

YVES SAINT-JOURS: *El sindicalismo en la función pública francesa* \*

**Sumario:** INTRODUCCIÓN.—EVOLUCIÓN HISTÓRICA: DE LA ILICITUD A LA LEGALIDAD SINDICAL.—LA CONCEPCIÓN NAPOLEÓNICA DE LA FUNCIÓN PÚBLICA.—EL RECONOCIMIENTO LEGAL DEL DERECHO SINDICAL: El principio de libertad sindical.—La libre constitución de los sindicatos.—Excepciones al principio del Derecho sindical.—LA MISIÓN DE LOS SINDICATOS: DEFENDER LOS INTERESES COLECTIVOS DE LOS AGENTES PÚBLICOS.—EL DERECHO A COMPARECER EN JUICIO: La acción sindical para la defensa de los intereses colectivos.—El apoyo sindical al ejercicio de la acción individual.—LA PARTICIPACIÓN EN ORGANISMOS CONSULTIVOS: Los principios que rigen la designación de los representantes sindicales.—Los organismos *ad hoc*.—LA CONCERTACIÓN CON LOS PODERES PÚBLICOS: Los principios de la concertación.—La práctica de la concertación.—La renovación de las técnicas jurídicas.—EL EJERCICIO DEL DERECHO DE HUELGA: Las disposiciones legales.—Las prerrogativas del Poder ejecutivo.—El control *ex post* del juez.—La distinción entre huelga lícita y huelga ilícita.—LAS FRANQUICIAS SINDICALES: LA CONCILIACIÓN DE LA LIBERTAD SINDICAL CON LAS PRERROGATIVAS DEL PODER PÚBLICO.—LAS CONDICIONES DE EJERCICIO DE LOS DERECHOS SINDICALES: Los medios de organización.—Los medios de expresión.—Los medios de protección.—LAS FACILIDADES CONCEDIDAS A LOS REPRESENTANTES SINDICALES: Las autorizaciones especiales de ausencia.—Las dispensas de servicio.—La comisión de servicio.—Las licencias de formación sindical.—LA FLEXIBILIZACIÓN DEL DEBER DE RESERVA: Definición del deber de reserva.—El deber de reserva de los responsables sindicales.—CONCLUSIÓN GENERAL.

## INTRODUCCION

En la función pública el hecho sindical fue reconocido legalmente en 1946 por el estatuto general de

\* La importancia de este trabajo, publicado con el título de «La Syndicalisme dans la Fonction Publique» el 16 de junio de 1975, en la colección Notes et Etudes Documentaires de *La Documentation Française*, ha aconsejado presentar de él un extenso resumen, más que una recensión propiamente dicha. DA estima que con ello atiende a un tema de gran interés para la mayoría de sus lectores.

los funcionarios. En realidad, se trataba de una legitimación inevitable, puesto que, desde últimos del siglo XIX, el hecho sindical, que había ido cercando progresivamente la función pública, rompiendo no pocas oposiciones ideológicas, reticencias políticas y obstáculos jurídicos, había llegado a ser irreversible.

El germen de este fenómeno social lo constituyen dos razones fundamentales:

1) El advenimiento de la idea democrática y la consolidación del Estado republicano, que tuvieron como resultado desligar a los funcionarios de su sumisión al poder político.

2) La creciente intervención del Estado en el ámbito económico y social para facilitar el desarrollo de las fuerzas productivas: extensión de los servicios tributarios, del correo, de las obras públicas, creación de la instrucción pública, etcétera, que tuvo por consecuencia multiplicar los efectivos empleados por el Estado.

Ahora bien, las nuevas agrupaciones de funcionarios no colaboran ya en la gestión de los asuntos del Estado, sino que participan sencillamente en la ejecución de un servicio público en condiciones de funcionamiento muy próximas a las de los trabajadores del sector privado.

Debido a las semejanzas existentes entre las tareas realizadas por los obreros del sector público y los del sector privado, el sindicalismo de la función pública penetró primero entre los obreros del Estado y luego se desarrolló en los servicios de correos y telégrafos y entre los maestros de escuela.

Esta situación explica, además, el que el sindicalismo se haya desarrollado en la función pública y en el conjunto del sector público en perfecta simbiosis con el movimiento obrero, con el cual se halla imbricado ideológica y orgánicamente.

Ya legalizado, después de haber sido tolerado como un mal inevitable, el sindicalismo no cesó nunca,

no obstante sus divisiones internas de consolidarse globalmente en el seno de la función pública de ganarse a nuevos cuerpos otrora refractarios a toda idea sindical ni de imponerse como interlocutor del Estado patrono para la defensa de los intereses colectivos de la totalidad de los agentes públicos: titulares, auxiliares, temporeros o contratados.

Desde entonces, como podremos comprobarlo, el sindicalismo ha llegado a ser algo inherente a la función pública.

#### EVOLUCION HISTORICA: DE LA ILICITUD A LA LEGALIDAD SINDICAL

El sindicalismo no emerge en la función pública, sino con el advenimiento de la idea democrática y con la intervención del Estado en ámbitos distintos de los tradicionales del orden público y la seguridad, es decir, los servicios industriales, la instrucción pública, el correo, la recaudación de los impuestos, etc. El desarrollo de los ministerios técnicos y sociales, por contraste con los ministerios de regalía, constituye un terreno propicio a la eclosión del sindicalismo. Cabe apreciar en ello uno de los efectos de la idea expresada con la imagen clásica de Epinal, del paso del Estado gendarme al Estado providencia.

Sin embargo, durante todo el período de construcción y consolidación del Estado burgués sobre las ruinas del feudalismo es la concepción napoleónica de la función pública la única que domina.

### La concepción napoleónica de la función pública

Napoleón I se inspira, para reconstruir las estructuras administrativas, en el principio jerárquico que constituía a sus ojos el atributo determinante de las dos instituciones que lograron pasar, mal o bien, la tormenta revolucionaria: el Ejército y la Iglesia. El principio jerárquico domina, en efecto, la ley de 28 de Pluvioso del año VIII y somete de lleno la función pública naciente a un régimen autoritario.

Se atribuye a Napoleón el designio de haber querido crear, al lado del Ejército y de la Iglesia, un orden civil encargado de administrar la cosa pública al objeto de disponer de una especie de pedestal que le permitiera asentar sólidamente el poder de la burguesía triunfante. Esta idea no es infundada y en ocasiones fue llevada a consecuencias extremas. Por ejemplo, un decreto de 17 de marzo de 1808, relativo a la Universidad, otorgaba a los maestros de los liceos y colegios unos grados y un régimen disciplinario que preconizaba, además, para algunos de ellos el celibato y la vida en común. Cabe, por ello, caracterizar la imagen del funcionario imperial soñado por Napoleón en estos términos: mitad monje, mitad soldado.

La Restauración destruiría las estructuras del Imperio, pero conservó su principio esencial, que dominó exclusivamente, o casi exclusivamente, la función pública durante todo el siglo XIX: la autoridad jerárquica.

De este período se observa en el

estatuto actual de la función pública no solamente el principio jerárquico, que sigue siendo fundamental, sino también una terminología cuyas resonancias militares son evidentes, ya se trate, por ejemplo, de empleos, cuerpos, ya de la disciplina.

### El reconocimiento legal del derecho sindical

#### EL PRINCIPIO DE LIBERTAD SINDICAL

La Constitución de 26 de octubre de 1946 proclama en su preámbulo, el cual será recogido por la Constitución de 4 de octubre de 1958, que:

«Todo hombre podrá defender sus derechos e intereses por medio de la acción sindical y adherirse al sindicato que eligiere.»

No se hace, pues, distinción alguna entre los que son funcionarios y los que no lo son. Por otra parte, el preámbulo de la constitución precisa de manera global que no podrá hacerse discriminación alguna entre los ciudadanos.

«Nadie podrá ser objeto de lesión en su trabajo o su empleo por razón de sus orígenes, sus opiniones o sus creencias.»

El Estatuto general de Funcionarios, promulgado el 19 de octubre de 1946, en cuya redacción participaron los sindicatos de funcionarios, afirma sin ambigüedad en su artículo 14 del Estatuto general,

de 4 de febrero de 1959, que el derecho sindical se reconoce a los funcionarios.

La Ley de 28 de abril de 1952, sobre el Estatuto del Personal Municipal, precisa en su artículo 2.º, párrafo 2, que:

«La pertenencia o no pertenencia a un sindicato no debe acarrear consecuencia alguna en lo que concierne al reclutamiento, ascenso, destino y, en general, a la situación de los funcionarios sometidos al Estatuto.»

El principio de libertad sindical y el de libertad de opinión se oponen a que la pertenencia a un sindicato y las opiniones de un funcionario o de un agente público sean anotadas en su expediente, del mismo modo que, en general, el ejercicio del derecho sindical no puede tener como consecuencia actos contrarios a las leyes.

#### LA LIBRE CONSTITUCIÓN DE LOS SINDICATOS

Los sindicatos de funcionarios se rigen, como todo sindicato profesional, por el libro IV del Código del Trabajo. Pueden constituirse libremente, con la única reserva consistente en llevar a cabo dentro de los dos meses subsiguientes a su creación la presentación de sus estatutos y de la lista de los administradores entre la autoridad jerárquica, de la cual dependen los funcionarios llamados a formar parte de los mismos. Esta formalidad no dispensa de la aplicación

de las disposiciones del Código del Trabajo, que prescriben la presentación de los estatutos en la alcaldía del municipio en el cual tenga su sede el sindicato (en París, en la prefectura). La omisión de la presentación o la formulación de declaraciones falsas pueden acarrear sanciones penales.

A tenor de la ley, sólo el sindicato debe presentar los estatutos. La creación de secciones sindicales constituye un asunto puramente interno del sindicato, pero las secciones no tienen personalidad distinta de la del sindicato al cual están vinculados. Sin embargo, es lícito a una sección sindical constituirse en sindicato siempre que presente sus propios estatutos.

La sola presentación de los estatutos y de la lista de los administradores confiere de pleno derecho la personalidad jurídica al sindicato, el cual puede desde este momento, sin necesidad de autorización, adquirir muebles e inmuebles, otorgar contratos, comparecer en juicio, etc.

Los estatutos determinan los órganos representativos del sindicato: secretario, oficina, consejo de administración, y la amplitud de las facultades de que dispongan. Según los principios generales de la representación jurídica, el sindicato es responsable civilmente de los actos realizados por sus órganos en calidad de tales.

No se impone discriminación alguna a los sindicatos de funcionarios, los cuales pueden, a la manera de cualquier otro sindicato, agruparse en uniones, federaciones, y afiliarse a una confederación sindical de su elección.

#### EXCEPCIONES AL PRINCIPIO DEL DERECHO SINDICAL

Algunos estatutos particulares o especiales niegan a determinados cuerpos o grupos de funcionarios el derecho sindical a causa de la incompatibilidad del mismo con la misión que les está confiada. Es el caso del cuerpo de prefectos y del personal militar. El cuerpo de prefectos conserva, sin embargo, el derecho de agruparse en asociaciones regidas por la ley de 1 de julio de 1901.

En cambio, los estatutos especiales que niegan el derecho de huelga a los jueces, a los policías, a los agentes de los servicios periféricos de la Administración penitenciaria, a los agentes de los servicios de transmisiones del Ministerio del Interior, a los controladores de la navegación aérea y a los instaladores especialistas de electrónica de la navegación aérea no les privan del ejercicio del derecho sindical.

El Consejo de Estado admite, sin embargo, que se pueden imponer limitaciones al ejercicio del derecho sindical en tanto en cuanto las mismas estuvieren justificadas por la necesidad de una disciplina más rigurosa en unos servicios determinados.

Esta disociación del derecho sindical y del derecho de huelga ha sido, sin embargo, objeto de ciertos avatares que han hecho que la prohibición de la huelga no sea siempre respetada (recientes huelgas de los servicios de seguridad aérea, de los servicios periféricos de la Administración penitenciaria, principalmente). Por otra par-

te, el descontento, cuando existe, se manifiesta bajo formas distintas de la cesación concertada de las funciones: manifestaciones humorísticas, distribución pública de octavillas, etc.

La conquista del derecho sindical en la función pública ha sido en Francia fruto de una batalla encarnizada de varios decenios —exactamente, desde 1884 a 1946— de los funcionarios y agentes públicos. Este largo período, que corresponde asimismo a una transformación de la función pública debida a una proliferación de nuevos servicios públicos, ha estado ornado por hechos diversos, tales como los siguientes:

— Huelgas, a veces muy duras, en defensa de reivindicaciones cotidianas, como remuneraciones, condiciones de trabajo, etc. (correos en 1909, ferroviarios en 1920, función pública el 20 de febrero de 1933, principalmente), aunque también en defensa del interés nacional (huelga del 12 de febrero de 1934 contra las ligas facciosas y huelga del 19 al 25 de agosto de 1944 por la liberación nacional).

— Una represión larvada, a veces brutal, para con los militantes sindicales: separaciones del servicio, traslados, incomunicaciones...

— Luchas ideológicas internas, lo cual, por otra parte, constituye, para bien o para mal, el destino propio del movimiento sindical francés y explica su pluralismo actual.

Tal es, rápidamente bosquejada, la génesis del sindicalismo de la función pública. Dejemos el ámbito de la historia y pasemos al del Derecho positivo.

## LA MISION DE LOS SINDICATOS: DEFENDER LOS INTERESES CO- LECTIVOS DE LOS AGENTES PUBLICOS

Si la dificultad de disociar en el plano conceptual los intereses colectivos de los agentes públicos de los intereses generales encarnados por el poder público al cual sirven, pudo constituir durante mucho tiempo un freno al reconocimiento del derecho sindical en la función pública, este periodo pertenece ya al pasado.

Los agentes públicos pueden ya defender sus intereses colectivos: remuneración, condiciones de trabajo, garantías de carrera... por todos los medios lícitos, incluida entre ellos la huelga. No obstante, la huelga que atrae la atención de la opinión pública no constituye, por regla general, más que un último recurso al que se acude una vez que han sido agotados en vano los demás medios, menos espectaculares, de la actuación sindical, tales como el derecho a acudir ante los tribunales de justicia, la participación en organismos consultivos estatutarios y la concertación con los poderes públicos.

### El derecho a comparecer en juicio

Los sindicatos profesionales pueden, como toda persona jurídica dotada de personalidad civil, ejercitar una acción ante cualesquiera jurisdicciones, así civiles, como represivas, o administrativas, para defender su patrimonio, es decir, sus intereses propios, o los intereses colectivos de la profesión. Se distingue así la acción patrimonial,

de la que prescindiremos en este estudio, de la acción sindical, que, en cambio, es la que ocupará nuestra atención.

En realidad, los sindicatos pueden intervenir de dos maneras muy diferentes para defender en juicio los intereses de sus dependientes: ejercitar la acción sindical para la defensa de los intereses colectivos, o bien apoyar la defensa de los intereses individuales de sus adheridos.

### LA ACCIÓN SINDICAL PARA LA DEFENSA DE LOS INTERESES COLECTIVOS

El artículo 14 del estatuto general de funcionarios prevé que los sindicatos pueden comparecer ante cualesquiera jurisdicciones y en especial formular recurso ante las jurisdicciones del orden administrativo contra:

- 1) Los actos reglamentarios concernientes al estatuto del personal.
- 2) Las resoluciones individuales que atenten a los intereses colectivos de los funcionarios.

El principio de la acción sindical, así formulado, deja abiertas tres cuestiones:

*¿Pueden los sindicatos impugnar las medidas de organización del servicio?*

El Consejo de Estado ha estimado, concretamente en una sentencia de 1956, que las medidas de organización del servicio son de la exclusiva competencia de la autoridad administrativa y no pueden ser discutidas en vía contenciosa por los funcionarios, a menos que atenten a sus prerrogati-

vas estatutarias. El comisario del Gobierno había, a la sazón, ilustrado el espíritu de esta resolución, valiéndose para ello de una fórmula sorprendente: «que los funcionarios puedan defender en juicio sus derechos y obligaciones es legítimo; que puedan defender su concepción de la organización y del funcionamiento del servicio contra sus superiores, en tanto subsista una parcela de la potestad jerárquica, es imposible».

Era una manera un poco brutal de recordar que los funcionarios se encuentran insertos en una situación reglamentaria y que están sometidos a la existencia de una subordinación jerárquica en la prestación de su servicio.

Si con posterioridad esta jurisprudencia ha sido regularmente confirmada, no por ello debería dejar de hacerse más flexible al objeto de abrir en mayor medida a los agentes públicos la posibilidad de impugnar las medidas de organización del servicio en el que participan. Tal posibilidad sería tanto más normal cuanto que desde 1946 los funcionarios son consultados, por medio de los comités técnicos paritarios, acerca de la oportunidad de las medidas de organización del servicio. La implantación de la contratación colectiva en la función pública parece, por otra parte, que debe pasar por una previa liberalización de la jurisprudencia existente al respecto.

*¿Cómo distinguir las resoluciones individuales con repercusión colectiva?*

La jurisprudencia ha trazado desde hace tiempo una distinción

que ya se ha hecho clásica, entre *actos individuales positivos*, es decir, los declarativos de derechos (nombramiento, concesión de una plaza en propiedad, inscripción en el cuadro de aptitud para el ascenso, etc.), pero que se considera que afectan a los intereses colectivos, y los *actos individuales negativos*, es decir, los que deniegan derechos (ascenso por antigüedad, por ejemplo), pero se estima que sólo interesan al individuo a quien conciernen.

En efecto, sólo los actos individuales positivos pueden, en su caso, lesionar los intereses colectivos. Así, por ejemplo, el ascenso irregular de un agente público puede perjudicar a los demás agentes del mismo cuerpo, en tanto que la denegación de un ascenso sólo puede causar perjuicio al interesado.

*¿Cuáles son las condiciones de legitimación para comparecer en juicio?*

En principio, todos los sindicatos profesionales están legitimados sin discriminación alguna para comparecer en juicio al objeto de defender los intereses colectivos de la profesión. Esta facultad está reconocida igualmente desde hace mucho tiempo a las asociaciones de funcionarios constituidas al amparo del régimen establecido por la ley de 1 de julio de 1901.

El Consejo de Estado estimó durante algún tiempo, en razón del principio de la especialidad de las personas jurídicas, que los sindicatos están legitimados para recurrir en vía contenciosa con miras a hacer respetar las normas de

un estatuto, a condición de que éste sea común a todos los adheridos, negando su legitimación activa para impugnar la legalidad de las resoluciones que sólo afectan a algunos de sus miembros. Se había introducido así una discriminación, en especial contra las uniones y federaciones de sindicatos, las cuales quedaban privadas así de legitimación para sustituir a las organizaciones afiliadas a ellas, a menos que justificaran un interés moral en hacer respetar los derechos estatutarios de los funcionarios.

El Consejo de Estado abandonó recientemente esta jurisprudencia restrictiva, aceptando, entre otras cosas:

- La admisibilidad del recurso formulado por una federación de sindicatos de funcionarios contra el decreto aprobatorio del estatuto de los administradores civiles;
- que un sindicato pueda recurrir contra la resolución de un tribunal contencioso-administrativo que había anulado la denegación por el inspector de trabajo del despido colectivo de nueve asalariados;
- que la demanda de una federación de sindicatos de funcionarios es admisible aun en el caso de que el acto impugnado sólo afectare a los miembros de determinados sindicatos integrantes de la federación.

Con respecto a esta última resolución, el comisario del Gobierno hubo de justificar en estos tér-

minos la demanda judicial de una federación de sindicatos:

«El liberalismo que manifiesta su actual jurisprudencia en materia de admisibilidad de las demandas presentadas por agrupaciones nos inclina a proponerle una solución liberal. La preocupación de una buena administración de justicia conduce a no obligar a las organizaciones sindicales sectoriales a ejercitar ante ustedes varias acciones distintas cuando existe una federación que las agrupa.»

Por último, debido a que el sindicato es una persona jurídica, el firmante de la demanda debe justificar sus poderes al efecto: disposición de los estatutos o poder especial.

#### EL APOYO SINDICAL AL EJERCICIO DE LA ACCIÓN INDIVIDUAL

Todo agente puede formular recurso de anulación por exceso de poder contra cualquier acto reglamentario o contra una resolución que le causare perjuicio, es decir, que lesionare un interés personal. Se trata en tal caso de una acción individual, distinta de la acción sindical.

No obstante, los sindicatos pueden servir de apoyo al ejercicio individual de la acción judicial por parte de sus adheridos en las tres hipótesis siguientes:

#### *Intervención sindical*

Cuando el interés del litigio no justifica, por razón de su carácter puramente individual, el ejercicio



de la acción sindical, los sindicatos pueden, no obstante, intervenir en el procedimiento para apoyar un recurso interpuesto por uno de sus miembros.

La intervención sindical constituye de alguna manera la prolongación de la acción sindical. Se utiliza en los casos en que se ventilan cuestiones de principio, a causa del interés que para los sindicatos presenta la solución de la cuestión de Derecho planteada.

#### *La representación en juicio*

En virtud del principio *Nul ne plaide par procureur*, los sindicatos no pueden sustituir a los interesados para defender sus derechos individuales, a menos que acrediten la colación de un poder especial a tal efecto. Por consiguiente, cuando gozan de mandato expreso, los sindicatos pueden, llegado el caso, representar en juicio a sus adheridos.

#### *La asistencia de un militante sindical*

Ante los consejos de prohombres los asalariados pueden hacerse asesorar por un militante sindical. Si bien ningún texto prevé el ejercicio de tal facultad ante los tribunales contencioso-administrativos es siempre lícito al presidente del tribunal, en virtud de su potestad discrecional, oír a un militante sindical a instancia del recurrente.

Asimismo, ante el consejo de disciplina puede el funcionario hacerse asesorar por un defensor elegido por él, es decir, en su caso, por un militante sindical.

Por otra parte, los sindicatos profesionales pueden, por excepción al principio de *Nul ne plaide par procureur*, ejercitar la acción sindical ante la jurisdicción de los consejos de prohombres cuando el litigio, aun siendo de carácter individual, concierne principalmente a la aplicación de un convenio colectivo. Se habla entonces de acción individual ejercitada sindicalmente.

Con el desarrollo de la concertación en la función pública y la implantación del acuerdo de forma convencional, cabe preguntarse si no será un día prudente permitir este tipo de acción sindical en relación con la aplicación de tales acuerdos.

#### **La participación en organismos consultivos**

En la función pública los sindicatos participan, bien en calidad de tales, bien por medio de representantes elegidos, según los casos, en los diversos organismos consultivos, tanto si se trata de los organismos paritarios clásicos, como si consisten en organismos consultivos *ad hoc*. La designación de los representantes sindicales que de esta manera deben formar parte de dichos organismos obedece a principios que constituyen la piedra angular de la institución.

#### **LOS PRINCIPIOS QUE RIGEN LA DESIGNACIÓN DE LOS REPRESENTANTES SINDICALES**

La designación de los representantes sindicales obedece a tres principios: la representatividad

sindical, el mandato sindical y la elección de representantes del personal.

#### *La representatividad sindical*

En la mayoría de los organismos consultivos los representantes sindicales son designados por el ministro a propuesta de las organizaciones sindicales más representativas, a fin de evitar, dentro de un régimen de pluralismo sindical, una atomización excesiva de la representación sindical. Esta situación tiene como consecuencia principal la de excluir la representación de las asociaciones de funcionarios.

Una circular del ministro encargado de la Función Pública, de fecha 18 de marzo de 1950, formuló los criterios del carácter representativo de una organización sindical, recogidos, por otra parte, de la Ley de 11 de febrero de 1950, relativa a los convenios colectivos. Tales criterios son los siguientes:

- los efectivos;
- la independencia;
- las cotizaciones;
- la experiencia y la antigüedad del sindicato;
- la actitud patriótica mostrada durante la ocupación.

La representatividad de las organizaciones sindicales se aprecia de manera diversa, como veremos más adelante, según el marco nacional o local dentro del cual se sitúa el organismo consultivo. La autoridad administrativa tiene derecho a requerir a cada sindicato a que le facilite todos los elementos que le pueden permitir apreciar su carácter representativo.

#### *El mandato sindical*

Los representantes sindicales, si bien son nombrados por la autoridad jerárquica competente, son mandatarios de las organizaciones sindicales más representativas que los designan a tal efecto. Así, por ejemplo, los textos prevén que los miembros nombrados a propuesta de una organización sindical cesen de formar parte del Consejo Superior o del comité técnico si tal organización lo solicita, bien del primer ministro, bien del ministro interesado. El cese en las funciones surte efectos con el transcurso de un mes subsiguiente a la solicitud.

#### *La elección por el personal*

Los representantes del personal en las comisiones administrativas paritarias o en determinados consejos consultivos (Consejo Superior de Educación Nacional, Consejos de Universidad, o de Unidos de Enseñanza y de Investigación, etc.) son elegidos por sus iguales. Los sindicatos representativos no tienen, a diferencia de la primera vuelta de las elecciones profesionales del sector privado (delegados del personal y miembros de los comités de empresa), monopolio alguno de presentación de candidaturas. Estas son totalmente libres.

Las asociaciones de funcionarios pueden, por tanto, presentar candidaturas del mismo modo que los sindicatos, sean o no representativos.

El recurso jurisdiccional contra las elecciones de los representantes del personal compete a los tri-

bunales contencioso-administrativos, pero en lo que respecta a las elecciones para las comisiones administrativas paritarias, la impugnación debe ser formulada previamente ante el ministro interesado.

Los resultados de estas elecciones revelan la influencia de las organizaciones sindicales en los diversos cuerpos de la función pública.

#### *Los organismos consultivos paritarios.*

El estatuto general de la función pública prevé la institución de diversos organismos consultivos compuestos paritariamente por representantes de la Administración y por representantes de los funcionarios, designados por las organizaciones sindicales más representativas o elegidos por las organizaciones sindicales más representativas, o elegidos por sus iguales, es decir:

#### *El Consejo Superior de la Función Pública.*

El Consejo Superior de la Función Pública es competente, en especial, para:

- emitir dictamen sobre todas las cuestiones de carácter general que interesan a la función pública, y formular sugerencias al primer ministro en este ámbito;
- examinar los estatutos particulares que, en su caso, pudieren derogar las disposiciones del estatuto general;
- asumir la coordinación con relación a las comisiones administrativas paritarias y a

los comités técnicos, paritarios, etc.

Constituye, asimismo, el órgano superior al que cabe recurrir en materia de disciplina, ascensos y calificación, ceses y despidos.

Los dictámenes del Consejo Superior no tienen fuerza ejecutiva, ni aún cuando fueren unánimes. Pueden ser seguidos o no, a la plena discreción del Gobierno. El Consejo superior es, por ello, acusado por los sindicatos de ser una mera «cámara de registro» y por los poderes públicos de no ser otra cosa que una «tribuna pública» de los sindicatos. Esta actitud de unos y otros es consecuencia directa del carácter puramente consultivo de la institución.

El Consejo Superior se compone de 32 miembros titulares y de 32 miembros suplentes, nombrados por tres años. La mitad de ellos representa a la Administración y constituye la *sección administrativa*. La otra mitad representa a los funcionarios y constituye la *sección sindical*. Se reúne en sesión plenaria, presidida por el primer ministro o quien le represente, una vez por trimestre en principio. No obstante, esta periodicidad no se respeta.

Los representantes del personal los designan las organizaciones sindicales más representativas en el plano nacional. A este respecto el Consejo de Estado se ha declarado competente para apreciar si una organización sindical tiene o no el carácter representativo requerido para participar en el Consejo Superior de la Función Pública. Así, por ejemplo, ha estimado que la Federación de fun-

cionarios directivos (CGC) no podía, en 1954, ser reconocida como representativa, por cuanto que a la sazón no agrupaba más que a una escasa parte de los funcionarios de los sectores entre los cuales hace su recluta.

En cambio, el propio Consejo de Estado ha resuelto que la distribución que el Gobierno hace entre las diversas tendencias sindicales de las vocalías del Consejo Superior de la Función Pública reservadas a los representantes del personal, sólo suscitaba, en defecto de toda norma cogente fijada en los textos, una cuestión de oportunidad cuyo conocimiento escapa a la competencia del juzgador del exceso de poder. El Consejo de Estado llegó así a la conclusión de que tal distribución, que puede no respetar la audiencia efectiva de las diversas organizaciones sindicales representativas, tiene un carácter meramente discrecional.

El 1 de enero de 1975 los dieciséis miembros del Consejo Superior de la Función Pública representantes de los funcionarios se repartían de la siguiente manera:

- Confederación General del Trabajo, Fuerza Obrera (CGT-FO): cinco titulares.
- Confederación General del Trabajo (CGT): tres titulares.
- Confederación Francesa Democrática del Trabajo (CFDT): tres titulares.
- Federación de la Educación Nacional (FEN): tres titulares.

- Confederación Francesa de Trabajadores Cristianos (CFTC): un titular.
- Confederación General de Directivos (CGC): un titular.

La Federación General Autónoma de Funcionarios (FGAF) sólo está representada por una vocalía suplente.

Los representantes sindicales en el Consejo Superior de la Función Pública pierden su calidad si su organización sindical sufre modificaciones importantes que alteren su carácter representativo.

#### *Las comisiones administrativas paritarias*

En principio existe una comisión administrativa paritaria por cada cuerpo de funcionarios. La creación de varias comisiones administrativas para un mismo cuerpo está prohibida. En cambio, puede instituirse una sola comisión administrativa para varios cuerpos en caso de insuficiencia de efectivos. El cuerpo agrupa a los funcionarios sometidos al mismo estatuto particular y que gozan de vocación normal a los mismos empleos.

La comisión administrativa paritaria se halla emplazada al nivel del subdirector general (*directeur*) o jefe de un servicio (*chef de service*) encargado de la gestión de personal y de la llevanza de los expedientes. Está compuesta paritariamente por representantes de la Administración nombrados por orden ministerial y por representantes del personal electi-

dos por los funcionarios en situación de actividad.

El número de los representantes del personal es de dos vocales titulares y dos suplentes por cada uno de los empleos del cuerpo al cual corresponde la comisión administrativa. Sin embargo, cuando el número de los funcionarios de un mismo empleo es inferior a veinte, el número de representantes del personal correspondiente a dicho empleo se reduce a un vocal titular y a un vocal suplente. El empleo (*grade*) es el título que confiere a sus beneficiarios vocación para ocupar uno de los puestos (*emplois*) que les están reservados.

La duración del mandato de los vocales de las comisiones administrativas es de tres años. Los representantes del personal se eligen por votación secreta y proporcional. No obstante, la modalidad de la votación no constituye una garantía fundamental y los estatutos especiales o particulares pueden, en su caso, prever una votación por mayoría.

La competencia de las comisiones administrativas paritarias se limita a las cuestiones de orden individual. Deben ser requeridas obligatoriamente en materia de:

- reclutamiento y propuestas de concesión de empleos en propiedad.
- Calificación, ascenso, disciplina, comisiones de servicio y disponibilidad forzosa.
- Medidas a adoptar, en su caso, con relación a funcionarios cuyo cónyuge ejerce una actividad privada.
- Despido por negativa a acep-

tar un puesto asignado con ocasión de la reincorporación por cese de la situación de disponibilidad, o por expiración de una licencia por enfermedad o de larga duración.

- Determinados traslados, en caso de renuncia o de despido por incompetencia profesional.
- Sanciones contra funcionarios jubilados por ejercen actividades prohibidas.

Pueden ser cometidas, a título facultativo, de las demás cuestiones de orden individual.

Las comisiones administrativas paritarias se reúnen en comisión plenaria y en comisión restringida. La *comisión plenaria* es competente para conocer de las cuestiones relativas a la adquisición de empleos en propiedad, a las actividades privadas del cónyuge del funcionario, comisiones de servicio, paso a situación de disponibilidad, traslados y ofrecimiento de renuncia. La *comisión restringida* es competente para conocer de las cuestiones relativas a la calificación, el ascenso, la disciplina, el despido y las actividades privadas de los jubilados.

La comisión restringida se compone de los vocales titulares que representan a la categoría a la cual pertenecen los funcionarios interesados, de los vocales titulares representantes de la categoría inmediatamente superior, y de un número igual de representantes de la Administración. En la hipótesis de que el funcionario interesado perteneciere al empleo (*grade*) más elevado del cuerpo,

los representantes de tal empleo incorporan a sus suplentes, los cuales asisten con voz y voto.

Las dos comisiones son presididas por el subdirector general o jefe de servicio (*chef de service*) al cual asisten. Emiten sus dictámenes por mayoría de votos de sus componentes. En caso de empate de votos, el presidente goza de voto de calidad. Finalmente, sólo pueden adoptar acuerdos válidos si se halla presente un quórum de tres cuartas partes por lo menos. De no alcanzarse este quórum, deberá enviarse nuevo aviso de convocatoria, dentro del plazo de ocho días, a los miembros de la comisión, la cual quedará entonces válidamente constituida si se hallaren presentes la mitad de sus componentes. En el supuesto de que no se hubiere alcanzado este nuevo quórum, la Administración podrá prescindir de una consulta «imposible».

Las reuniones de las comisiones administrativas no son públicas y los representantes de la Administración o del personal están obligados a la observancia del secreto profesional con respecto a los hechos y documentos conocidos en su calidad de tales representantes.

Por último, cuando la importancia de los efectivos lo justifica, pueden ser creadas por decreto comisiones administrativas paritarias locales, al objeto de preparar los trabajos de las comisiones administrativas paritarias nacionales. Su competencia la fija el decreto de creación.

Las comisiones administrativas paritarias desempeñan así un papel muy importante en lo que res-

pecta a la gestión de las carreras y a las garantías disciplinarias de los funcionarios.

#### *Los comités técnicos paritarios*

Los comités técnicos paritarios pueden crearse a diversos niveles:

— Comité técnico ministerial, en cada Departamento ministerial, para asistir al ministro;

— Comités técnicos centrales, que asisten al subdirector general de personal de la Administración central y a cada subdirector o director general de una Administración con servicios centrales y periféricos, así como a cada subdirector general o director general de servicio público personalizado;

— Comités técnicos locales adscritos a servicios o grupos de servicios radicados en circunscripciones territoriales cuya importancia los justifique.

En su origen, los comités técnicos paritarios fueron concebidos como instrumentos de participación de los sindicatos de funcionarios en el mejoramiento del funcionamiento de los servicios públicos y en la modernización de la Administración.

A tal efecto, debían ser consultados obligatoriamente en materia de:

— Organización de las administraciones, servicios y servicios personalizados;

— Funcionamiento de las administraciones y servicios y, en especial, modernización de los métodos y técnicas de trabajo;

— Elaboración o modificación de

las normas estatutarias por las que se rige el personal de los servicios de su competencia;

— Fijación de normas y primas de rendimiento.

En realidad fueron pocos los comités técnicos paritarios que se crearon, ya que la Administración se mostraba especialmente celosa de sus prerrogativas. La reforma de que en 1959 fue objeto el estatuto general de los funcionarios debía conferir un carácter puramente facultativo, en función de la iniciativa del ministro interesado, a la competencia de los comités técnicos, siéndoles retirado todo derecho de aquiescencia en materia de fijación de normas y primas de rendimiento. La V República tendría así un mal comienzo en lo que respecta a la participación dentro del marco de la función pública, lo que después no dejaría de suscitar reacciones.

En la relación de conclusiones de 2 de junio de 1968, llamada «protocolo Oudinot», el Gobierno hubo de comprometerse a «revitalizar» los comités técnicos paritarios, generalizando su creación y confiriendo carácter obligatorio a su competencia. Las discusiones iniciadas al respecto no habían terminado todavía en el momento de la entrada en máquina del presente estudio. No obstante, un decreto de aplicación de la ley de 16 de julio de 1971 relativa a la formación profesional permanente prevé la consulta obligatoria a los comités técnicos paritarios ministeriales en lo que respecta a la elaboración e impulsión de la formación profesional permanente dentro de la función pública.

Los comités técnicos paritarios están compuestos, por partes iguales, de representantes de la Administración designados por orden ministerial de entre los funcionarios del empleo de administrador de segunda clase o de empleos asimilados, y de representantes del personal designados por las organizaciones sindicales más representativas.

La orden por la que se crea el comité técnico paritario determina la lista de las organizaciones sindicales idóneas para designar los representantes del personal y fija el número de puestos que deban atribuirse a cada una de ellas, de conformidad con las reglas comúnmente admitidas en lo que respecta a la apreciación del carácter representativo de las organizaciones sindicales.

La representatividad de las organizaciones sindicales ha de existir en el plano de cada servicio o grupo de servicios o circunscripción para los cuales haya sido creado cada comité técnico. El ministro interesado está vinculado por estas disposiciones, que tienen carácter cogente, y no puede válidamente requerir a las organizaciones sindicales que en el plano nacional sean las más representativas a que designen a los representantes del personal en los comités técnicos paritarios de su ámbito de competencia.

En defecto de acuerdo entre las organizaciones sindicales interesadas, la autoridad administrativa puede remitirse, para apreciar su carácter representativo, a los resultados de las elecciones de las comisiones administrativas paritarias. En cuanto a la distribución

de los puestos reservados a los representantes del personal entre las organizaciones idóneas, corresponde al ministro, en defecto de texto alguno que dé normas precisas al respecto, apreciar el número de puestos que deban ser atribuidos a cada una de las organizaciones sindicales más representativas, sin estar obligado, en cualquier caso, a repartir proporcionalmente a los efectivos presuntos de cada organización el número de puestos atribuidos a cada una de ellas. Sin embargo, el juzgador contencioso-administrativo cometido de un recurso en el que se impugne la legalidad interna de una resolución por la que se proceda a la distribución de tales puestos, debe valorar los motivos en que el ministro se ha apoyado para adoptar su resolución y decretar la anulación de ésta si el motivo aceptado es erróneo en Derecho, si se basa en un hecho materialmente inexacto, en un error manifiesto de apreciación, o incluso si está viciado de desviación de potestad.

Los organismos consultivos paritarios no desempeñan plenamente el papel que les había sido atribuido inicialmente por el estatuto general de los funcionarios e incluso se observa una tendencia a sustituirlos, con relación a problemas concretos, por organismos consultivos *ad hoc*, en los cuales la representación sindical está, en general, debilitada.

#### LOS ORGANISMOS CONSULTIVOS «AD HOC»

Se han instituido diversos organismos consultivos *ad hoc*, con

participación más o menos amplia de las organizaciones sindicales, y que conciernen principalmente a los servicios sociales, el coste y rendimiento de los servicios públicos y la reforma administrativa.

#### *El comité interministerial consultivo de servicios sociales*

En principio, existen servicios sociales en cada ministerio o administración, y el Estado habilita créditos para prestaciones diversas: colonias de vacaciones, casas de reposo y guarderías infantiles, árboles de Navidad, acción médico-social, socorros en casos graves, vivienda, orientación de jóvenes, restaurantes administrativos...

Por una orden ministerial de 19 de junio de 1970 fue creado un comité interministerial consultivo de servicios sociales. Instituido bajo la dependencia del ministro o secretario de Estado encargado de la función pública, este comité tiene a su cargo principalmente las siguientes tareas:

- Reunir datos sobre las realizaciones de los distintos departamentos ministeriales y sobre los proyectos;

- Estudiar medidas de coordinación y armonización de los servicios sociales;

- Recoger en los departamentos ministeriales los elementos de información necesarios para evaluar los créditos sociales referentes a las actuaciones financiadas con cargo al presupuesto de cargas comunes;

- Proponer la distribución de los créditos del presupuesto de cargas comunes, adscribiéndolos



bien a la actuación propia de los departamentos ministeriales, bien a actuaciones de carácter interministerial;

— Definir las actuaciones que deban ser llevadas a cabo en el plano interministerial, en especial en materia de equipamiento e instalaciones, así como las modalidades de ejecución de tales actuaciones.

El comité interministerial comprende ocho representantes titulares de la Administración y once representantes de las organizaciones sindicales. La Administración y las organizaciones sindicales disponen de igual número de titulares y de suplentes. La representación sindical se articula así:

— UGFF-CGT: Dos titulares y dos suplentes;

— FGF-FO: Dos titulares y dos suplentes;

— FEN: Dos titulares y dos suplentes;

— CFDT: Dos titulares y dos suplentes;

— CGC: Un titular y un suplente;

— FGAF: Un titular y un suplente.

— CFTC: Un titular y un suplente.

La gestión de los servicios sociales queda, sin embargo, atendida en gran parte en el plano ministerial y en la casi totalidad de los casos tal gestión corresponde a la Administración. En ciertos ministerios importantes (Correos, Telégrafos y Teléfonos, Hacienda, Educación Nacional...) se han creado, sin embargo, organismos consultivos de ámbito nacional y lo-

cal en los cuales están representadas las organizaciones sindicales, pero el auténtico poder de decisión continúa perteneciendo al ministro, principalmente en materia de créditos.

Para el año 1973 el importe de los créditos concedidos a la Administración del Estado para los servicios sociales se elevaba a 331,6 millones de francos, que representaban el 0,55 por 100 de la masa salarial. La media de los créditos por agente público variaba, por tanto, entre 47,68 francos en el Ministerio de Educación Nacional, y 269,29 francos en el Ministerio de Correos, Telégrafos y Teléfonos.

Ahora bien, en comparación con el sector privado, en el cual las obras sociales son administradas por los comités de Empresa, es decir, prácticamente por los representantes electos del personal, los agentes del Estado no participan, en contra de sus reivindicaciones, en la gestión de los servicios sociales. Asimismo, en tanto que en el sector privado la financiación de las obras sociales alcanza por término medio el 3 por 100 de la masa salarial, sólo llega al 0,55 por 100 en la función pública (año 1973).

Si a esto se añade que no existe una previsión médica obligatoria en la función pública y que los problemas de higiene y seguridad adolecen con harta frecuencia de cierto desamparo, es fácil imaginar que los servicios sociales constituyen un ámbito en el cual la actuación sindical deberá desarrollarse vigorosamente para poder armonizarse con la del sector privado.

### *El comité central de encuesta sobre el coste y rendimiento de los servicios públicos*

Constituido en 1946, el comité central de encuesta sobre el coste y rendimiento de los servicios públicos se compone de jueces, altos funcionarios y cuatro representantes de las organizaciones sindicales, que pertenecen, respectivamente a la CGT, a la CGT-FO, a la CFDT y a la CGC, es requerido obligatoriamente para emitir dictamen en los proyectos de decretos modificativos de las circunscripciones administrativas, pudiéndole asimismo el primer ministro consultar en todo problema concerniente al funcionamiento de los servicios administrativos del Estado.

Bajo la égida del Comité central se ha instituido una comisión central de la vivienda de los funcionarios y agentes del Estado, compuesta por seis representantes de la Administración y por seis representantes de las organizaciones sindicales.

### *El comité permanente de reformas administrativas*

El comité permanente de reformas administrativas fue creado en 1971. Se compone de diez personalidades nombradas por tres años, entre ellas «un sindicalista». Los trabajos de este comité permanente no se hacen públicos, y la presencia sindical en el mismo parece de mera fórmula.

La práctica de ir despojando a los organismos paritarios, como el consejo superior y los comités técnicos, de toda competencia en ma-

teria de reformas administrativas, conduce a las organizaciones sindicales a desentenderse de este problema. Sólo la CGT dedica al tema una reflexión de conjunto dentro de la perspectiva de la realización del programa común de la izquierda.

### **La concertación con los poderes públicos**

El artículo 5 del estatuto de los funcionarios dispone que el funcionario se encuentra para con la Administración, en una situación legal y reglamentaria. Jurídicamente la situación reglamentaria se opone a la contractual en que no puede ser modificada más que por resolución unilateral del poder público.

El estatuto general y los estatutos particulares o especiales prevén, a lo sumo, la consulta obligatoria de los organismos paritarios por parte de la autoridad jerárquica competente, para *ilustrar* su decisión. Nos encontramos así en presencia de una especie de *despotismo ilustrado*.

En el transcurso de los años los poderes públicos, por razones de mera oportunidad, han ido adquiriendo la costumbre, más o menos regular, de consultar por separado a las organizaciones sindicales más representativas, principalmente en materia de retribuciones públicas. Bajo la presión de los acontecimientos de mayo-junio de 1968, tal práctica ha dado origen a una política de concertación entre los poderes públicos y las organizaciones sindicales. Para captar el impacto de la concertación dentro de la

función pública conviene examinar sus principios y su práctica, antes de hacer balance de la misma y formular reflexiones sobre el particular.

#### LOS PRINCIPIOS DE LA CONCERTACIÓN

A raíz de la huelga de mineros de 1963, el Gobierno Pompidou lanzó un programa de tres puntos, uno de los cuales preveía «la concertación con las organizaciones sindicales y profesionales sobre los problemas económicos y sociales». Dentro de esta perspectiva, J. Toutée fue encargado de llevar a cabo una misión «sobre el mejoramiento de los procedimientos de discusión de los salarios en el sector público».

El procedimiento, que recibió el nombre de «sistema Toutée», si bien no ha sido aplicado más que en el sector nacionalizado: Electricité et Gaz de France (EGF), Société Nationale des Chemins de Fer (SNFC), las minas, la Régie Autonome des Transports Parisiens (RATP), principalmente, sin embargo ha influido, tras los acontecimientos de mayo-junio de 1968, en la política de concertación de la función pública, si bien no impide que reinen numerosas dudas y confusiones en lo que respecta a la definición de la pacción y a la naturaleza jurídica de los «acuerdos concertados».

#### *La definición de la concertación*

Por regla general la concertación se concibe como un acuerdo de varios enderezado a tomar parte en la ejecución de un designio.

Ahora bien, el hecho de ponerse de acuerdo para tomar parte en la ejecución de un designio no lleva consigo más que una obligación moral de carácter plurilateral, sin implicar un compromiso recíproco de las partes, necesario, en cambio, para la formación de un contrato.

La concertación se distingue, pues, de una parte, de la consulta en que lleva consigo la idea de un compromiso moral, y de otra parte, de la negociación colectiva en que la parte sindical no dispone, cosa evidente, de poder alguno de decisión a causa del carácter reglamentario de la función pública.

#### *Diferencia frente a la consulta*

Aun en los casos en que es obligatoria, en virtud de una disposición estatutaria, la consulta no posee una eficacia jurídica obligatoria. Se trata simplemente, por parte de la autoridad jerárquica, de recabar el dictamen autorizado de las instituciones paritarias competentes. Tal dictamen no se impone a la autoridad jerárquica. Está destinado simplemente a ilustrar su decisión.

El único efecto cogente consiste en la obligación de consultar a las instituciones paritarias. El Consejo de Estado, en efecto, anula, por irregularidad de procedimiento, toda resolución adoptada por una autoridad jerárquica cualquiera sin haber observado el trámite de la consulta previa prevista por una disposición estatutaria o reglamentaria.

La consulta previa de las instituciones paritarias permite ejercer

un control *ex ante* de las decisiones de la autoridad jerárquica, calmar, en su caso, sus ardores y evitar resoluciones irreflexivas, apresuradas o arbitrarias. En el estado actual de las cosas, las instituciones paritarias son, pues, centros de diálogo útiles y necesarios, pero desprovistos de poder de decisión.

#### *Diferencia frente a la negociación colectiva*

La negociación colectiva implica que cada parte pueda obligarse libremente en un contrato y que el compromiso recíproco pueda producir entre las partes un efecto jurídico obligatorio sin otro requisito que su común voluntad. En la función pública la negociación colectiva tropieza con dos escollos:

— De una parte, los funcionarios se encuentran insertos en una situación estatutaria y reglamentaria que no puede ser modificada por vía contractual;

— De otra parte, la libertad de negociación de la Administración se encuentra alterada por condicionamientos presupuestarios, que se conocen comúnmente con la expresión de «paquete presupuestario».

Así, por ejemplo, la discusión entre los poderes públicos y las organizaciones sindicales más representativas sólo afecta a las modalidades de distribución del paquete presupuestario, por cuanto que el importe de dicho sobre lo fija unilateralmente el Ministerio de Hacienda dentro del marco de los imperativos presupuestarios. Además, la discusión sólo va a parar

en un compromiso moral, ya que las partes no pueden modificar por vía contractual la situación estatutaria y reglamentaria de los interesados.

Por tanto, en la función pública sólo cabe hablar de concertación, ya que las partes sólo se comprometen, en su caso, a hacer lo que pueden o quieren para llevar a cabo el designio proyectado, lo que suscita la cuestión de la naturaleza jurídica de los «acuerdos» concertados.

#### *Naturaleza jurídica de los «acuerdos concertados»*

Si en el sector privado la negociación colectiva desemboca generalmente en la conclusión de un convenio o de un acuerdo colectivo con valor de ley entre las partes, ello es por razón del vínculo contractual que las une. En la función pública, en la cual, en principio, hay un vínculo reglamentario que liga a las partes, la concertación no produce efecto jurídico directo alguno. Los acuerdos concertados no pueden, por tanto, adquirir su fuerza jurídica más que de una «ratificación» por parte del poder público. Se asemejan así a una especie de *gentlemen's agreements*, y se distinguen de los «contratos de progreso» concluidos en las empresas públicas sometidas a un estatuto reglamentario de personal por el que se rigen contratos de trabajo de Derecho privado (EGF, SNCF, Air-France, etc.).

#### *Ausencia de efectos jurídicos*

Tratándose de una obligación moral, un acuerdo concertado no puede por su propia dinámica mo-

dificar la situación estatutaria y reglamentaria de los funcionarios, ni aun la situación de los agentes públicos meramente titulares de un contrato de trabajo. El Consejo de Estado ha tenido ocasión de recordar este principio al estimar que «las disposiciones del acta de acuerdo de 2 de junio de 1968 no pueden ser útilmente invocadas frente a una disposición reglamentaria cuya caducidad no han podido causar».

Los acuerdos concertados no constituyen en sí fuente de Derecho. Proceden simplemente de una técnica de elaboración de la ley o del reglamento con respecto a la cual el poder público ejerce la función de capataz, técnica muy parecida a la del Derecho internacional.

#### *Semejanza con los gentlemen's agreements*

Los acuerdos concertados se asemejan a los *gentlemen's agreements* del Derecho internacional en que, como éstos, constituyen un mero compromiso de honor que no entraña obligación jurídica alguna entre las partes, pero las vincula moralmente. En efecto, al igual que un convenio internacional debe, para poder insertarse en un orden jurídico interno, ser ratificado por el poder soberano del Estado en cuestión, el acuerdo concertado debe, para adquirir fuerza obligatoria, ser objeto de una «ratificación» por el poder público por el cauce de la legislación o del reglamento.

Por otra parte, los acuerdos concertados son siempre objeto de una ley, de un decreto, de una orden ministerial, de una circular o de

una instrucción que sancionen necesariamente su aplicación en Derecho positivo. Y en caso de reticencias de los poderes públicos en cuanto a aplicarlos, los sindicatos consignatarios no tienen otro recurso que el de la huelga.

#### *Diferencia con los «contratos de progreso»*

En las empresas públicas sometidas a un estatuto reglamentario de personal —EGF, SNCF, Air-France, RATP, etc.— la naturaleza y efectos jurídicos de los «contratos de progreso» concluidos dentro de la órbita del sistema *Toutée* se sitúan en un plano totalmente distinto. En efecto, en la medida en que los «contratos de progreso» están destinados a modificar estatutos reglamentarios por los que se rigen contratos de trabajo de Derecho privado, presentan necesariamente una estructura dualista:

— Acuerdo concertado en lo que hace referencia a las garantías estatutarias fundamentales: carrera, disciplina, etc.

— Convenio colectivo en lo que respecta a las cláusulas clásicas del tipo contractual correspondiente: remuneraciones, condiciones de trabajo, etc.

Esta dualidad debería normalmente conducir a los juristas a distinguir en los estatutos profesionales por los que se rigen los contratos de trabajo de Derecho privado:

— De un lado, la parte reglamentaria, que implica que toda modificación concertada sea nece-

sariamente «ratificada» por el poder público.

— De otro, la parte negociable, a la cual se aplicarían los resultados de la negociación en virtud del propio mecanismo de ésta.

Sea como fuere, cabe preguntarse, como haremos después, si este análisis jurídico no podría ser adoptado al objeto de que la concertación pudiera producir efectos jurídicos directos a pesar de la naturaleza reglamentaria de los estatutos de los funcionarios, agentes públicos o asalariados de las empresas públicas y que la concertación dejara de ser considerada como un «cuerpo extraño» dentro de su propia esfera de aplicación. De hacerlo así, se saldría ciertamente del campo de la concertación y se entraría en el de la negociación colectiva. Pero ¿no sería, en definitiva, la culminación normal de la concertación dentro de la función pública?

#### LA PRÁCTICA DE LA CONCERTACIÓN

La concertación entre los poderes públicos y las organizaciones sindicales se ha convertido en un dato permanente. Sin duda, durante mucho tiempo la concertación tenía lugar, bien «en caliente» bajo la presión sindical, principalmente como secuela de huelgas, bien a modo de «contrafuego», por iniciativa de los poderes públicos, con el propósito de desactivar un descontento latente. Los poderes públicos tomaban entonces contacto, a ser posible por separado, con los sindicatos con el fin de tomar nota de las reivindicaciones, esgrimir

los imperativos presupuestarios y esforzarse por aprovechar, en su caso, las divisiones existentes entre sus interlocutores sucesivos.

Los acontecimientos de mayo-junio de 1968 trastocaron el tablero de juego, así configurado, y dieron a la concertación un carácter menos episódico, sin lograr, sin embargo, institucionalizarla en la función pública. El examen de los niveles y del contenido de la concertación permite medir su exacto alcance.

#### *La ausencia de marco institucional*

En el actual estado de cosas la concertación se desenvuelve al margen de las instituciones paritarias creadas por el estatuto general de funcionarios: Consejo Superior y comités técnicos. Reviste un carácter oficioso, tanto más flexible y, en último término, aleatorio, cuanto que no está vinculada a ningún condicionamiento institucional.

#### *El abandono de los organismos paritarios*

Las instituciones paritarias podrían haber constituido normalmente las estructuras de recepción de la concertación, a reserva de que, como consecuencia de ello, les hubiera sido atribuido el correspondiente poder de decisión. En efecto, la concertación no puede tener lugar más que en el plano de un poder decisorio, pero su carácter facultativo mal soportaría la rigidez de un marco institucional.

La concertación se desenvuelve,

por tanto, al margen de las instituciones paritarias clásicas, por el cauce de «citas» periódicas o circunstanciales entre los poderes públicos competentes y las organizaciones sindicales. Esta práctica sólo presenta ventajas, por otra parte. La información mutua de las partes circula mal, los poderes públicos, que concentran en sus manos todos los elementos de información, no los difunden, sino en función de sus intereses. Los sindicatos temen, a su vez, ser «manipulados» y unos se niegan a comprometerse, otros lo hacen sólo con reticencia, sin obligarse a aceptar el acuerdo concertado.

En un tal contexto la concertación no es capaz de reducir las tensiones sabiendo por experiencia los sindicatos que lograrán resultados tanto más positivos cuanto que se encuentren en condiciones de ejercer una fuerte presión sobre los poderes públicos, incluso por medio de la huelga.

Un estrategia militar podría comparar este abandono por parte de la concertación del marco de las instituciones paritarias, al paso de una guerra de posiciones a una guerra de movimientos.

#### *La creación de comisiones «ad hoc»*

Los acuerdos concertados hacen referencia generalmente a las remuneraciones públicas, pero, a veces, llevan consigo el compromiso de proceder a reformas de las categorías. La discusión de tales reformas es entonces encomendada por los poderes públicos a comisiones *ad hoc*. Así, por ejemplo, diversos compromisos asumidos

dentro del marco del protocolo Oudinot dieron lugar a comisiones *ad hoc* referentes a los derechos sindicales y a la reforma de las instituciones paritarias.

La creación de estas comisiones permite, en su caso, excluir de la concertación a las organizaciones sindicales que no fueron signatarias del acuerdo inicial y constituye para los poderes públicos un excelente medio de ejercer presión sobre los sindicatos para llevarles a concluir un acuerdo, pudiendo, además, sacar provecho, en su caso, de su división. Sin embargo, la práctica de la concertación separada ¿no perjudicará al crédito de la concertación misma?

Así, por ejemplo, las condiciones en que fue elaborada la reforma de la categoría B prevista por el acuerdo salarial de 13 de noviembre de 1971 merecen una atenta reflexión con el fin de evitar ciertas actitudes reprobables. La CGT, por no haber firmado el acuerdo salarial; la CFDET, por haberse retractado de su firma, y la CGT-FO, por haber manifestado divergencias sobre la orientación dada a la reforma, fueron sucesivamente excluidas de la discusión. La reforma fue elaborada principalmente con la FEN, ya que los demás sindicatos signatarios tenían un relieve insignificante. Ahora bien, si la FEN era particularmente competente con respecto a los agentes de la categoría B de educación nacional, no lo era tanto para tratar de la reforma técnica de los agentes de la categoría B del Ministerio de Correos, Telégrafos y Teléfonos y de los demás ministerios. Con tales procedimientos, los problemas corren el riesgo

de no ser realmente resueltos, siendo previsibles nuevos desequilibrios que, a su vez, son otras tantas fuentes de tensión.

### *Los niveles de la concertación*

Los niveles de la concertación se hallan en función de la distribución del poder de decisión en el seno de la función pública. Dependen, por tanto, del contenido de la concertación. Se distinguen así dos niveles: interministerial y ministerial.

#### *El nivel interministerial*

Los «acuerdos concertados» se discuten, por regla general, al nivel interministerial, es decir, al nivel del ministro o secretario de Estado encargado de la función pública cerca del primer ministro. Hacen referencia principalmente a las remuneraciones públicas y a los problemas anejos: multiplicador y ritmo de los aumentos, tablas de índices, jubilación, reformas de categorías, jornada de trabajo, etc. Estos acuerdos de carácter social no tienen incidencia directa alguna en el funcionamiento interno de la Administración.

El método de concertación adoptado a este nivel suscita reservas manifiestas de la parte sindical. En efecto, en la medida en que el aumento de la masa salarial venga determinado unilateralmente en función de los imperativos presupuestarios, los sindicatos se verán conducidos a no poder discutir más que del reparto del aumento concedido, lo cual les crea la sensación de no participar más que en el reparto de la penuria.

A veces, la concertación hace referencia a la elaboración de decisiones que directamente pasan a ser objeto de un acto reglamentario, sin pasar por la posta del acuerdo concertado. Este fue particularmente el caso de la instrucción de 14 de septiembre de 1970, relativa al ejercicio de los derechos sindicales en el seno de la función pública.

#### *El nivel ministerial*

A este nivel se desarrolla desde hace tiempo un cierto diálogo entre los sindicatos y los ministros interesados, aunque casi siempre «en caliente». Cuando las discusiones hacen referencia a la remuneración del personal interesado no pueden conducir directamente a salida alguna, ya que los ministros no tienen poder alguno de decisión en todo aquello que exceda del marco de los horarios de trabajo y de la distribución de indemnizaciones. Todo proyecto debe, por ello, ser presentado por el ministro al secretario de Estado para la función pública, al ministro de Hacienda y, en su caso, al arbitraje del primer ministro.

Las medidas decididas en el transcurso del año al nivel ministerial reducen el margen y el contenido de la concertación interministerial en cuanto que su coste se imputa al aumento de la masa salarial. La discusión de las remuneraciones queda así encerrada en «un cepo presupuestario» contra el cual se estrellan los sindicatos.

No obstante, es en el nivel ministerial donde, a veces, se discu-



ten y deberían normalmente discutirse, en especial:

— Las modificaciones de los estatutos particulares.

— Las condiciones de trabajo, créditos y consignaciones presupuestarias.

— Adquisición de empleo de plantilla por los auxiliares.

En diversos ministerios —Hacienda; Correos, Telégrafos y Teléfonos; Equipamiento; Agricultura; Asuntos Culturales, etc.— la instrucción ministerial de 14 de septiembre de 1970, relativa al ejercicio de los derechos sindicales dentro de la función pública, ha servido de base a una adaptación flexible y generalmente amplia de las disposiciones generales a las situaciones propias de cada uno de ellos.

La concertación implica necesariamente un reparto de competencia de tipo federalista entre los niveles interministerial y ministerial con miras a facilitar una articulación armoniosa y evitar toda tensión artificial e inútil.

#### LA RENOVACIÓN DE LAS TÉCNICAS JURÍDICAS

A los ojos de los sindicatos el principio de la concertación se aparece como una adquisición fruto de los acontecimientos de mayo-junio de 1968, cuya concepción y práctica están, sin embargo, sujetas a reconsideración a partir de dos críticas fundamentales: la falta de un verdadero poder de negociación reconocido a los sindicatos y el bloqueo de las discusiones en el «cepo presupuestario». Estas cri-

ticas no hacen, por otra parte, más que poner de relieve la contradicción ya subrayada entre el carácter estatutario y reglamentario de la función pública y la inferioridad contractual de la concertación, contradicción que no puede ser resuelta más que introduciendo la negociación colectiva en la función pública con todos los condicionamientos y efectos jurídicos que lleva consigo, es decir, la concesión del poder de negociación a los sindicatos, el desbloqueo del «cepo presupuestario» en materia de discusiones salariales y la necesaria legitimidad de los acuerdos negociados.

#### *La concesión del poder de negociación a los sindicatos*

En el plano de la técnica jurídica es perfectamente concebible que los sindicatos puedan recibir del poder público una delegación de facultades al objeto de que puedan negociar con aquél en pie de igualdad jurídica. Sin embargo, una tal delegación de facultades conduciría necesariamente a una adaptación del estatuto general y de los estatutos particulares a las peculiaridades de la negociación colectiva.

#### *La delegación del poder de negociar*

La negociación implica igual capacidad de las partes, de suerte que los compromisos asumidos puedan generar un contrato en el sentido jurídico del término. Ahora bien, debido al carácter reglamentario de la función pública, los sindicatos no disponen más que

de un poder ficticio, ya que los «acuerdos concertados» no tienen, según la jurisprudencia del Consejo de Estado, fuerza jurídica obligatoria alguna.

Por consiguiente, para que los sindicatos puedan negociar en pie de igualdad con el poder público, es preciso que éste acepte despojarse de parte de sus prerrogativas y delegue en los sindicatos el poder de negociar con él para concluir contratos que le sean jurídicamente oponibles. Esta delegación tendría por efecto simplemente el de conferir a los «acuerdos negociados» una eficacia jurídica obligatoria, sin por ello desproveer de sus prerrogativas esenciales al poder público, convertido así en cocontratante. En cambio, la delegación del poder de negociar hecha a favor de los sindicatos tendría como consecuencia inevitable el «contractualizar», cuando menos parcialmente, los estatutos del personal.

*La consiguiente  
«contractualización»  
de los estatutos del personal*

Toda delegación del poder de negociar que se hiciera a favor de los sindicatos chocaría, en efecto, con el carácter legal o reglamentario de los estatutos del personal. En el actual estado de cosas, éstos no pueden ser modificados más que por acto unilateral del poder público, lo que constituye un obstáculo de importancia a toda idea de negociación colectiva.

Esta situación podría ser suavizada mediante una renuncia parcial del poder público a la mo-

dificación unilateral de los mencionados estatutos. Volvemos a encontrarnos así con una idea con la que ya nos topamos al aludir a los estatutos del personal de las empresas públicas, o sea la necesidad de proceder a una escisión por vía legislativa en este caso, en el seno de los estatutos de personal entre las *disposiciones legales o reglamentarias* referentes a las garantías estatutarias fundamentales—carrera, disciplina, etcétera—y las *cláusulas consideradas como de índole contractual* debido a su carácter coyuntural—remuneración, condiciones de trabajo, etc.—. Sólo estas últimas corresponderían a la negociación colectiva, con las implicaciones jurídicas que ello lleva consigo.

La delegación en los sindicatos del poder de negociar y la «contractualización» consiguiente de los estatutos del personal permitiría así poner el Derecho en consonancia con los hechos.

*El desbloqueo del «cepo  
presupuestario» en materia  
salarial*

La concertación, tal como se concibe y practica, tiene por efecto, según hemos subrayado, encerrar toda negociación salarial dentro de un «cepo presupuestario». Para trastocar esta situación, fuente permanente de tensión política y de conflictos sociales, cabe preguntarse si no sería oportuno instituir una negociación pre-presupuestaria en materia de remuneraciones públicas a partir del presupuesto-tipo de un agente público negociado a su vez.

*La institución  
de una negociación  
«pre-presupuestaria»*

Ciertamente, al nivel de la elaboración del presupuesto de la nación, los organizadores sindicales no pueden en modo alguno pretender subrogarse en el poder soberano del Estado. Pero el derecho a negociar no ha llevado aparejado nunca por su parte la obligación de contratar. Por consiguiente, la institución de una negociación colectiva en materia de remuneraciones públicas en la fase preparatoria del presupuesto no se opone forzosamente al poder legislativo.

En materia presupuestaria, es al poder ejecutivo, o sea al Gobierno, a quien corresponde decidir. Una de dos: o bien juzga oportuno concluir un acuerdo a este propósito con las organizaciones sindicales, o bien la negociación desemboca en un acta expresiva de un desacuerdo necesariamente motivado. Pero en las dos hipótesis el poder legislativo estaría mejor informado en el momento de la discusión presupuestaria, de las motivaciones de unos y otros, pudiendo así pronunciarse con mejor conocimiento de causa sobre la evolución de las remuneraciones públicas.

El acuerdo salarial concluido, en su caso, en la fase preparatoria del presupuesto lo habría sido simplemente bajo condición suspensiva.

*La creación del «presupuesto-tipo negociado» del agente público*

Las remuneraciones públicas fijadas en función de imperativos

presupuestarios tienden a degradarse no solamente con relación a la evolución del coste de vida, sino asimismo en comparación con las remuneraciones del sector privado. Por ejemplo, el desfase entre el salario mínimo interprofesional (SMIC), calculado sobre la base de cuarenta horas, y el mínimo neto de remuneración de la función pública, que era del 23 por 100 el 1 de enero de 1970, no era más que del 4 por 100 el 1 de septiembre de 1974. El Estado no aplica en cuanto empleador el principio de la reabsorción de los salarios bajos en la función pública, cosa que, en cambio, precoriza para el sector privado.

Esta tendencia no podrá ser trastrocada más que si las remuneraciones públicas se rigen por unos índices elaborados a partir del presupuesto-tipo de un agente público, con el fin de poder registrar la evolución del coste de vida y del crecimiento económico, ya que las necesidades sociales de los funcionarios crecen con las de la economía del país.

A fin de evitar las manipulaciones del presupuesto-tipo de referencia, éste debería ser negociado periódicamente entre los poderes públicos y las organizaciones sindicales. Como hemos subrayado, se reprocha al índice oficial de precios calculado por el INSEE, además del secreto de su elaboración, el hecho de no registrar el efecto cualitativo que grava, sin embargo, al presupuesto familiar, como cualquier otro aumento de los precios. La negociación periódica del presupuesto-tipo podría así restablecer un elemento de confianza en la negociación colec-

tiva en sí misma, la cual para ser digna de crédito debe atraer una adhesión suficiente.

*La necesaria legitimidad de los acuerdos negociados*

Lo propio de un acuerdo es la posibilidad de ser denunciado por una de las partes, salvo compromiso recíproco en contrario. Pero en el supuesto de un acuerdo colectivo no se puede realmente hablar de denuncia más que si el acuerdo ha sido objeto de un consenso suficiente para ser jurídicamente válido.

En la práctica de las relaciones profesionales se distinguen dos tipos de acuerdos colectivos: los «acuerdos perfectos o mayoritarios», que descansan en un consenso suficiente para ser dignos de crédito ante los interesados, y los «acuerdos imperfectos o minoritarios», que, en defecto de consenso suficiente, se revelan a menudo como precarios. Ahora bien, el Derecho positivo actual reconoce el mismo valor jurídico a estos dos tipos de acuerdos colectivos. Esta solución tiende a falsear la regla del juego contractual.

En efecto, para que la negociación colectiva desempeñara su verdadero papel habría que renunciar a atribuir efectos jurídicos bilaterales a acuerdos imperfectos o minoritarios que no sean ratificados por la mayoría del personal interesado, pues en esta hipótesis no puede tratarse más que de decisiones unilaterales. Cualquier otra solución conduciría a mezclar los géneros: decisiones unilaterales y acuerdos colectivos.

*Los acuerdos perfectos o mayoritarios*

La validez de los acuerdos concluidos y firmados por todas las organizaciones sindicales representativas no admite discusión. En cuanto a los acuerdos simplemente mayoritarios, deben, para ser perfectos, cumplir por lo menos dos condiciones determinantes:

— Ser celebrados y firmados por organizaciones sindicales que, según los resultados de las elecciones profesionales, es decir, en este caso, de las elecciones para las comisiones administrativas paritarias, representen efectivamente a la mayoría del conjunto de las personas interesadas.

— Ser acuerdos abiertos que permitan, en su caso, a las organizaciones no signatarias participar en su ejecución, en especial cuando prevean la apertura de futuras negociaciones con miras a tal o cual reforma concreta, ya que, por aplicarse al conjunto de las personas interesadas, los acuerdos mayoritarios no deben excluir de la discusión de sus modalidades de aplicación a ninguna de las organizaciones sindicales representativas.

La situación se complica en lo que respecta a los acuerdos imperfectos o minoritarios, que constituyen la plaga de la negociación del sector público, como en otro tiempo en el sector privado.

*Los acuerdos imperfectos o minoritarios*

Los acuerdos imperfectos o minoritarios presentan desde su mis-

ma celebración el grave inconveniente de que son rechazados por las organizaciones sindicales que representan a la mayoría de las personas interesadas. ¿Cabe entonces hablar de acuerdos, o se trata de decisiones unilaterales disfrazadas de acuerdos colectivos?

Si un acuerdo colectivo no consigue un grado de consenso suficiente, no es en el fondo otra cosa que una simple decisión unilateral del poder público. Para subsanar su vicio de origen y poder adquirir su legitimidad contractual, el acuerdo colectivo imperfecto o minoritario debe, pues, ser ratificado por la mayoría del personal interesado.

Esta técnica de la ratificación de los acuerdos colectivos imperfectos concluidos y firmados por sindicatos minoritarios no ha adquirido todavía carácter de costumbre. Se han hecho algunos intentos, en especial la consulta de la CGT al personal de EGF sobre el convenio social de 10 de diciembre de 1939, no suscrito por ella, consulta que había dado como resultado una mayoría hostil, lo cual confirmaba en aquel caso la posición mayoritaria de dicha organización sindical.

La renovación de las técnicas jurídicas mediante la aplicación de las reglas democráticas y del simple buen sentido permitiría que la concertación evolucionara hacia una verdadera negociación colectiva capaz de sanear el clima social. La experiencia prueba que los acuerdos celebrados dentro de un marco de claridad son los que producen los efectos más duraderos. En cambio, el inmovilismo continuará aumentando el

malestar latente y multiplicando los conflictos sociales y en especial las huelgas.

### El ejercicio del derecho de huelga

La huelga se define en el plano jurídico como la cesación colectiva y concertada del trabajo a fin de ejercer una presión sobre el jefe de empresa o sobre los poderes públicos. Sociológicamente, constituye un último medio de ejercer presión con miras a obtener la integración de una o varias nuevas ventajas en el estatuto jurídico de los interesados.

Presentada como un recurso revolucionario, la huelga ha estado durante mucho tiempo desterrada de la función pública. La doctrina jurídica más autorizada explicaba que «la negativa concertada y colectiva de un grupo de funcionarios, conducente a la detención o a la desorganización de un servicio», constituía no sólo una falta disciplinaria grave, sino además una infracción penal, el delito de coalición de funcionarios en la especie.

En 1937, un comisario del gobierno sostenía, con éxito, el carácter ilícito de la huelga de los agentes públicos en estos términos:

«Al declararse en huelga, los agentes de servicio no sólo cometen una falta individual, sino que se colocan a sí mismos, por un acto colectivo, al margen de la aplicación de las leyes y reglamentos dictados para garantizar el ejercicio de los derechos que les

corresponden para con el poder público.»

La historia de la función pública no deja de estar, como ya hemos subrayado, ornada de huelgas, a veces victoriosas, a veces severamente reprimidas mediante separaciones del servicio o movilizaciones.

No obstante, diversos elementos del estatuto general de los funcionarios fueron logrados en su día mediante la huelga, la cual ha llegado a ser en principio lícita, como prolongación normal de la acción sindical.

Al proclamar que el «derecho de huelga se ejercerá dentro del marco de las leyes que lo reglamenten», sin hacer distinción alguna entre los agentes públicos y los asalariados del sector privado, el preámbulo de la Constitución de 1946, recogido por la Constitución de 1958, confiere al derecho de huelga el carácter de principio fundamental del Derecho del trabajo y de la función pública, cuya reglamentación queda reservada, en virtud del artículo 34 de la Constitución, a la competencia del poder legislativo.

Sin embargo, en defecto de una reglamentación legal del derecho de huelga, el Consejo de Estado ha reconocido la competencia del Poder ejecutivo para limitar y a veces prohibir el ejercicio del derecho de huelga, con sujeción al control *ex post* del juez. Resulta de ello una transferencia de competencia del legislativo al ejecutivo, que se compagina mal con las disposiciones constitucionales.

#### LAS DISPOSICIONES LEGALES

En principio, la reglamentación del derecho de huelga está reservada al legislador, y éste ha actuado ya en ocasiones diversas, ya sea para prohibir el derecho de huelga a determinadas categorías de funcionarios, ya para reglamentar el ejercicio de este derecho en los servicios públicos.

#### *Prohibición legal del derecho de huelga para determinados funcionarios*

Diversos estatutos derogatorios del estatuto general de la función pública prohíben pura y simplemente el derecho de huelga:

- A los jueces.
- A los policías.
- A los agentes de los servicios periféricos de la Administración penitenciaria.
- A los agentes de los servicios de transmisión del Ministerio del Interior.
- A los controladores de la circulación aérea y a los técnicos de instalaciones electrónicas de la navegación aérea.
- A los militares.

Es decir, al conjunto de los funcionarios encargados de realizar una misión de justicia, orden y seguridad pública.

El hecho de transgredir esta prohibición puede acarrear, en especial para el funcionario de policía, la separación del servicio sin garantía disciplinaria alguna.

*La reglamentación parcial del derecho de huelga en los servicios públicos*

Una Ley de 31 de julio de 1963 fija ciertas modalidades de ejercicio del derecho de huelga, con el fin de hacer compatible su uso con la continuidad del servicio público. He aquí sus principales rasgos característicos:

*Campo de aplicación*

Las disposiciones de esta ley se aplican, respectivamente:

— Al personal civil: funcionarios, agentes sin empleo de plantilla y obreros del Estado.

— Al personal civil: funcionarios, agentes sin empleo de plantilla y obreros de los departamentos y municipios de más de 100.000 habitantes.

— Al personal de las empresas, organismos y establecimientos públicos o privados, siempre que tales empresas, organismos y establecimientos estén encargados de la gestión de un servicio público.

Esta ley se aplica, además de a los agentes públicos, al personal de las empresas públicas que, en virtud del artículo 134-1 del libro 1 del Código del Trabajo, gozan de un estatuto legal o reglamentario particular, y al personal de las empresas y organismos de Derecho privado encargados de realizar una misión de servicio público: cajas de la Seguridad Social, sociedades de economía mixta, etc.

*La institución del preaviso de huelga*

Con el fin de evitar las huelgas por sorpresa, toda cesación pactada del trabajo debe ir precedida de un preaviso que detalle los motivos del recurso a la huelga.

Dicho preaviso debe emanar de aquella organización que en el plano nacional, o dentro del marco del sector profesional, o en la empresa, organismo o servicio interesado sea la más representativa, o de una de las que dentro de tales ámbitos sea la más representativa. Debe llegar cinco días antes de la iniciación de la huelga a la autoridad jerárquica o a la dirección del establecimiento, empresa u organismo interesado, y fijar el lugar, la fecha y la hora del comienzo, así como la duración, limitada o no, de la huelga.

Sobre la institución del preaviso de huelga procede formular las observaciones siguientes:

— Los sindicatos representativos disponen del monopolio de la formalización del preaviso y, por consiguiente, del derecho de iniciar una huelga.

— La huelga iniciada sin preaviso o por un sindicato no representativo adquiere la fisonomía de una «huelga salvaje» y expone a los huelguistas a una sanción disciplinaria.

— El preaviso repetido, que consiste en que una organización sindical representativa pueda formalizar todos los días un preaviso de huelga, sin que el mismo vaya seguido necesariamente de efecto alguno, con el fin de conservar así la libertad de acción, permite neu-

tralizar la ley a reserva del recurso a la teoría del abuso del derecho.

La práctica del preaviso de huelga no ha adquirido, sin embargo, todavía carácter de costumbre; choca con un fenómeno de rechazo a causa del hecho de que la eficacia de una huelga se halle a menudo en función de su efecto de sorpresa.

#### *Prohibición de las huelgas rotatorias*

Las huelgas rotatorias, es decir, los paros del trabajo que no afectan simultáneamente a todos los sectores, a todas las ramas, a todos los talleres de una empresa, están prohibidas. Tienden a desorganizar la empresa iniciando huelgas parciales por rotación.

Esta prohibición legal contradice la doctrina de la jurisprudencia, que últimamente había admitido el carácter lícito de estos movimientos en el sector industrial y comercial.

#### *Las sanciones disciplinarias*

Las sanciones aplicables a los agentes que hacen huelga sin haber observado la obligación del preaviso o habiendo acudido a la técnica de la huelga intermitente, son únicamente las sanciones disciplinarias previstas por los respectivos estatutos o por las disposiciones concernientes al personal interesado, con exclusión de toda sanción penal.

Las sanciones aplicables a los agentes públicos deben ir precedidas en cualquier caso de la pues-

ta de manifiesto del expediente. El consejo de disciplina debe, además, ser consultado obligatoriamente si las sanciones decretadas son la baja o la degradación. La baja no puede, en ningún caso, privar de los derechos pasivos.

#### *Las retenciones del sueldo*

En defecto de servicio prestado, aún en el caso de que la huelga sea lícita, el funcionario o agente en huelga no tiene derecho a remuneración alguna. Las instrucciones gubernativas aplicables a la función pública han prescrito como norma general, que en caso de huelga que afecte a una fracción de la jornada, sea retenida la remuneración correspondiente a la jornada entera, apoyándose a tal efecto en la regla contable de la «trigésima indivisible», según la cual el sueldo correspondiente a la jornada de trabajo no es susceptible de fraccionamiento.

La regla de la «trigésima indivisible», condenada implícitamente por el Consejo de Estado, ha sido legalizada por el artículo 4.º de la ley número 61.825, de 29 de julio de 1961, y la práctica que en los casos de huelga se ha hecho extensiva al personal del Estado y de los establecimientos públicos de carácter administrativo del Estado. La ley de 31 de julio de 1963 precisa, además, que para todo el personal comprendido dentro de su campo de aplicación, la «ausencia de servicio prestado como consecuencia de la cesación concertada del trabajo lleva consigo una reducción proporcional del sueldo o salario y de aquellos complementos que no fueren los devengados



por cargas familiares. No obstante, cualquiera que fuere la modalidad de la remuneración, la cesación del trabajo durante un período de tiempo inferior a una jornada de trabajo da lugar a una retención igual a la remuneración correspondiente a la jornada».

Con respecto a esta aplicación extensiva de la regla de la «trigésima indivisible» al caso de huelga, hay que señalar que:

1) No es aplicable al personal municipal empleado de los municipios de menos de 10.000 habitantes.

2) Podría conducir a la generalización del plazo mínimo de la huelga de un día en los servicios públicos, con lo cual parece ir a contracorriente del principio de la continuidad del servicio público, invocado, por otra parte, para limitar el derecho de huelga.

La jurisprudencia, había admitido en un primer momento que los agentes que atendieran a su servicio durante las jornadas de huelga sin tener servicio alguno a que atender durante tales jornadas, tenían derecho a su remuneración aun cuando no hubieran firmado la certificación que les exigía la Administración para justificar su servicio, pudiendo la demora en la liquidación de las sumas devengadas dar derecho, en su caso, al abono de intereses de demora. Sin embargo, el Consejo de Estado se ha adherido recientemente a la tesis de la Administración, según la cual cuando las específicas condiciones de ejercicio de las funciones de los interesados—enseñanza superior, concretamente—

impiden la comprobación administrativa de la no prestación del servicio está justificado el procedimiento de los partes de servicio; la Administración está ya autorizada a proceder a una retención en caso de huelga por el sólo hecho de que los agentes públicos no hayan cumplimentado los partes de servicio, a condición de que quede abierta a los interesados la posibilidad, en caso de litigio, de acreditar por cualquier medio de prueba idóneo, incluso una simple carta, que no tenían obligaciones de servicio o que las han cumplido.

#### LAS PRERROGATIVAS DEL PODER EJECUTIVO

Antes de la ley de 31 de julio de 1963 se había planteado la cuestión de saber si, en defecto de toda reglamentación legal, el Poder ejecutivo podía poner limitaciones al ejercicio del derecho de huelga, con el fin de garantizar la continuidad del servicio público o el mantenimiento del orden público. El Consejo de Estado se pronunció favorablemente ante tal cuestión y la jurisprudencia por la que se reconoce al Poder ejecutivo el derecho de suplir las lagunas del Poder legislativo conserva su plena actualidad. Por otra parte, la ley concede en determinadas circunstancias concretas al Poder ejecutivo el derecho de movilizar a los huelguistas.

Y, cosa curiosa, se ha visto aparecer en estos últimos tiempos el cierre patronal de los servicios públicos.

### *La limitación del derecho de huelga*

La limitación del derecho de huelga por el Poder ejecutivo se ha apoyado en la jurisprudencia sentada por el caso Dehaène y se ha ampliado al conjunto de la función pública mediante circulares ministeriales, a veces discutibles debido a su generalidad.

### *La doctrina Dehaène*

En la sentencia del caso Dehaène el Consejo de Estado sentó el principio siguiente:

Considerando que en ausencia de tal reglamentación el reconocimiento del derecho de huelga no podría tener como consecuencia la de excluir las limitaciones que deben ser impuestas a este derecho al igual que a cualquier otro, con miras a evitar un uso abusivo o contrario de las necesidades del orden público; que en el estado actual de la legislación corresponde al Gobierno, como responsable del buen funcionamiento de los servicios públicos, señalar por sí mismo, sin perjuicio del control del juez, la naturaleza y amplitud de dichas limitaciones en lo que concierne a tales servicios;

Considerando que una huelga que, cualquiera que sea su motivo, tuviera por efecto comprometer en sus atribuciones esenciales el ejercicio de la función prefectoral, implicaría una grave lesión del orden público; que, en consecuencia, el Gobierno ha podi-

do legalmente prohibir y reprimir la participación de los jefes de servicio de prefectura en la huelga de julio de 1948.

En la especie se trataba de una huelga del personal de las prefecturas, que tuvo lugar el 13 de julio de 1948. El Ministerio del Interior dispuso que todos los agentes de la autoridad de una categoría igual o superior a la de jefe de servicio (*chef de bureau*) que se declararan en huelga serían inmediatamente suspendidos. Varios jefes de servicio que participaron en el movimiento fueron inmediatamente suspendidos y, al reanudarse el trabajo, la suspensión fue sustituida por la represión. Seis jefes de servicio de la prefectura de Indre y Loira habían formulado recurso contra la sanción de que habían sido objeto, sosteniendo que el ejercicio del derecho de huelga reconocido por el preámbulo de la Constitución no podía constituir una falta que justificara una sanción disciplinaria.

El Consejo de Estado ha considerado, pues, que el Poder ejecutivo podía limitar el derecho de huelga de los funcionarios en defecto de una reglamentación legal y, no obstante las críticas de parte de la doctrina, esta jurisprudencia se ha extendido como una mancha de aceite.

### *Las circulares ministeriales*

Diversos ministros se apoyaron inmediatamente en la doctrina Dehaène para limitar por anticipado, e incluso prohibir, en caso de lesión grave del orden público o atentado a la seguridad de las

personas, asimismo de carácter grave, el ejercicio del derecho de huelga de los funcionarios. El Consejo de Estado debía, por otra parte, confirmar la validez de tales circulares y justificar la intervención a tal fin de la autoridad jerárquica, a reserva, sin embargo, de que las medidas adoptadas no condujeran a una prohibición general y absoluta del derecho de huelga, en especial cuando no resultare que la actividad del conjunto de las personas en cuestión fuera, en toda circunstancia, necesaria para evitar comprometer el funcionamiento de los servicios cuya continuidad sea indispensable para la acción de gobierno y para el orden público.

El Poder ejecutivo se ha encontrado así habilitado por la jurisprudencia del Consejo de Estado para definir un conjunto de medidas idóneas para garantizar el funcionamiento de los servicios esenciales en caso de huelga, medidas que han sido objeto de circulares gubernativas tendentes a:

1) Determinar los grupos de funcionarios y agentes que deban permanecer en sus puestos, es decir:

— Los que ejercen funciones de autoridad o de responsabilidad, en especial los jueces, los funcionarios depositarios de una parte del poder público y cuya presencia en el servicio de manera permanente es indispensable para la vida de la nación, los jefes o responsables de los establecimientos públicos.

— Los que, aun desempeñando tareas de ejecución, no pueden,

sin daño grave para el orden público, abandonar su puesto sin comprometer las relaciones interorgánicas indispensables para la acción de gobierno, para la seguridad física de las personas y para la conservación de las instalaciones y del material.

Los grupos de personal que, de este modo, deben permanecer en sus puestos en caso de huelga son objeto de designación específica por las autoridades competentes. Esta designación no constituye movilización.

2) Requerir, en su caso, un preaviso para la iniciación efectiva de la huelga, en especial en lo que concierne al personal que colabora en misiones de seguridad (el preaviso fue generalizado por la Ley de 31 de julio de 1963, que prohíbe toda huelga por sorpresa).

3) Garantizar la libertad del trabajo, especialmente prohibiendo a los agentes en huelga la ocupación de los locales administrativos.

4) Imponer sanciones disciplinarias a los funcionarios que, habiendo sido designados para que permanezcan en sus puestos, no obstante se declararen en huelga, sin perjuicio del control del juzgador del recurso por exceso de poder, llamado de este modo a apreciar el fundamento de la limitación impuesta al ejercicio del derecho de huelga.

Asimismo el Poder ejecutivo puede acudir, con arreglo a las condiciones que se examinan en lo que sigue, a la movilización del personal de los servicios públicos.

### *La potestad de movilizar*

Para hacer frente a la huelga de funcionarios, considerada a la sazón como ilícita, el Poder ejecutivo había recurrido desde antes de la guerra de 1914-1918 al expediente de convocar a los huelguistas para el cumplimiento de unos períodos de servicio militar de veintidós días. Pero con posterioridad el Poder ejecutivo fue dotado, en los períodos de crisis, de una doble potestad de movilización: militar y civil.

### *La movilización militar*

La movilización militar resulta de la Ley de 3 de julio de 1877, modificada por una Ley de 21 de enero de 1935, la cual autorizó esta movilización en todos los casos en que las circunstancias la exijan. Fue aplicada poco después de los acuerdos de Munich al conjunto de los agentes y obreros del Estado, de las colectividades públicas y de los servicios explotados en régimen de concesión, en previsión de una huelga general, siendo justificada, *ex post*, por el Consejo de Estado con el argumento de que una «desorganización del servicio público puede tener sobre el avituallamiento y la vida material del ejército las más graves repercusiones».

### *La movilización civil*

La movilización civil puede ser llevada a cabo:

— En virtud de la ley de 11 de julio de 1938 sobre la organización de la nación en tiempo de guerra, cuyos efectos fueron prorrogados

en tiempo de paz por una ley de 28 de febrero de 1950. En esta hipótesis, sólo contempla a las personas de sexo masculino de más de dieciocho años y debe ser previamente autorizada por decreto acordado en Consejo de Ministros.

— O en virtud de la ordenanza de 7 de enero de 1959, sobre organización de la defensa, que afecta a las personas de ambos sexos. En esta segunda hipótesis, la movilización civil resulta *ipso facto* de un decreto acordado en Consejo de Ministros por el que se decide la movilización general, el estado de prevención o medidas especiales. El artículo 45 de la mencionada ordenanza mantiene en vigor la precitada ley de 11 de julio de 1938.

Esta legislación excepcional no autoriza la movilización más que en los casos en que la huelga hace que algún servicio público importante, o la satisfacción de las necesidades esenciales del país o de la población, se vean expuestos a riesgos graves.

El Poder ejecutivo ha hecho uso, en diversas ocasiones, de la movilización civil dentro del marco de la ley de 11 de julio de 1938, en especial para movilizar al personal de la SNCF y de los servicios de Correos, Telégrafos y Teléfonos durante las huelgas del verano de 1953. Sin embargo, la movilización civil ha sido tenida en jaque por los mineros, que, con ocasión de las huelgas de 1963, condenaron a la hoguera a las órdenes de movilización, absteniéndose el Gobierno de informar de la más leve infracción cometida al respecto, para no chocar

frontalmente con la opinión pública.

Este último ejemplo muestra la dificultad con que tropieza el Poder ejecutivo cuando pretende trasladar al ámbito de los conflictos sociales una técnica jurídica concebida para la defensa nacional.

### *El recurso al cierre patronal*

El cierre patronal (*lock-out*) consiste en la prohibición del acceso de los asalariados a los lugares de trabajo y, por vía de consecuencia, la negativa por parte del empleador de poner a su disposición los instrumentos de trabajo. Se trata de una medida adoptada, bien preventivamente para salir al paso de una amenaza de huelga, bien como réplica a un movimiento de huelga que desorganiza la empresa. Se habla al respecto de «huelga patronal», si bien raras veces existe un acuerdo al efecto entre varios empleadores.

Ahora bien, si el derecho de huelga está legalmente reconocido, no existe derecho alguno al cierre patronal. La Corte de Casación considera, por otra parte, que, por ser ilegal, el cierre patronal constituye una infracción contractual imputable al empleador, salvo excepción de fuerza mayor o de réplica a una huelga ilícita.

Debido al principio de la continuidad del servicio público, la utilización del cierre patronal ha estado durante mucho tiempo relegada al sector privado. No obstante, en febrero de 1971 apareció, si no en la función pública, sí al menos en el sector público,

bajo la forma de la «suspensión de vuelos», en un conflicto suscitado entre los pilotos de línea, de un lado, y las tres compañías aéreas del otro.

La utilización del cierre patronal por los poderes públicos constituye, por antonomasia, un arma de doble filo, por cuanto que altera el principio mismo sobre el cual descansa, en muy gran parte, la limitación del derecho de huelga en el sector público. Esta es la razón de que hasta aquí no haya sido utilizado el cierre patronal en la función pública.

### EL CONTROL «EX POST» DEL JUEZ

El Consejo de Estado, aun reconociendo al Poder ejecutivo el derecho de limitar el derecho de huelga, principalmente por vía de circular, con la específica finalidad de garantizar el funcionamiento de un servicio público, se ha reservado el derecho a vigilar el uso que se haga de tal derecho a limitar el derecho de huelga. Por otra parte, la jurisprudencia traza una distinción teórica, que ya se ha hecho clásica, entre la huelga lícita y la huelga ilícita.

### *El control del exceso de poder*

El control del juzgador del exceso de poder se ejerce sobre las posibles limitaciones del ejercicio del derecho de huelga. El Consejo de Estado ha anulado, por ejemplo, una circular del ministro de Correos y Telégrafos, debido a que incurría en una designación excesivamente sumaria, hecha por medio de una simple referencia a una categoría jerárquica o retri-

butiva, de los agentes a los cuales se denegaba el ejercicio del derecho de huelga. En la especie, la circular contemplaba a todos los funcionarios de un cuerpo de la categoría A como partícipes de la acción de gobierno, por el solo hecho de su pertenencia a dicha categoría y no por razón de su función respectiva.

El juez vela así por que la limitación o prohibición del derecho de huelga por el Poder ejecutivo, motivadas por el carácter indispensable del funcionamiento de un servicio público o por el mantenimiento del orden público, no se traduzca en una prohibición general y absoluta del ejercicio del derecho de huelga.

El juez vela asimismo por el respeto de las garantías disciplinarias en los casos de sanciones por razón de huelga, aun cuando se trate de huelgas por motivos no profesionales, salvo si las mismas tienen lugar con violación de la ley.

#### LA DISTINCIÓN ENTRE HUELGA LÍCITA Y HUELGA ILÍCITA

Ciertamente, la huelga es ilícita cuando está expresamente prohibida. En tales casos puede dar lugar a sanciones disciplinarias que llegan hasta la separación del servicio. Pero, aparte de la prohibición expresa del derecho de huelga, ¿existen huelgas lícitas y huelgas ilícitas?

La jurisprudencia clásica hace una distinción entre las huelgas motivadas por un interés profesional, las cuales son lícitas, y las huelgas motivadas por un interés no profesional, es decir, político,

las cuales serían ilícitas. Esta distinción es puramente teórica, ya que, en realidad, en una economía moderna, en la que economía y política están íntimamente ligadas, resulta especialmente difícil para el juez desenmarañar la madeja.

La distinción entre la huelga exclusivamente política y la huelga estrictamente profesional debe ser manejada con mucha prudencia. De esta complejidad ha sacado el juez la conclusión jurídica que se imponía: la prueba del carácter político debe ser aportada por la Administración. Por su parte, la jurisprudencia se muestra sumamente exigente en cuanto a la naturaleza de las pruebas.

El derecho de huelga debe evidentemente ser compatible con el deber de reserva que se impone a todo agente en el ejercicio de sus funciones.

A pesar del arsenal jurídico creado, la huelga continúa siendo un fenómeno sociológico que se presta mal a una disciplina. La jurisprudencia sólo da a este respecto una imagen deformada de la realidad, ya que sólo toma cuerpo a partir de las huelgas abortadas, cuyas consecuencias encallan ante el pretorio.

#### Las franquicias sindicales: la conciliación de la libertad sindical con las prerrogativas del poder público

Durante varios decenios, las relaciones entre el sindicalismo y el poder público se han planteado en la función pública en términos de una clara oposición. El reconocimiento legal del derecho sindical

ha trastocado esta situación de hecho y replanteado tales relaciones en términos de una conciliación del ejercicio de la libertad sindical con las prerrogativas del poder público.

Para permitir que el derecho sindical se ejerza libremente, el poder público debe necesariamente ceder algunas de sus prerrogativas y conceder franquicias a los sindicatos y a sus militantes, a fin de que puedan desarrollar su actividad y defender correctamente los intereses colectivos de los agentes públicos.

Tales franquicias han nacido generalmente de la práctica, y la jurisprudencia del Consejo de Estado ha contribuido a menudo a generalizarlas. Actualmente están contenidas en la instrucción del primer ministro de 14 de septiembre de 1970, relativa al ejercicio de los derechos sindicales en la función pública, y a ella nos referiremos, conscientes, sin embargo, de que no se trata más que de una visión parcial de una realidad mucho más compleja y difícilmente aprehensible.

La instrucción de 14 de septiembre de 1970 sólo contiene un conjunto de medidas mínimas válidas para la totalidad de las Administraciones del Estado y de los establecimientos públicos de carácter administrativo, científico o cultural. Existen, en efecto, prácticas y a veces incluso circulares ministeriales que, según la índole de los servicios, el grado de penetración sindical, etc., crean franquicias sindicales más completas.

La instrucción precisa, por otra parte, que:

«Las disposiciones que han sido dictadas por el Gobierno como consecuencia de estos trabajos, completan las que se hallan actualmente en vigor en los distintos departamentos ministeriales. Aspiran a precisar y favorecer su aplicación armoniosa en todos los servicios; no podrían tener por efecto poner en tela de juicio las facilidades ya obtenidas por las organizaciones sindicales.»

Con estas reservas, expondremos en sus líneas generales las franquicias sindicales que resultan de la instrucción de 14 de septiembre de 1970, ya citada, y de la jurisprudencia del Consejo de Estado, dividiéndolas en tres grandes categorías, según que hagan referencia a las condiciones de ejercicio de los derechos sindicales, a las facilidades concedidas para el ejercicio de un mandato sindical y a la flexibilización del deber de reserva.

#### **Las condiciones del ejercicio de los derechos sindicales**

Para que la libertad sindical tenga un contenido concreto, es preciso que se concedan al sindicato unos medios de organización y de expresión para su uso en el lugar de trabajo. El movimiento sindical francés, debido a la hostilidad de los patronos y de los poderes públicos, con los cuales ha chocado desde su origen, se ha desarrollado esencialmente sobre la base del oficio, de la profesión y de las

bolsas del trabajo; es decir, en el exterior de la empresa.

Sin embargo, el fenómeno de la concentración industrial y de la urbanización ha hecho que la actividad sindical sea cada vez más difícil en el exterior. Debido al frecuente alejamiento del hábitat, el único lugar de reunión de los trabajadores del sector privado o de los agentes públicos es la empresa, la obra o el servicio.

El reconocimiento sindical de la sección sindical de la empresa, es decir, de la presencia sindical en el lugar de trabajo, había llegado a constituir, desde hacía algunos años, una importante reivindicación de los sindicatos, por otra parte reconocida a veces por los convenios colectivos. Fue consagrada, después de los acontecimientos de mayo-junio de 1968, por la ley de 27 de diciembre de 1968, relativa al ejercicio del derecho sindical en las empresas.

Las medidas previstas por la instrucción de 14 de septiembre de 1970 «responden en cuanto a su principio inspirador al mismo anhelo que inspirara la ley de 27 de diciembre de 1968, relativa al derecho sindical del sector privado, pero tienen en cuenta las diferencias fundamentales de estructura que separan a la función pública y las empresas privadas».

En lo que concierne al ejercicio de los derechos sindicales en el lugar de prestación del servicio, cabe distinguir las medidas previstas, los medios de organización y de expresión de los sindicatos en el lugar de prestación del servicio y, en menor proporción, los medios de protección de la acción sindical.

#### LOS MEDIOS DE ORGANIZACIÓN

La instrucción ministerial prevé la afectación de locales para usos sindicales, la posibilidad de que los sindicatos utilicen los locales administrativos y la autorización para la colecta de cotizaciones en las condiciones siguientes:

#### *Afectación de locales para usos sindicales*

«Cuando los efectivos de personal de un servicio ascendieren a doscientos agentes por lo menos, se pondrá a disposición de los representantes sindicales un local administrativo común, salvo imposibilidad material absoluta. Si la importancia de los efectivos del personal interesado lo justificare, se asignará, en la medida de lo posible, un local administrativo distinto a cada una de las organizaciones sindicales representativas.

Cuando varios servicios estuvieren reunidos en un mismo edificio o grupo de edificios y la situación inmobiliaria existente lo permitiere, se pondrá un local específico a disposición de los representantes sindicales dependientes de una misma federación o confederación. La representatividad se apreciará en función del conjunto de los servicios reunidos.

Las disposiciones de la presente instrucción deberán ser objeto de especial atención cuando se construyeren nuevos edificios administrativos.

En todo caso, los locales de-



berán ser idóneos para el ejercicio de la misión sindical.

La autoridad gestora del edificio o edificios regulará, de acuerdo con las organizaciones sindicales interesadas, las posibles modalidades de afectación y de instalación de los locales.»

— La afectación de los locales, la utilización de locales por los diversos sindicatos y la dotación de dichos locales con mobiliario, teléfono, máquinas de escribir o multícopiar, etc., debe ser objeto de acuerdo específico entre la autoridad gestora y las organizaciones sindicales interesadas.

#### *Uso de los locales administrativos*

«Las organizaciones sindicales podrán ser autorizadas para celebrar reuniones de información en el interior de los edificios administrativos. Tales reuniones no podrán estar destinadas más que al personal perteneciente a la Administración respectiva y deberán celebrarse fuera de las horas en que dicho personal estuviere de servicio.

Cuando estuvieren reunidos en un mismo edificio varios servicios, podrán utilizarse locales para reuniones destinadas al personal de uno o varios de los servicios reunidos en el edificio.

Asimismo podrán ser autorizadas las organizaciones sindicales siempre que las mismas no dispusieren de un local sindical o que las dimensiones del mismo fueren insuficientes

para celebrar, fuera de las horas de servicio, reuniones o asambleas estatutarias en el interior de los edificios administrativos si pudieren ser puestos a su disposición locales idóneos.

Salvo en caso de negativa del ministro interesado, todo representante competente o debidamente apoderado de una organización sindical tendrá, con arreglo a las condiciones detalladas por la presente instrucción, libre acceso a las reuniones celebradas en el interior de los edificios administrativos.»

#### *La colecta de cotizaciones*

«Las cotizaciones sindicales podrán ser colectadas por representantes debidamente apoderados de las organizaciones sindicales dentro del recinto de los edificios administrativos, fuera de los locales y de las horas de servicio.»

No obstante, la libre colecta de cotizaciones está ampliamente admitida en la práctica y reconocida por ciertas circulares ministeriales «a reserva de que de la misma no resulten molestias para la prestación del servicio».

#### *Los medios de expresión*

Dentro del espíritu de la ley de 27 de diciembre de 1968, la instrucción ministerial confirma el derecho sindical de fijación de anuncios y autoriza, lo cual es una novedad, la distribución de publicaciones sindicales (octavillas, periódicos, etc.).

### *La fijación de anuncios sindicales*

Ya en 1947, una circular llamada «circular Biondi» había afirmado el derecho a fijar anuncios con comunicaciones sindicales, pero la práctica había sido muy distinta, yendo desde la prohibición hasta la tolerancia, según el impacto de las fuerzas sindicales. La instrucción ministerial generaliza este derecho y prevé en la forma siguiente las condiciones de su ejercicio:

«Se reservará para la fijación de anuncios con informaciones de naturaleza sindical un lugar especial (o varios, en su caso) fácilmente accesible al personal y situado, en la medida de lo posible, fuera de los locales de acceso público. En cada edificio administrativo, y uno o varios por cada servicio, si en un mismo inmueble estuvieren reunidos servicios diversos.

Simultáneamente a la fijación de un documento en el lugar previsto, el jefe del servicio periférico si se tratare de un documento de origen local, y el subdirector general competente de la Administración central si se tratare de un documento creado a nivel central, serán informados de tal fijación, bien mediante el traslado de los documentos fijados, bien mediante notificación de su naturaleza y tenor.

El responsable administrativo de los edificios en los cuales fueren fijados anuncios con informaciones sindi-

cales será informado simultáneamente de tal fijación y del tenor de los anuncios fijados.»

La Administración no dispone de derecho alguno de control *ex ante* del anuncio sindical, pero, dado que sólo las informaciones de naturaleza sindical pueden ser adheridas en los paneles reservados a tal efecto, cabe preguntarse si no goza de una potestad de control *ex post* y del derecho a exigir, por ejemplo, el depósito de informaciones de carácter político.

La cuestión es realmente muy compleja, pues la dificultad, no superada hasta el momento, consiste en definir a este respecto los criterios que puedan ser aplicados. La estrecha interrelación existente, dentro del ámbito social y reivindicativo, de lo sindical y lo político determina, como había de reconocer el ministro de Asuntos Sociales con ocasión de los debates que dieron lugar a la aprobación por votación casi unánime de la ley de 27 de diciembre de 1968, «que no es potestad de nadie determinar con criterios precisos a partir de cuándo un texto reviste un carácter político».

No existe, que sepamos, jurisprudencia administrativa a este respecto, lo que tiende a probar que no existen conflictos graves entre la Administración y los sindicatos.

### *La distribución de las publicaciones sindicales*

«Las publicaciones de naturaleza sindical podrán ser distribuidas libremente dentro

del recinto de los edificios administrativos, a las horas de entrada y salida del trabajo.»

De este modo, la actividad sindical puede desarrollarse en el interior de los locales administrativos, pero ello no es posible, salvo tolerancia excepcional, más que fuera de las horas de servicio.

#### LOS MEDIOS DE PROTECCIÓN

La acción sindical significa con harta frecuencia un enfrentamiento con la autoridad jerárquica, que dispone de la potestad disciplinaria y de la facultad de apreciar unilateralmente el interés del servicio. Ahora bien, para evitar que los militantes sindicales sean víctima de medidas de retorsión o que, a la inversa, abusen de sus funciones sindicales, conviene conciliar el ejercicio del derecho sindical con la disciplina y el interés bien entendido del servicio.

#### *La conciliación de la función sindical y la disciplina*

Esta conciliación implica que se reconozca sucesivamente a los funcionarios investidos de un mandato sindical una cierta libertad de acción dentro del marco de sus funciones sindicales, sin que el uso de tal libertad pueda perjudicar excesivamente el buen funcionamiento del servicio.

La instrumentación de una conciliación de dos imperativos aparentemente contradictorios da lugar a una jurisprudencia matizada. Así, por ejemplo, se ha fallado:

— que no es reprehensible para un delegado sindical el hecho de haber penetrado en el interior de unos locales de servicio para invitar al personal a que se dirigiera a una reunión no autorizada celebrada por los huelguistas, habiéndose retirado el delegado una vez que hubo sido requerido a ello por el celador;

— que, en cambio, constituye falta disciplinaria el hecho de que un delegado sindical, advertido de la prohibición de celebrar la reunión proyectada, la organizara a pesar de todo durante las horas de servicio y en los locales administrativos del servicio o tomara parte en un acto colectivo de indisciplina;

— que, habida cuenta de las necesidades propias de los cuerpos de policía, el Gobierno ha podido legalmente prohibir «en los locales de la policía y sus anejos, la redacción, la impresión, la exposición o la difusión en cualquier forma, de periódicos, revistas, octavillas o publicaciones cualesquiera que tuvieran carácter político o que apelaran a la indisciplina colectiva».

La acción sindical, para ser compatible con el respeto a la disciplina, debe limitarse a la defensa de los intereses profesionales, con exclusión de todo carácter político, aun cuando a menudo sea imposible, como ya lo hemos subrayado, desenredar la madeja in-

extricable de lo político y lo profesional.

*El inconveniente de la apreciación unilateral del interés del servicio*

Si por regla general la tendencia consiste en facilitar por medio de una serie de disposiciones legales, reglamentarias y jurisprudenciales, el ejercicio de los derechos sindicales, se observan, no obstante, algunas sentencias que van contra corriente, dando la primacía absoluta al interés del servicio sobre el ejercicio del derecho sindical. El Consejo de Estado ha considerado que estaba justificada la negativa de la autoridad jerárquica competente a destinar a un agente a una Administración en la cual su actuación sindical pudiera ser perjudicial para la buena marcha del servicio, así como la posibilidad de que un jefe de un servicio periférico tuviera en cuenta para apreciar las necesidades del servicio, toda clase de consideraciones, aun cuando hicieren referencia a las actividades sindicales de los agentes.

Esta jurisprudencia suscita en nosotros expresas reservas, ya que soslaya las disposiciones del artículo 13 del estatuto general de funcionarios, que indica que «no podrá figurar en el expediente anotación alguna que haga referencia a las opiniones políticas, filosóficas o religiosas». Tales disposiciones implican, como precisa el artículo 2 de la ley de 28 de abril de 1952, aprobatoria del estatuto del personal municipal, que «la pertenencia o la no pertenencia a un sindicato no debe aca-

rrrear consecuencia alguna en lo que concierne al ascenso, al destino, y, de manera general, a la situación de los agentes».

En caso de conflicto entre el ejercicio de funciones sindicales y la apreciación del interés del servicio hecha por la autoridad jerárquica, el litigio debería poder ser elevado a una instancia paritaria, la cual se convertiría así en la guardiana del ejercicio del derecho sindical.

En rigor, hay relativamente pocos conflictos relativos al ejercicio del derecho sindical que sean sometidos a las jurisdicciones administrativas, en comparación con los conflictos que en el sector privado se plantean a igual título ante los tribunales ordinarios.

Si la protección de los militantes sindicales está todavía poco elaborada en el interior del servicio, dichos militantes gozan, en cambio, de facilidades importantes que les exoneran del servicio para poder cumplir sus funciones sindicales.

**Las facilidades concedidas a los representantes sindicales**

La instrucción ministerial no prevé, contrariamente a la ley de 27 de diciembre de 1968, delegados sindicales, pero concede a los representantes sindicales ciertas facilidades para que los mismos puedan cumplir su misión. Tales facilidades consisten en autorizaciones especiales de ausencia y dispensas de servicio.

Son representantes sindicales, en el sentido de la instrucción ministerial, unos militantes que se hallan investidos de funciones pu-

ramente sindicales. Hay que distinguirlos, cuando menos teóricamente, ya que puede haber acumulación de funciones, de los designados o elegidos para participar en las actividades institucionales administrativas, a saber, sesiones del Consejo Superior de la Función Pública, de los comités técnicos y comisiones administrativas paritarias, de grupos de trabajo, de los consejos de administración de los organismos sociales o mutualistas, y, en particular, de las Cajas de la Seguridad Social, de los hospitales, establecimientos docentes, de las CODER (Comisión de Desarrollo Económico Regional). Para dedicarse a estas actividades, los funcionarios designados para asistir a las sesiones de tales órganos disponen del tiempo necesario, que se les concede previa exhibición de la convocatoria.

A las autorizaciones especiales de ausencia y a las dispensas de servicio conviene añadir para completar el cuadro la comisión de servicio para el ejercicio de un mandato sindical y las licencias legales de formación sindical.

#### LAS AUTORIZACIONES ESPECIALES DE AUSENCIA

La instrucción ministerial precisa las modalidades y la aplicación de las autorizaciones especiales de ausencia previstas por el artículo 3 del decreto 59.310, de 14 de febrero de 1959, de la manera siguiente:

«Estas autorizaciones podrán ser concedidas para asistir a las sesiones de los órganos

estatutarios de las organizaciones sindicales:

a) Con ocasión de las reuniones de los organismos directores confederales o federales o de sindicatos nacionales o de uniones departamentales o regionales que requieran la presencia de sus miembros electos.

Conforme a las disposiciones del artículo 14 de la ordenanza número 59-244, de 4 de febrero de 1959, la lista de tales agentes deberá haber sido comunicada previamente a la Administración.

b) Con ocasión de la convocatoria de los congresos sindicales federales, confederales e internacionales. Sólo puede considerarse congreso a los efectos de la aplicación de la presente disposición una asamblea general definida como tal en los estatutos de la organización considerada y que tenga por objeto invitar al conjunto de los miembros a pronunciarse sobre la actividad y la orientación del sindicato, bien directamente, bien por medio de delegados especialmente apoderados a tal efecto.

Los agentes mandatarios que tuvieren que obtener una autorización deberán haber sido designados de conformidad con las disposiciones de los estatutos de su organización, y deberán acreditar el mandato de que hubieran sido investidos.

Las autorizaciones especiales de ausencia previstas para

participar en las actividades estatutarias sindicales se concederán a razón de un máximo de diez días por año. Dicho máximo se elevará a veinte días en el caso de los representantes sindicales que asistan a las reuniones de los organismos directores previstas *sub a)*, *supra*, así como a los congresos internacionales.

Para el cómputo de tales plazos no se incluirán los períodos de desplazamiento.

Según las disposiciones ya en vigor, las autorizaciones especiales de ausencia se considerará que deben ser obtenidas de pleno derecho; no obstante, deberán ser objeto de una petición del interesado, hecha con una antelación de veinticuatro horas por lo menos, y acompañada de la convocatoria.

Los representantes sindicales estarán asimismo autorizados para ausentarse con el fin de asistir a las audiencias concedidas por las autoridades administrativas, bien por iniciativa de éstas, bien a petición de los sindicatos.»

La concesión de las autorizaciones especiales de ausencia no entra en el cómputo de las vacaciones anuales, es decir, que su duración no se imputa a la de las vacaciones anuales.

#### LAS DISPENSAS DE SERVICIO

«El sistema de las autorizaciones especiales de ausencia, que está vinculado a la

asistencia a reuniones, no podría bastar para el normal desarrollo de la actividad sindical en la función pública. Es necesario establecer en todos los departamentos ministeriales un régimen que permita a los funcionarios que ostenten la calidad de representante sindical consagrarse durante sus horas de servicio a su actividad sindical, como lo prevé, por otra parte, para las empresas privadas la ley de 27 de diciembre de 1968 sobre el ejercicio del derecho sindical. Las características esenciales de este régimen se inspiran en soluciones ya admitidas de hecho en la mayor parte de las administraciones del Estado.»

#### *La noción de dispensa de servicio*

«La noción de dispensa de servicio consiste en la autorización dada a los funcionarios para que ejerzan durante sus horas de servicio una actividad sindical en la sede y lugar de su actividad normal.

Las dispensas de servicio podrán ser totales o parciales. Las dispensas no modifican la situación estatutaria de los funcionarios interesados: éstos permanecerán en situación de actividad en sus cuerpos y gozarán de los beneficios resultantes de las disposiciones que hacen referencia a tal situación.»

*Principios observados para determinar las dispensas de servicio*

La diversidad de las estructuras y la desigual importancia de las administraciones no permiten fijar unos criterios uniformes para delimitar la amplitud de las dispensas de servicio. La instrucción ministerial prevé que «cada ministro determine, de acuerdo con las organizaciones sindicales, las disposiciones aplicables a su departamento, conciliando de la mejor manera posible los intereses del servicio y las necesidades del sindicato», y a fin de armonizar las disposiciones que debieren ser dictadas en el conjunto de las administraciones, fija los principios en que las mismas debieran inspirarse, los cuales pueden resumirse así:

a) La concesión de dispensas de servicio no debe ser obstáculo a la concesión de la autorización especial de ausencia ni a la comisión de servicio para el ejercicio del mandato sindical cuando las funciones o el mandato llevaren aparejadas obligaciones que impidieren atender normalmente al ejercicio de las funciones.

b) En el plano nacional, el número de dispensas totales o parciales que puedan concederse tanto a las organizaciones sindicales como a las federaciones u otros organismos que las agrupen, deberá ser determinado en función de su representatividad, apreciada según los criterios tradicionales, pero teniendo en cuenta el conjunto de los efectivos, comprendidos o no en la plantilla, de la Ad-

ministración considerada. El resultado de las elecciones para las comisiones administrativas paritarias debe constituir un elemento importante de apreciación para cada cuerpo de funcionarios.

c) En el plano periférico, al menos en las administraciones que comprenden servicios periféricos importantes y en los establecimientos públicos, los jefes de servicio pueden ser habilitados para conceder dispensas dentro de los límites que corresponda fijar a cada ministro interesado. La importancia de estas facilidades y su distribución entre las distintas organizaciones sindicales se determinan teniendo en cuenta su representatividad.

d) Dentro del marco de las dispensas de servicio que se les conceden, las organizaciones sindicales designan libremente a aquellos de sus representantes que gozan de tales dispensas y comunican al ministro la lista de los mismos. El ministro puede, en la medida en que la designación de un funcionario se revela incompatible con la buena marcha de la Administración, requerir a la organización sindical a que elija a otro funcionario.

El Consejo de Estado ha dado carácter oficial a la noción de dispensa de servicio por razón de actividades sindicales y ha estimado que la existencia de una dispensa no impide que su titular pueda gozar de un ascenso, a reserva de que la autoridad jerárquica decida si tal dispensa debe o no ser mantenida.

Los funcionarios investidos de un mandato sindical pueden bene-

ficiarse de la comisión de servicio (*détachement*) cuando el mandato lleve consigo obligaciones que impidan atender normalmente al ejercicio de la función.

#### LA COMISIÓN DE SERVICIO

La comisión de servicio de los militantes sindicales suscita una cuestión delicada en lo que respecta a su calificación, que condiciona el ascenso, del cual, a su vez, pueden continuar beneficiándose en sus cuerpos. En principio, el funcionario en comisión de servicio es calificado por el jefe del servicio del cual depende en la Administración o servicio en que se halla en comisión de servicio. Ahora bien, los funcionarios en comisión de servicio en una organización sindical no pueden ser calificados por ésta.

Asimismo, una instrucción de 28 de septiembre de 1949 recomendó a las administraciones que concedieran a los interesados ascensos de nivel de acuerdo con el ritmo medio al que el ascenso se produce dentro del empleo considerado. En lo que respecta al ascenso por elección, y más concretamente a las promociones a nuevo empleo, se invita a las administraciones a que las condicionen a la justificación de las aptitudes necesarias para el ejercicio de las tareas del puesto jerárquicamente superior, tomando como punto de referencia el comportamiento de los interesados en el servicio antes de la comisión. Este procedimiento no es muy satisfactorio, ya que prácticamente

bloquea todo ascenso por elección de los militantes sindicales.

De hecho, diversas administraciones dispensan de todo servicio a determinados militantes sindicales, sin ordenar el pase de los mismos a la comisión de servicio y aceptando la obligación de atender a su retribución, en tanto que la comisión de servicio obligaría a las organizaciones sindicales a hacerse cargo de su retribución. El paso a la situación de disponibilidad no está previsto por el estatuto general, pero el Consejo de Estado le reconoce, sin embargo, un específico alcance jurídico.

#### LAS LICENCIAS DE FORMACIÓN SINDICAL

Dentro de lo abarcado por esta expresión cabe distinguir las licencias destinadas a favorecer la educación obrera y, sobre todo, sindical, y las licencias destinadas a favorecer la formación de los dirigentes y animadores de la juventud.

#### *Las licencias de educación obrera*

En virtud del artículo 36-5.º, de la Ordenanza de 4 de febrero de 1959, todo funcionario en activo tiene derecho a una licencia destinada a favorecer la educación obrera, de una duración máxima de doce días laborables. Durante dicha licencia, que se concede previa petición, los emolumentos del funcionario quedan reducidos al importe de las retenciones legales por derechos pasivos y seguros sociales que corresponden a su em-



pleo, conservando el interesado asimismo sus derechos en cuanto a la totalidad de los suplementos por cargas familiares.

Según las disposiciones del decreto, que fija las condiciones de la concesión de esta licencia, el curso o sesión de educación obrera sólo pueden ser organizados por los centros o institutos que figuran en una lista aprobada por orden del ministro encargado de la función pública y que, en parte, dependen de las organizaciones sindicales más representativas.

La petición debe ser presentada, por lo menos, un mes antes del período del curso o sesión. El beneficio de la licencia no puede ser denegado más que si las necesidades del servicio se oponen a ello y previa consulta de la comisión administrativa paritaria en pleno. El total de los funcionarios de un cuerpo que se considera que puede gozar de esta licencia en el curso de un mismo año no puede exceder del 5 por 100 de la plantilla presupuestaria del cuerpo.

El organismo encargado de la sesión o curso expide al funcionario un certificado acreditativo de la asiduidad del interesado, el cual la entrega al jefe del servicio en el momento de su reincorporación a sus funciones.

#### *La licencia de formación de dirigentes y de animadores de educación popular*

Por último, los trabajadores asalariados y aprendices de ambos sexos del sector público y del privado de menos de veinticinco años de edad que deseen participar en las actividades dirigidas de las or-

ganizaciones juveniles y de educación popular, de federaciones y asociaciones deportivas y de excursionismo legalmente constituidas, destinadas a favorecer la preparación, la formación o el perfeccionamiento de los dirigentes y animadores, tienen derecho a disfrutar, previa petición, de una licencia no remunerada de seis días laborables que puede ser disfrutada de una vez o en dos veces.

Las condiciones de la concesión de esta licencia especial a los funcionarios, fijadas por un decreto, son sensiblemente idénticas a las que rigen en materia de licencias de formación obrera.

#### **La flexibilización del deber de reserva**

El deber de reserva constituye la contrapartida negativa de la libertad de opinión que se reconoce a los funcionarios y a los agentes públicos como a cualesquiera otros ciudadanos. Pero si, en principio, la libertad de opinión lleva consigo la libre manifestación de las opiniones, el hecho de que un funcionario se halle al servicio del Estado implica que, dentro de la preocupación por la buena marcha del servicio, esté obligado a guardar cierta reserva en cuanto a la manifestación de sus opiniones personales.

Especie de correctivo de la libertad de opinión del funcionario, el deber de reserva se aprecia de manera diferente, según la función, el puesto o la situación jerárquica del interesado. Tiende a hacerse más flexible especialmente con respecto a los militantes

sindicales, que en mayor medida se hallan investidos de la misión de defender los intereses profesionales de sus colegas.

#### DEFINICIÓN DEL DEBER DE RESERVA

El deber de reserva apenas puede ser definido más que dentro del marco de la deontología de la función pública, es decir, con relación a las obligaciones profesionales afines impuestas a los funcionarios y subrayando su carácter específico.

#### *Su distinción de las obligaciones profesionales afines*

El deber de reserva se distingue de las demás obligaciones que se derivan de la prestación de los servicios: deber de obediencia, respeto al secreto profesional y discreción profesional, en que está más directamente vinculado al comportamiento del funcionario en cuanto ciudadano.

#### *El deber de obediencia*

El principio jerárquico en el cual descansa la función pública implica por parte del funcionario un deber de obediencia en la prestación de sus servicios. Obedecer es ejecutar las órdenes del superior jerárquico.

El superior jerárquico puede, en efecto, dar órdenes a sus subordinados, suspender, anular o reformar sus actos, tanto por motivos jurídicos como por motivos de oportunidad, pero debe respetar las competencias atribuidas a un agente público. La jurisprudencia declara inadmisibles toda demanda

procedente de un subordinado y tendente a impugnar por la vía del recurso por exceso de poder, las órdenes de su superior jerárquico, salvo en caso de atentado contra sus propias prerrogativas o de riesgo para las garantías estatutarias.

Pero el deber de obediencia no es siempre ilimitado. En ocasiones entra en colisión con los principios de independencia de los agentes públicos y de respeto de la legalidad.

Determinados agentes públicos gozan, debido a sus funciones, de independencia frente a la autoridad jerárquica. Citemos algunos ejemplos:

— Los abogados fiscales, si bien están sometidos a la autoridad del guardasellos, recobran la libertad de palabra en la audiencia pública; a este respecto se dice de ellos «que la pluma es sierva, pero la palabra es libre».

— La opinión de los comisarios del Gobierno ante los tribunales contencioso-administrativos no depende más que de su conciencia.

— La Ley de Orientación de la Enseñanza Superior precisa que «los docentes y los investigadores gozarán de plena independencia y de entera libertad de expresión en el ejercicio de su función de docencia y de sus actividades de investigación», bajo las reservas que les imponen, de conformidad con las tradiciones universitarias y con las disposiciones de la presente ley, los principios de objetividad y tolerancia.

El manejo del respeto a la legalidad es mucho más delicado. Bajo el régimen de Vichy, la ley de 14 de septiembre de 1941 afirmaba la

primacia del deber de obediencia sobre el respeto a la legalidad. El estatuto general de funcionarios calla acerca de esta cuestión. El Consejo de Estado, que ha tenido que pronunciarse sobre el particular, estima, sin embargo, que el «funcionario o agente público comete una falta si ejecuta una orden manifiestamente ilegal y capaz de comprometer gravemente el funcionamiento del servicio».

En cierto caso, unos funcionarios de policía investidos de obligaciones sindicales habían sido destinados irregularmente a Argelia. Se habían negado a incorporarse a su puesto alegando el motivo de que las órdenes por las que se les destinaba eran ilegales. Los funcionarios fueron, por tal razón, separados del servicio. El Consejo de Estado confirmó la sanción fundándose en que, suponiendo que las órdenes hubieran sido manifiestamente ilegales, no eran capaces de comprometer gravemente el funcionamiento del servicio.

La apreciación de si una orden ilegal puede comprometer o no gravemente el funcionamiento del servicio es una de las más subjetivas. Dentro del marco de una política de concertación cuyo principio se admite en general, ¿no deberían las medidas de retorsión contra los militantes sindicales ser consideradas como capaces de comprometer gravemente el funcionamiento del servicio?

La jurisprudencia, que se inspira en la teoría de las «bayonetas inteligentes», no puede más que suscitar la adhesión en la medida en que una aplicación restrictiva en exceso no dé al traste con el principio mismo.

### *El respeto al secreto profesional*

Se entiende por secreto profesional la prohibición hecha a los funcionarios, bien en virtud del artículo 378 del Código Penal, bien en virtud del secreto especial al cual están sujetos (los empleados de Correos y Telégrafos y los agentes del fisco, por ejemplo), de revelar, tanto a particulares como a una Administración pública que carezca de la aptitud legal requerida para tener conocimiento de ellos los secretos que afecten a los administrados y que les sean confiados.

El artículo 378 del Código Penal castiga no solamente a los médicos, cirujanos, comadronas, farmacéuticos, etc., sino, de manera general, a toda otra persona que siendo, por su estado, o por su profesión, o por razón de funciones temporales o permanentes, depositaria de secretos que se le confían hubiere revelado tales secretos fuera de los casos en que la ley le autoriza a constituirse en denunciante.

La interpretación del artículo 378 supone un secreto confiado, es decir, una confidencia expresamente hecha por un tercero y no el simple conocimiento fortuito de unos hechos, más o menos secretos, al margen de toda confidencia. El deber de secreto no afecta más que a los hechos cuya revelación pudiera poner en juego intereses particulares. No se aplica a secretos de orden político o administrativo.

La violación del secreto profesional puede acarrear, además de sanciones disciplinarias, una responsabilidad penal o civil, principalmente en el supuesto de que el

agente haya cometido una falta personal separable del ejercicio normal de sus funciones.

### *La discreción profesional*

El artículo 10 del Estatuto general de la Función Pública dispone que:

«Independientemente de las reglas instituidas en el Código Penal en materia de secreto profesional, todo funcionario está sujeto al deber de discreción profesional para con todo aquello que hiciere referencia a los hechos e informaciones de que tuviere conocimiento en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de tal ejercicio.»

El deber de discreción profesional tiene por efecto:

1) Prohibir toda detracción y comunicación, contrarias a los reglamentos, de documentos del servicio.

2) Vincular a los funcionarios en lo que respecta a los hechos o informaciones de que tuviere conocimiento en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de tal ejercicio.

Poco importa a este respecto el carácter secreto. Basta con haber divulgado aquello que no estaba destinado a serlo, cualquiera que sea, por otra parte, la manera en que el interesado hubiera tenido conocimiento de ello.

La jurisprudencia ha tenido ocasión de pronunciarse, entre otras ocasiones, con motivo de una represión infligida a un funcionario del Ministerio de Marina que, a tí-

tulo de secretario sindical, había divulgado en el tablón de anuncios un proyecto de instrucción en preparación relativo a los horarios de trabajo. Interpuesto recurso por la interesada, alegando que, al no trabajar en la unidad en la cual había sido preparada la instrucción en cuestión, no podía haber tenido conocimiento de ella «en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de tal ejercicio», el Consejo de Estado estimó en la especie que ni la circunstancia de que el agente no perteneciera al servicio interesado, ni la calidad de secretario sindical dispensan a un funcionario del deber de discreción.

No obstante, en defecto de violación del secreto profesional, la infracción del deber de reserva no puede acarrear más que una sanción disciplinaria.

El deber de reserva se diferencia de los diversos deberes profesionales, tales como los de obediencia, secreto y discreción, en que hace referencia específicamente a la manifestación de las opiniones personales del funcionario.

### *Especificidad de la noción de reserva*

Algunos quieren ver en la noción de reserva una supervivencia de la lealtad política en otro tiempo exigida al funcionario y que se manifestaba en la forma de la prestación obligatoria de un juramento de fidelidad al poder constituido. Ahora bien, lo que separa fundamentalmente la noción de reserva de la lealtad es la libertad de opinión reconocida al funcionario.

En consecuencia, el deber de reserva sólo puede concebirse como un correctivo que puede oponerse a la manifestación de las opiniones personales del funcionario en correlación con su situación jerárquica, a fin de evitar abusos capaces de perjudicar la buena marcha del servicio.

*El correctivo de la manifestación de las opiniones personales*

La Declaración de los Derechos del Hombre de 1789 y el preámbulo de la Constitución afirman el principio de la libertad de opinión y de conciencia en estos términos: «Nadie podrá ser objeto de lesión en su trabajo o empleo por razón de sus opiniones o de sus creencias.» El Estatuto general de Funcionarios refuerza la aplicación de este principio, disponiendo que «no podrá figurar en el expediente (del funcionario) anotación alguna que hiciere referencia a las opiniones políticas, filosóficas o religiosas del interesado».

De este modo, todo funcionario es libre de profesar sus propias opiniones, libre de adherirse al sindicato o partido político de su elección y, en su caso, libre de ser candidato a las diversas elecciones profesionales o políticas. No obstante, si la libertad de conciencia es absoluta, el funcionario, tanto en el ejercicio de sus funciones como fuera de dicho ejercicio, sólo debe expresar sus opiniones personales con la moderación necesaria, con el fin de no perjudicar a la buena marcha del servicio.

En la prestación de sus servicios el funcionario está sujeto al «deber

de estricta neutralidad que se impone a todo agente que colabora en un servicio público». Es decir, que no debe hacer de su función ni un instrumento ni una ocasión de propaganda o de discriminación entre los administrados. Fuera del servicio, el funcionario no debe dar a la expresión de sus opiniones una forma grosera o insultante para los poderes públicos o sus superiores jerárquicos, ni capaz de obstaculizar el funcionamiento normal del servicio público.

Así, por ejemplo, constituyen infracciones del deber de reserva:

— Los ataques violentos vertidos contra el alcalde por un secretario municipal en la prensa local.

— La distribución de octavillas en las que se criticaba la actuación de la policía en el curso de una huelga por un policía de paisano en las proximidades de su comisaría.

— El hecho de que un inspector general de Correos y Telégrafos critique durante la campaña electoral la gestión de su ministro, etc.

El deber de reserva no figura en el Estatuto general de Funcionarios. Es una creación jurisprudencial. La expresión fue recogida por primera vez en un texto legal mediante el artículo 10 de la ordenanza de 22 de febrero de 1958, aprobatoria del Estatuto de la Magistratura.

*La correlación con la situación jerárquica del interesado*

La infracción del deber de reserva se aprecia en función de la situación jurídica del funcionario

interesado. Sin duda alguna, tal deber es menos estricto en el caso de un encargado de conservación que en el de un alto funcionario.

En el límite, en el caso de los grandes dignatarios del Estado, cuyos nombramientos y destitución corresponden a la discreción del poder político, el deber de reserva se halla muy próximo al deber de lealtad, debido a su estrecha participación en el ejercicio del poder, es decir, en la elaboración de las decisiones que orientan la vida de la nación. A la inversa, la jurisprudencia admite, y ello sin grandes restricciones, que en el caso de los funcionarios investidos de un mandato sindical el deber de reserva sea interpretado con flexibilidad.

#### EL DEBER DE RESERVA DE LOS RESPONSABLES SINDICALES

Los responsables sindicales están sujetos, como todos los demás funcionarios, al deber de reserva, pero tal deber debe hacerse necesariamente compatible con el ejercicio de la libertad sindical. Por consiguiente, debe reconocerse una mayor libertad de expresión a los militantes sindicales, a reserva que de la misma no se haga un uso abusivo.

#### *Extensión de la libertad de expresión*

El funcionario investido de un mandato sindical para la defensa de los intereses materiales y morales de sus colegas debe, en gran medida, sustraerse a los deberes

a los cuales está sujeto en su calidad de funcionario y gozar, por consiguiente, de una mayor libertad de expresión.

De este modo, el Consejo de Estado:

— Ha decidido que no había cometido falta disciplinaria alguna el secretario general de un sindicato de funcionarios que había protestado en tal calidad en una carta redactada en términos violentos y dirigida a su ministro, contra una medida disciplinaria adoptada para con un agente del Ministerio.

— Ha anulado la destitución del secretario general de la Federación Sindical del Personal de Policía, que había remitido a la prensa, con miras a su publicación, comunicados de la organización en los que se protestaba contra la eventualidad de una sanción contra él y después contra la suspensión por cinco días que le había sido infligida.

Más recientemente, en relación con la actividad del Sindicato de la Magistratura, que, como en otro tiempo los demás sindicatos de funcionarios, suscita grandes pasiones, el guardasellos recordó en una resolución ministerial de consulta, de 12 de junio de 1974, que el deber de reserva no puede ser obstáculo al ejercicio de la acción sindical, expresándose en estos términos:

«La cuestión planteada por el honorable parlamentario evoca el problema del ejercicio de los derechos sindicales por los dirigentes de las organizaciones sindicales de jue-

ces. Los interesados están sujetos al deber de reserva que se impone a todos los miembros de la carrera judicial. De conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado, tal deber no puede, sin embargo, ser obstáculo al ejercicio de su acción sindical y, en consecuencia, a condición de que aquéllos se expresen con prudencia y moderación, ser objeto de ciertos correctivos en lo que a ellos respecta.»

Esta extensión de la libertad de expresión no carece de límites y supone que sean sancionados los abusos que pudieran ser cometidos por los interesados.

#### *La sanción disciplinaria de las infracciones inoportunas*

Teóricamente, desde el momento que se reconoce mayor libertad de expresión a los responsables sindicales, sólo las infracciones inoportunas contra el deber de reserva deberían poder dar lugar a sanciones disciplinarias. Sin embargo, la jurisprudencia presenta matices diversos a este respecto.

Así, el Consejo de Estado ha declarado que, al firmar un acuerdo celebrado entre su sindicato y un sindicato de un país extranjero, el secretario general de la Federación Nacional de Trabajadores de Correos, Telégrafos y Teléfonos, habida cuenta de los términos del acuerdo y de su carácter político, cometió una falta disciplinaria, no obstante su calidad de dirigente de un sindicato de funcionarios.

Reaparece aquí, como en el caso de la huelga, el criterio distintivo del carácter político o profesional de la actuación sindical.

Más recientemente, el Consejo de Estado confirmó, en contra del dictamen del comisario del Gobierno, en la especie, el apercibimiento hecho por infracción del deber de reserva a un juez que, después de haber firmado una protesta en la que se criticaba la resolución adoptada, a instancia del Colegio departamental de procuradores, por el presidente del tribunal al cual pertenecía dicho juez, de relevar de las funciones de juez tasador al juez que las ejercía anteriormente y confiarlas a otro juez, participó en la difusión de dicha protesta, cuya copia había sido remitida al presidente del Colegio departamental de procuradores. En la especie se trataba de la secretaria de una sección local del Sindicato de la Magistratura y el hecho de haber hecho pública la protesta, dirigiéndola al presidente del Colegio de Procuradores fue considerado como infracción del deber de reserva.

Esta resolución, dictada en un clima pasional, resulta particularmente severa en relación con el artículo 10 del Estatuto de la Magistratura, que prohíbe sencillamente a los jueces «toda demostración de naturaleza política, incompatible con la reserva que les imponen sus funciones» y habida cuenta de la calidad de secretario sindical del juez interesado.

Sea como fuere en la especie, el Consejo de Estado procura, en general, respetar el equilibrio entre el deber de reserva, que es la tra-

ducción en la función pública del principio de la subordinación jerárquica, y el ejercicio de la libertad sindical, que implica una extensión necesaria de la libertad de expresión de los responsables sindicales.

El reconocimiento de la libertad sindical conduce así al poder público a renunciar a algunas de sus prerrogativas a fin de:

1) Conceder a los sindicatos de funcionarios la posibilidad de organizarse en el mismo lugar en que prestan sus servicios: afectación y uso de locales, fijación de anuncios y carteles y distribución de publicaciones sindicales.

2) Facilitar la actividad de los representantes sindicales mediante la concesión de autorizaciones de ausencia, de dispensas de servicio, comisiones de servicio y licencias de formación sindical.

3) Flexibilizar el deber de reserva, lo que se traduce en una extensión de la libertad de expresión de los responsables sindicales.

La actividad sindical goza así de mayores facilidades en el sector público que en el sector privado, en el cual, a pesar de la ley de 27 de diciembre de 1968 sobre el reconocimiento de la sección sindical, la penetración sindical continúa tropezando con la hostilidad de una gran parte de los patronos.

Estas facilidades, unidas a la seguridad del empleo por parte de los funcionarios, se traducen en una tasa de sindicalización más elevada en el sector público que en el sector privado.

### Conclusión general

La introducción del sindicalismo en la función pública ha modificado ciertas normas que no hace mucho se podían considerar inmovibles. El principio de la autoridad jerárquica debe, ya desde 1945, coexistir con las garantías estatutarias de los funcionarios y de los agentes públicos de plantilla, con la participación de los representantes sindicales o de los representantes del personal en los organismos paritarios y con las franquicias sindicales. Si el paritarismo apenas supera por ahora el estadio de la consulta previa, constituye ya una garantía contra la arbitrariedad.

Por otra parte, el Estado-patrono, que para gestionar los servicios públicos debe contar cada vez más con los hombres y las mujeres que se consagran al mismo sin experimentar otras satisfacciones que unos medios de subsistencia a menudo muy modestos, se ha visto conducido a discutir periódicamente con las organizaciones sindicales representativas, las remuneraciones públicas, las reformas de las diversas categorías y las condiciones de trabajo. Y si, debido al «cepo presupuestario» en el cual se halla todavía encerrada, la concertación está todavía a medio camino entre una política autoritaria de rentas y la negociación colectiva, no por ello deja de representar a los ojos de las organizaciones sindicales un primer paso que abre el camino a otros, en especial a la renovación de las técnicas jurídicas al objeto de armonizar en la función pública el carácter contractual de la



negociación colectiva y la situación estatutaria y reglamentaria de los funcionarios.

De este modo, el sindicalismo, punta de lanza del progreso social, obedeciendo a su propia dinámica, no ha dejado de suscitar la admiración por los cambios que

es capaz de promover y que, al cabo de los años, acabarán por ganar, de grado o por fuerza, carta de ciudadanía en la función pública.

Resumen y traducción de  
MANUEL HEREDERO

