes del conjunto orgánico que constituye

poteri di direzione dell'amministrazione: alcune esperienze a confronto», en CARRETI, Paolo y DE SIERVO, Ugo *Potere regolamentare e strumenti di direzione dell'amministrazione. Profilo comparatista*, Il Mulino, Bologna, 1991, advirtiendo éste último de la ruptura de la secuencia típica ley, reglamento y acto administrativo, ya que se constituyen secuencias que presentan grados diversos de alteración de las que podríamos denominar ordinarias, a la búsqueda de instrumentos de dirección administrativa menos formalizados y más flexibles. Sobre la dificultad línea de deslinde entre las disposiciones administrativas no normativas y los reglamentos, rechazando la posibilidad de un *tertium genus* (acto-norma), pero advirtiendo de la facilidad con que las circulares, instrucciones y directivas contienen auténticas disposiciones normativas, ESTEVE PARDO, José, «Los reglamentos de directa aplicación (art. 39.3 LJCA) en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», RAP 108 (1985).

³⁴¹ Situando los productos de la negociación colectiva funcional en el seno del procedimiento administrativo como modalidades de terminación convencional, SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Derecho de la función pública*, Tecnos, Madrid, 1996, pág. 229.

³⁴² El poder reglamentario, al menos en la Administración Central, no rebasa nunca la línea de los jefes de departamento ministerial, BOQUERA OLIVER, José María, «Los órganos estatales titulares del poder reglamentario», RAP 47 (1965). Sobre el carácter originario de la potestad reglamentaria del Gobierno y el ejercicio derivado de esta potestad por otros órganos de la Administración para asuntos y materias más específicas, con la única excepción de las atribuciones legales directas en favor de un determinado Ministro, LÓPEZ GONZÁLEZ, José Ignacio, «La potestad reglamentaria de los ministros», REDA 39 (1983), págs. 609-613. Se ha afirmado que la potestad reglamentaria del ministro no sólo es derivada sino también condicionada, requiriéndose para ser válidamente empleada que exista un pronunciamiento previo por parte del Consejo de Ministros que establezca las líneas maestras de la normación, MUÑOZ MACHADO, Santiago, «Sobre el concepto de reglamento ejecutivo en el Derecho español», RAP 77 (1975), pág. 169.

³⁴³ SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Fundamentos de Derecho administrativo*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, SA, Madrid, 1991, págs. 712-713.

el gobierno, que no debe reducirse al Consejo de Ministros, ya que el gobierno como tal es un órgano complejo integrado por varios órganos colegiados y varios órganos unipersonales entre los que se encuentran los ministros. Así, un ministro en la medida en que desarrolla funciones normativas, directamente habilitadas por la ley o delegadas por el Consejo de Ministros, está realizando una función política y obligando también al gobierno ³⁴⁴, por lo que los resultados de su actuación que hayan de incidir en las materias reservadas a la negociación deberán ser considerados como acuerdos y requerirán para su validez y eficacia su aprobación previa como tal órgano del gobierno en su ámbito respectivo. Mientras que, en la medida en que desempeñe funciones administrativas, el resultado de las decisiones que según la ley hayan de someterse al proceso convencional, deberán ser definidas como pactos y vincularán directamente a las partes que los suscriban.

XVI. VIGENCIA Y APLICACIÓN DE LOS ACUERDOS Y PACTOS

Se considera a las normas colectivas como normas estrictamente temporales por entender que la regulación de las condiciones de trabajo no debe petrificarse en el tiempo sino que han de estar sometidas a las fluctuaciones técnicas, productivas u organizativas de cualquier orden que se producen en el sistema de relaciones laborales. Por ello, la regulación convencional se renueva periódicamente provocando una sucesión de normas a la búsqueda de la mayor flexibilidad y adaptabilidad a las circunstancias del momento.

En este sentido, el art. 86.1 del Estatuto de los Trabajadores prevé que: «Corresponde a las partes negociadoras establecer la duración de los convenios, pudiendo eventualmente pactarse distintos períodos de vigencia para cada materia o grupo homogéneo de materias dentro del mismo convenio»; mientras que el art. 35 de la LORAP hace referencia al contenido mínimo de los pactos y acuerdos en los que se deberá establecer: «el plazo de vigencia».

Se configura, pues, el convenio laboral o el acuerdo funcional como una norma limitada en el tiempo, cuya revisión puede acometerse antes de que termine el período de vigencia de lo pactado, de tal forma que el nuevo acuerdo o convenio esté dispuesto para entrar en vigor en el mismo momento en que finalice la vigencia del precedente. Pero, también, puede suceder, y viene siendo lo más frecuente, que

³⁴⁴ Como se ha dicho, no todos los actos calificables como normativos son fuente de Derecho, sólo los producidos en base a una atribución de competencias: «por sujetos gobernantes en el ejercicio de su general potestad de gobierno», CRISAFULLI, Vezio, «Atto normativo», *Enciclopedia del Diritto*, IV, Giuffrè Editore, Milano, 1959, págs. 253.

terminada dicha vigencia no se haya conseguido aún un acuerdo que suceda o sustituya al anterior.

A partir de este momento dos posibilidades se abren al respecto: una, determina simplemente el cese de la cobertura convencional de las condiciones de trabajo, otra, consiste en mantener, por imperativo legal, la regulación convencional, que quedaría prorrogada hasta tanto no exista una nueva regulación.

Sabido es que el ordenamiento laboral español ha optado por esta segunda posibilidad, estableciendo el art. 86.3 ET que, denunciado un convenio y hasta tanto no se logre un acuerdo expreso, perderán vigencia sus cláusulas obligacionales, pero no su contenido normativo que en defecto de pacto en contrario se mantendrá en vigor hasta la consecución de un nuevo convenio.

Sin embargo, un mandato similar al previsto en el art. 86.3 del ET no existe en la legislación sobre negociación colectiva de las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos. Así pues, agotado el plazo de vigencia formal del acuerdo, sin que se haya procedido a la negociación de uno nuevo que en el momento de la pérdida de vigencia del anterior haya alcanzado la aprobación expresa y formal del órgano de gobierno correspondiente, el contenido del acuerdo pierde vigencia en su totalidad —salvo que su mismo clausulado contenga alguna previsión específica sobre la posible extensión de su vigencia temporal— entrando en juego la plataforma de derechos y deberes estatutariamente establecida que, no lo olvidemos, en el sistema de función pública consta de preceptos muy detallados³⁴⁵.

Todo ello sin que se pueda apreciar la exigencia del mantenimiento de derechos o de condiciones más beneficiosas de origen contractual en los supuestos de sucesión de normas convencionales, ya que la doctrina de los derechos adquiridos tiene un impacto reducido en una situación como la estatutaria en la que la Administración pública posee una amplia potestad para alterar la normativa legal y reglamentaria, que se puede ejercer lícitamente y a través de los procedimientos establecidos cuando así lo aconsejan las cambiantes circunstancias de su actividad, para una mejor organización de las estructuras necesarias para el ejercicio de los derechos de los ciudadanos y la prestación de los servicios públicos, sin que a la misma puedan oponerse otros derechos adquiridos más que los que se hayan incorporado a su patrimonio y estén a su entera disposición, pudiendo la Administración remover toda

³⁴⁵ La STSJ de Catalunya de 25 de mayo de 1995, es conclusiva al efecto: «la vigencia de los anteriores pactos de condiciones laborales concluyó al término del plazo por el que fueron acordados». Como se ha dicho: «hay que suponer que despliega toda su eficacia el llamado principio de orden normativo; es decir, llegado el acuerdo o pacto a su término decae sin limitación alguna la vigencia de su contenido», GARCÍA FERNÁNDEZ, Manuel, «Representatividad sindical y negociación colectiva en el sector público», *AL* 42 (1988), pág. 2.472.

condición o límite reglamentario, más aún en aquellos supuestos en los que la norma de cobertura haya perdido su vigencia.

Los pactos como actos jurídicos parece que en principio agotarían su vigencia con su cumplimiento estricto, aunque la posible existencia de actos de carácter parareglamentario, como las circulares o las órdenes de servicio, permitirían repetir la argumentación que sobre la actividad de los acuerdos hemos desarrollado más arriba.

Entrando ya en la posible modificación e interpretación unilateral de los acuerdos negociados y aprobados por los órganos competentes, no parecen caber modificaciones por vía reglamentaria o a través de actos de interpretación y desarrollo durante la vigencia de un acuerdo de condiciones de trabajo al que se ha dotado de la correspondiente validez y eficacia.

Una eventual contradicción entre un acuerdo alcanzado y un reglamento posterior es causa de invalidez de la norma reglamentaria ³⁴⁶, siendo una característica del acuerdo publicado que éste no puede ser modificado durante su período de vigencia por una norma reglamentaria posterior, sino sólo por un nuevo acuerdo elaborado con los requisitos establecidos por la ley ³⁴⁷. Así, el acuerdo durante su vigencia «cristaliza» la disciplina de una situación y no puede ser desconocido por la Administración. De aquí que no sea suficiente afirmar que el acuerdo es una disposición de carácter general, se trata de una disposición reforzada, es decir, con una capacidad de resistencia superior a la usual durante el período de su vigencia, caracterizada por el hecho de que su emanación requiere un procedimiento negocial, lo que le atribuye un vínculo de inmodificabilidad y una posición diversificada en la escala de disposiciones normativas, reveladora en su origen de una estructura de poderes diferenciada.

Igualmente, en cumplimiento de la buena fe contractual la Administración pierde su capacidad de interpretación y adaptación modificativa de un acto normativo que constituye una expresión de la función contratada ³⁴⁸, correspondiendo su ejercicio a las partes a través de los correspondientes pronunciamientos de la Mesa de Negociación

³⁴⁶ Tal como se ha dicho en la STS de 16 de noviembre de 1995 (Ar. 8.791): «si respecto a una determinada materia de las comprendidas en el art. 32 de la Ley 9/1987, se ha producido el acuerdo regulado en el art. 35, y éste ha merecido la aprobación expresa y formal del órgano competente para darla, faltará el presupuesto para que el Gobierno, al margen del Acuerdo, o contradiciéndolo, pueda ejercer respecto a ella su potestad reglamentaria, cuyo presupuesto se asienta en la hipótesis negativa contraria, prevista en el art. 37.2; por lo que el ejercicio de la potestad reglamentaria en esas circunstancias vendría a ser contrario a los arts. 35 y 37.2, y esa infracción del ordenamiento jurídico así producida merecería la sanción establecida en el art. 47.2 de la Ley de Procedimiento Administración (sic), o en todo caso la del art. 48.1 del propio texto, por remitirnos a la normativa aplicable por razón de tiempo (en la normativa actualmente vigente, los correlativos arts. 62.2 y 63.1 de la Ley 30/1992)».

³⁴⁷ STSJ de Catalunya de 9 de marzo de 1995 (RGD 609-1995).

³⁴⁸ La revisión que tiene por objeto un acto contratado no constituye otra cosa que una nueva expresión de la función originariamente negociada, RALLO, Andrea, «Appunti in tema di rinegoziazione negli accordi sostitutivi di provvedimenti» *Dir. Proc. Amm.* 2-1993, págs. 328-329.

o, en su defecto, a través de la comisión de seguimiento establecida de conformidad con el art. 35 de la LORAP, en el bien entendido de que dicha comisión se habrá de limitar a formular propuestas en aquellas materias que requieran la aprobación expresa y formal del órgano del gobierno por afectar a los cometidos materiales del mismo acuerdo ³⁴⁹.

El posible incumplimiento de los acuerdos y pactos por motivos de ilegalidad sin una previa declaración de nulidad o lesividad, o, aún más, la anulación de un acuerdo o pacto irregular, por esta u otra vía, no parece que haya de tener consecuencias sobre aquellos funcionarios que confiando en la apariencia de legalidad del pacto o acuerdo hayan desarrollado conductas tendentes a la obtención de los beneficios o prestaciones establecidas, sobre todo si el incumplimiento o la declaración de nulidad puede ocasionarles un daño o perjuicio como consecuencia de una situación favorable que se ha intentado consolidar en confianza a la existencia del pacto o acuerdo; aquí el principio de confianza legítima y el de responsabilidad por los propios actos tendría que procurar la reparación de los daños y perjuicios producidos, ya que si el principio de legalidad es fundamental en un Estado de Derecho, también lo es el de seguridad jurídica y dentro de éste el respeto a la protección de la confianza legítima otorgada a un acto o disposición que goza de toda apariencia de legalidad ³⁵⁰.

Tal como se establece en la STSJ de Cataluña de 23 de diciembre de 1994 (Seminario de Derecho Local. Curso 95-96. Jurisprudencia TSJC): «En cumplimiento de la buena fe contractual el Ayuntamiento debe observar escrupulosamente los pactos laborales que ha suscrito dentro de los términos y condiciones legales de la negociación laboral, limitando con ello su potestad de autoorganización, o, más bien, actuándola en el momento de la autorización y suscripción del acuerdo contractual». La STSJ de Cataluña de 6 de junio de 1996 (Ar. 2.472) afirma que la emisión de una circular para la interpretación de un acuerdo colectivo: «no representa sino un acto unilateral de la empresa, carente de cualquier eficacia normativa para alterar el contenido de lo pactado con los trabajadores y que tan sólo es una instrucción de la parte empresarial reveladora de su postura en la aplicación del acuerdo». En idéntico sentido la STSJ de Castilla y León de 2 de mayo de 1996 (RGD 624-1996), sobre la adopción de un sistema de cobertura de los servicios de incidencias de la policía municipal en el que no se respetan los derechos establecidos en el acuerdo colectivo, que se declara de carácter no vinculante y adopción voluntaria.

³⁴⁹ STSJ de Andalucía/Granada de 3 de febrero de 1992 (Edersa 10.152-1992).

³⁵⁰ Que ésta no es una posibilidad teórica se advierte en la STSJ de Cataluña de 18 de abril de 1996 (Seminario de Derecho Local. Curso 95-96. Jurisprudencia del TSJC), en donde se conoce de la negativa de un Ayuntamiento al abono de un premio de jubilación a un funcionario que lo solicitó al amparo del correspondiente pacto de condiciones laborales, alegándose al respecto la ilegalidad de lo acordado en el instrumento colectivo a cuya apariencia de validez se contribuyó a través de la correspondiente aprobación. La doctrina administrativa se ha referido a la responsabilidad por la apariencia jurídica como un caso específico de aplicación del principio general del derecho de «protección de la confianza», según el cual todo aquel que imputablemente suscita la legítima confianza de otro en la existencia presente o futura, de una determinada situación o relación jurídica, debe soportar que las cosas sucedan entre ambos como si tal situación o relación existiera o hubiera llegado a existir, o, cuando menos, dejar indemne a la otra parte de cualquier perjuicio que haya sufrido por actuar con arreglo a la confianza suscitada, tal como se define en el trabajo de MARTÍN REBOLLO, Luis; PANTALEÓN PRIETO; Fernando, «Exigibilidad de los convenios interadministrativos y consecuencias patrimoniales de su incumplimiento», en *Escritos Jurídicos en Memoria de Luis Mateo Rodríguez*, Universidad de Cantabria, Salamanca 1993, pág. 320.