

BID T 244 (1)

UNIVERSIDAD DE VALENCIA

FACULTAD DE DERECHO

**LA PARTICIPACION DE LOS FUNCIONARIOS PUBLICOS EN
LA DETERMINACION DE SUS CONDICIONES DE TRABAJO**

TESIS DOCTORAL

Presentada por:

REMEDIOS ROQUETA BUJ

Dirigida por el:

Pfr. Dr. D. TOMAS SALA FRANCO

UMI Number: U607208

All rights reserved

INFORMATION TO ALL USERS

The quality of this reproduction is dependent upon the quality of the copy submitted.

In the unlikely event that the author did not send a complete manuscript and there are missing pages, these will be noted. Also, if material had to be removed, a note will indicate the deletion.



UMI U607208

Published by ProQuest LLC 2014. Copyright in the Dissertation held by the Author.
Microform Edition © ProQuest LLC.

All rights reserved. This work is protected against
unauthorized copying under Title 17, United States Code.



ProQuest LLC
789 East Eisenhower Parkway
P.O. Box 1346
Ann Arbor, MI 48106-1346

D11510006

L 12656550

CB 0000382269

Nº Dobis 382266

Nº Libis 382260/

Indice

INDICE GENERAL

INDICE DE ABREVIATURAS MAS UTILIZADAS.

PRESENTACION.

TITULO I: EVOLUCION Y MARCO JURIDICO DEL DERECHO DE
NEGOCIACION COLECTIVA EN LA FUNCION PUBLICA.

CAPITULO I: LA REGULACION CONSTITUCIONAL.

I. EL SISTEMA JURIDICO PRECONSTITUCIONAL.

II. EL DERECHO DE NEGOCIACION COLECTIVA EN LA
CONSTITUCION.

1. La Constitución y sus referencias a la Función Pública.

2. La capacidad negocial de los funcionarios públicos.

2.1. La aplicación del art. 37.1 a la Función Pública.

2.2. El derecho de negociación colectiva como derivación
del art. 28 C.E.

2.2.1. La doctrina del tribunal Constitucional sobre el
"contenido esencial" del art. 28.1 C.E.

2.2.2. El derecho de sindicación de los funcionarios
públicos.

2.2.3. El alcance de las peculiaridades de la libertad
sindical de los funcionarios públicos.

2.2.4. El derecho de huelga de los funcionarios
públicos.

3. La capacidad negocial de la Administración Pública.

3.1. La reserva legal en materia funcionarial.

3.2. La sujeción de la Administración al principio de
legalidad.

III. LA NORMATIVA INTERNACIONAL.

IV. LA POSTURA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

1. El fundamento constitucional del derecho de negociación
colectiva.

Indice

2. La competencia en materia de condiciones de empleo de los funcionarios públicos.

V. LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES EN MATERIA DE NEGOCIACION.

1. La eficacia del derecho.

2. La instrumentación normativa.

2.1. El rango de la normativa reguladora.

2.2. La distribución de competencias entre el Estado y las C.C.A.A.

3. El alcance y contenido del derecho de negociación.

3.1. La virtualidad del mandato constitucional.

3.2. El contenido esencial del derecho.

3.2.1. El derecho a negociar y el deber de negociar.

3.2.2. Los sujetos titulares del derecho de negociación colectiva.

3.2.3. El contenido posible de la negociación.

3.2.4. La eficacia de los acuerdos.

4. La tutela judicial.

4.1. Los dispositivos de tutela.

4.2. La jurisdicción competente.

CAPITULO II: LA REGULACION LEGAL.

I. LA LEY 30/1.984, DE 2 DE AGOSTO, DE MEDIDAS PARA LA REFORMA DE LA FUNCION PUBLICA.

II. LA LEY ORGANICA 11/1.985, DE 2 DE AGOSTO, DE LIBERTAD SINDICAL.

1. Ambito subjetivo respecto a los funcionarios públicos.

1.1. Delimitación positiva: inclusiones.

1.1.1. Los funcionarios públicos.

1.1.2. El personal estatutario.

1.1.3. El personal contratado en régimen de derecho administrativo.

1.2. Delimitación negativa: exclusiones.

1.2.1. Las Fuerzas Armadas y Guardia Civil.

1.2.2. Los Jueces, Magistrados y Fiscales.

1.2.3. La Policía.

1.2.4. El personal funcionario de las Cortes Generales.

2. Ambito objetivo respecto a los funcionarios públicos.

3. El derecho a la negociación colectiva de los funcionarios públicos.

3.1. El marco jurídico de la negociación colectiva.

3.2. Las líneas generales de la negociación.

3.2.1. Los sujetos negociadores.

3.2.2. El contenido de la negociación.

3.2.3. La eficacia jurídica negocial.

III. LA LEY 9/1.987, DE 13 DE MAYO, DE ORGANOS DE

REPRESENTACION, DETERMINACION DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO Y PARTICIPACION DEL PERSONAL AL SERVICIO DE LAS ADMINISTRACIONES PUBLICAS.

1. Las características generales de la ley.

2. Ambito subjetivo.

Indice

- 2.1. Delimitación positiva: inclusiones.
- 2.2. Delimitación negativa: exclusiones.
 - 2.2.1. Las Fuerzas Armadas y Guardia Civil.
 - 2.2.2. Los Jueces, Magistrados y Fiscales.
 - 2.2.3. La Policía.
 - 2.2.4. El personal funcionario de las Cortes Generales.
 - 2.2.4. El personal laboral.

3. Ambito objetivo.

- 3.1. Delimitación positiva: materias incluidas.
- 3.2. Delimitación negativa: materias excluidas.

4. La participación en la determinación de las condiciones de trabajo.

- 4.1. Valoración global.
 - 4.1.1. Desde un punto de vista sustantivo.
 - 4.1.2. Desde un punto de vista técnico-jurídico.

IV. LA LEY 7/1.990, DE 19 DE JULIO, SOBRE NEGOCIACION COLECTIVA Y PARTICIPACION EN LA DETERMINACION DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO.

TITULO II: PRESUPUESTOS GENERALES: LA ORGANIZACION ADMINISTRATIVA.

CAPITULO I: EL REPARTO DE PODERES NORMATIVOS EN MATERIA ORGANIZATIVA Y FUNCIONARIAL.

I. EL SISTEMA DE DISTRIBUCION COMPETENCIAL ENTRE EL ESTADO, LAS C.C.A.A. Y LAS E.E.L.L. EN MATERIA ORGANIZATIVA Y FUNCIONARIAL.

1. Las competencias normativas del Estado, de las C.C.A.A. y de las E.E.L.L.

- 1.1. Las competencias normativas del Estado.
- 1.2. Las competencias normativas de las C.C.A.A.
 - 1.2.1. En materia organizativa.
 - 1.2.2. En materia funcionarial.
 - A) La Función Pública autonómica.
 - a) El ámbito competencial asumible en la Constitución.
 - b) Los Estatutos de Autonomía.
 - 1º- Los Estatutos tramitados por la vía del art. 151.
 - 2º- Los Estatutos tramitados por la vía del art. 143.
 - c) Los poderes normativos autonómicos en la L.M.R.F.P.
 - B) La Función Pública Local.
 - a) El ámbito competencial asumible en la Constitución.
 - b) Los Estatutos de Autonomía.
 - 1º- Los Estatutos tramitados por la vía del art.

Indice

151.

2º- Los Estatutos tramitados por la vía del art. 143.

1.3. El poder de ordenanza.

2. Las relaciones entre los poderes normativos del Estado, de las C.C.A.A. y de las E.E.L.L.

2.1. Las relaciones competenciales.

2.1.1. La concurrencia normativa entre el Estado y las C.C.A.A.: normación básica y normación de desarrollo.

A) La normación básica.

B) El "desarrollo normativo".

C) La instrumentación normativa.

a) Las bases estatales.

b) El desarrollo normativo autonómico.

2.1.2. Las relaciones entre los poderes normativos del Estado, las C.C.A.A. y las E.E.L.L.

2.2. Las relaciones de cooperación.

2.2.1. El auxilio.

2.2.2. La coordinación.

II. EL SISTEMA DE DISTRIBUCION COMPETENCIAL EN MATERIA ORGANIZATIVA Y FUNCIONARIAL ENTRE LOS ORGANOS CON POTESTAD NORMATIVA DENTRO DE CADA ESFERA.

1. Estatal.

1.1. La reserva de ley en materia organizativa.

1.2. La reserva de ley en materia funcionarial.

1.2.1. La extensión horizontal de las reservas de ley.

1.2.2. La extensión vertical de las reservas de ley.

A) Las relaciones individuales de trabajo.

B) Las relaciones colectivas de trabajo.

a) La reserva de Ley orgánica.

b) La reserva de Ley ordinaria.

2. Autonómica.

3. Local.

CAPITULO II: LA FUNCION PUBLICA.

I. ADMINISTRACION DEL ESTADO.

1. La legislación estatal en materia de Función Pública.

1.1. El alcance básico de la legislación estatal.

1.1.1. Los preceptos de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 7 de febrero de 1.964 básicos por su naturaleza.

1.1.2. Los preceptos de la Ley 30/1.984 y de la Ley 23/1.988 expresamente declarados básicos.

1.1.3. Preceptos básicos en diversas leyes generales relativas a la Función Pública.

A) Ley 53/1.984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades.

B) Ley 9/1.987, de 12 de mayo, de Organos de Representación. Determinación de las condiciones de

Indice

trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones Públicas.

1.1.4. Preceptos básicos en diversas leyes sectoriales.

A) La Ley Orgánica 1/1.990, de 3 de octubre, sobre Ordenación General del Sistema Educativo.

B) La Ley Orgánica 11/1.983, de 25 de agosto, de Reforma Universitaria.

C) La Ley 14/1.986, de 25 de abril, General de Sanidad.

1.2. El alcance normativo de la legislación estatal.

1.2.1. La Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 7 de febrero de 1.964.

1.2.2. La Ley 30/1.984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública.

1.2.3. La Ley 53/1.984, 26 de diciembre, de Incompatibilidades.

1.2.4. La Ley 9/1.987, de 12 de mayo.

1.2.5. Valoración global.

2. La distribución de competencias entre los órganos administrativos en materia de personal.

2.1. Red orgánica con competencias de carácter decisorio y ejecutivo.

2.1.1. El Gobierno.

A) Competencias generales.

B) Competencias específicas.

C) Competencias dispersas en la L.M.R.F.P.

2.1.2. El Ministro para las Administraciones Públicas.

A) Competencias generales.

B) Competencias específicas.

C) Ampliación de las competencias por vía reglamentaria.

2.1.3. El Ministro de Economía y Hacienda.

2.1.4. La Comisión Interministerial de Retribuciones.

2.1.5. Los Ministros.

2.1.6. Los Delegados del Gobierno y los Gobernadores Civiles.

2.2. Red orgánica con atribuciones fundamentalmente consultivas, de propuesta y asesoras.

2.2.1. El Consejo Superior de la Función Pública.

2.2.2. La Comisión de Coordinación de la Función Pública.

2.2.3. La Comisión Superior de Personal.

2.3. Valoración global.

2.3.1. La centralización en la dirección del personal funcional.

2.3.2. La complejidad orgánica.

2.3.3. La interdependencia entre política y Administración.

3. La estructura de la Función Pública.

II. ADMINISTRACION DE LAS C.C.A.A.

1. Las Leyes de la Función Pública de las C.C.A.A.

2. La Administración de personal.

3. La estructura de la Función Pública autonómica.

III. ADMINISTRACION LOCAL.

1. La normativa aplicable.

Indice

2. La administración de personal.

2.1. Las competencias estatales.

A) Del Gobierno.

B) Del Ministro para las Administraciones Públicas.

2.2. Las competencias de las Entidades Locales.

A) Del Pleno.

B) Del Alcalde o Presidente.

3. La estructura de la Función Pública local.

TITULO III: LA ESTRUCTURA NEGOCIAL.

CAPITULO I: LOS CARACTERES GENERALES DE LA ESTRUCTURA NEGOCIAL.

I. PRECISIONES TERMINOLOGICAS.

II. LOS CARACTERES GENERALES DE LA ESTRUCTURA NEGOCIAL.

1. El intervencionismo legislativo y la fijación heterónoma de las unidades de negociación.

2. La centralización de la estructura negocial.

3. La verticalidad de las unidades de negociación.

4. La interdependencia de las unidades de negociación.

CAPITULO II: LA ESTRUCTURA DE LA NEGOCIACION COLECTIVA.

I. ADMINISTRACION DEL ESTADO.

1. Las unidades de negociación.

1.1. La "supermesa general".

1.2. La Mesa general de negociación.

1.2.1. El ámbito funcional.

1.2.2. El ámbito territorial.

1.2.3. El ámbito personal.

1.3. Las Mesas sectoriales de negociación.

1.3.1. Las Mesas sectoriales de fijación legal.

A) El personal docente de los centros públicos no universitarios.

B) El personal de los servicios de Correos, Telégrafos y Caja Postal de Ahorros.

C) El personal al servicio de las Instituciones Sanitarias Públicas.

D) El personal de la Administración de Justicia.

E) El personal funcionario de las Universidades.

F) El personal de la Administración Central e Institucional de las Entidades Gestoras de la Seguridad Social.

G) Los rasgos comunes.

1.3.2. Las Mesas sectoriales de establecimiento autónomo.

A) Instancia competente para la constitución de las unidades de negociación.

B) Las posibilidades de la Mesa general a la hora de abrir nuevos niveles de negociación.

a) Las posibilidades en cuanto al ámbito funcional.

Indice

- 1º- Los sectores funcionariales susceptibles de constituir una unidad apropiada.
- 2º- El centro de trabajo como ámbito de negociación.
- 3º- El grupo o cuerpo de funcionarios como unidad de negociación.
- 4º- La división Departamental.
- 5º- El Organismo Autónomo.

- b) Las posibilidades en cuanto al ámbito territorial
- c) Valoración global.

C) El control judicial de la unidad de negociación.

2. Las relaciones entre las unidades de negociación.

- 2.1. Las relaciones entre la "supermesa general" y la Mesa general de negociación.
- 2.2. Las relaciones entre la Mesa general y las Mesas sectoriales de negociación.
 - 2.2.1. En cuanto al aspecto procedimental.
 - 2.2.2. En cuanto al aspecto sustantivo.

II ADMINISTRACION DE LAS C.C.A.A.

1. Las unidades de negociación.

- 1.1. La "supermesa general".
- 1.2. La Mesa general de negociación.
- 1.3. Las Mesas sectoriales de negociación.

2. Las relaciones entre las unidades de negociación.

III. ADMINISTRACION LOCAL.

1. Las unidades de negociación.

- 1.1. La "supermesa general".
- 1.2. La Mesa general de negociación.
- 1.3. La Mesas sectoriales de negociación.

2. Las relaciones entre las unidades de negociación.

IV. LAS RELACIONES ENTRE LAS MESAS GENERALES DE NEGOCIACION.

V. LAS MESAS "INTER-ADMINISTRACIONES".

1. El régimen jurídico aplicable.

2. La competencia para negociar los "Acuerdos-Interadministraciones"

3. El procedimiento negociador.

4. La eficacia de los "Acuerdos-Interadministraciones".

CAPITULO III: LAS RELACIONES ENTRE LOS SISTEMAS DE NEGOCIACION COLECTIVA LABORAL Y FUNCIONARIAL EN LAS A.A.P.P.

I. LA DUALIDAD DE SISTEMAS DE NEGOCIACION COLECTIVA EN EL SENO DE LAS A.A.P.P.

II. LAS ESPECIALIDADES DEL SISTEMA DE NEGOCIACION COLECTIVA DEL PERSONAL LABORAL AL SERVICIO DE LAS A.A.P.P.

1. La legitimación negocial.

2. Problemas de aplicación de los convenios sectoriales.

3. El contenido de la negociación.

- 3.1. La 30/1.984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública y sus normas complementarias.
- 3.2. Las Leyes presupuestarias.
 - 3.2.1. Las limitaciones en materia de incrementos salariales.
 - 3.2.2. Las limitaciones en materia de Seguridad Social

Indice

complementaria.

4. El procedimiento de negociación.

5. La vigencia temporal de los convenios colectivos.

III. EL EJERCICIO CONJUNTO DEL DERECHO DE NEGOCIACION COLECTIVA POR LOS TRABAJADORES Y POR LOS FUNCIONARIOS AL SERVICIO DE LAS A.A.P.P.

1. Los sujetos negociadores.

2. El contenido de la negociación.

3. El procedimiento de negociación.

4. La naturaleza jurídica de los acuerdos negociales.

5. La cobertura contractual de los acuerdos negociales.

6. La jurisdicción competente.

IV. VALORACION CRITICA.

TITULO IV: LOS SUJETOS NEGOCIADORES.

CAPITULO I: EL REGIMEN JURIDICO APLICABLE.

I. LA NATURALEZA DE LAS MESAS DE NEGOCIACION.

II. LA NORMATIVA APLICABLE.

1. El rango de la normativa reguladora.

1.1. La representación funcionarial.

1.2. La representación de las A.A.P.P.

2. La distribución de competencias entre el Estado y las C.C.A.A.

2.1. La representación funcionarial.

2.2. La representación de las A.A.P.P.

3. Los mecanismos de integración.

3.1. La representación funcionarial.

3.2. La representación pública.

CAPITULO II: LOS CARACTERES GENERALES.

I. LA REPRESENTACION FUNCIONARIAL.

1. La capacidad negocial.

1.1. Los sujetos capacitados.

1.1.1. Los sindicatos, federaciones y confederaciones sindicales.

1.1.2. Las secciones sindicales.

1.2. Exclusiones.

1.2.1. Los colegios profesionales.

1.2.2. Las asociaciones de funcionarios públicos.

1.2.3. Los cuerpos.

1.2.4. Las asambleas.

1.2.5. Las representaciones unitarias.

1.3. Consideración especial de la exclusión de las representaciones normativas.

1.3.1. Marco normativo.

1.3.2. La legitimidad constitucional de la opción legal.

A) La titularidad exclusivamente sindical del derecho de negociación.

B) La indefinición constitucional del derecho de representación unitaria.

1.3.3. Consideraciones.

Indice

- A) La falta de coincidencia entre los ámbitos de representación de los órganos unitarios y de las mesas de negociación.
- D) La creación de las representaciones electivas funcionariales al servicio de la mayor representatividad.
- C) La progresiva desvalorización de las representaciones unitarias.

2. La legitimación negocial.

2.1. Los requisitos de legitimación.

- 2.1.1. La adecuación entre los ámbitos de representación del sindicato y la mesa de negociación.
- 2.1.2. La representatividad sindical.
 - A) La delimitación de la representatividad sindical.
 - B) Los criterios indicadores de la representatividad sindical.
 - C) La acreditación de la representatividad sindical.
 - E) La duración de la capacidad representativa.
 - E) La adecuación constitucional del "monopolio sindical cualificado".

2.2. Consideración especial de la legitimación negocial de las secciones sindicales.

- 2.2.1 El ámbito de la sección sindical.
- 2.2.2. Las posibilidades de negociación.

3. La legitimación interviniente.

II. LA REPRESENTACION PUBLICA.

1. La competencia del órgano administrativo.

- 1.1. La aptitud frente a órganos de otro orden.
- 1.2. La aptitud frente a órganos de distinta Administración.

2. La aptitud del titular del órgano.

- 2.1. La investidura.
- 2.2. La inexistencia de recusación y abstención.

CAPITULO III: LOS SUJETOS Y LAS UNIDADES DE NEGOCIACION.

I. ADMINISTRACION DEL ESTADO.

1. La "supermesa general".

- 1.1. La representación funcionarial.
- 1.2. La representación pública.

2. La Mesa general de negociación.

- 2.1. La representación funcionarial.
 - 2.1.1. Los sindicatos legitimados para negociar.
 - A) Los sindicatos más representativos a nivel estatal.
 - a) La delimitación del concepto.
 - b) La instancia sindical legitimada.
 - c) Los requisitos de legitimación.
 - B) Los sindicatos más representativos a nivel de Comunidad Autónoma.
 - a) La delimitación del concepto.
 - b) La instancia sindical legitimada y requisitos de legitimación.
 - c) Consideraciones generales.

Indice

- 1º- La legitimación del sindicato de ámbito autonómico para negociar convenios de ámbito estatal.
- 2º- El derecho de consulta de los sindicatos más representativos en la elaboración de disposiciones normativas estatales en materia funcionarial.
- 3º- La competencia de la Mesa general para participar en la determinación de las bases del estatuto de los funcionarios.

C) Los sindicatos simplemente representativos en el ámbito de la Función Pública estatal.

2.1.2. La diversificación de los sindicatos negociadores en función del contenido básico o no básico de las negociaciones.

2.1.3. La valoración de la representatividad como criterio de selección de la legitimación negocial en la esfera estatal.

A) La mayor representatividad: repercusiones.

a) La ruptura del principio de concordancia entre capacidad representativa y la real y efectiva implantación.

b) La necesaria implantación del sindicato funcionarial.

B) La suficiente representatividad en la Administración del Estado.

2.2. La representación pública.

3. Las mesas sectoriales de negociación.

3.1. La representación funcionarial.

3.1.1. Los sindicatos legitimados para negociar.

3.1.2. La valoración de la representatividad como criterio de selección de la legitimación negocial a nivel sectorial.

3.2. La representación pública.

II. COMUNIDADES AUTONOMAS.

1. La representación funcionarial.

2. La representación pública.

III. ENTIDADES LOCALES.

1. La representación funcionarial.

1.1. La instancia sindical legitimada para negociar.

1.2. La valoración de la representatividad como criterio de selección en la esfera local.

1.2.1. Inexistencia de órganos unitarios.

1.2.2. Predominio de las candidaturas independientes en la composición de los órganos unitarios.

2. La representación pública,

CAPITULO IV: LA COMPOSICION DE LAS MESAS DE NEGOCIACION.

I. EL CARACTER BIPARTITO DE LA MESA NEGOCIADORA.

II. EL NUMERO DE PUESTOS DE LA MESA NEGOCIADORA.

III. LA COMPOSICION DE LA REPRESENTACION SINDICAL.

1. El reparto de los puestos entre las organizaciones sindicales legitimadas.

2. La designación de los representantes.

3. La representatividad de conjunto de los sindicatos negociadores.

Indice

IV . LA COMPOSICION DE LA REPRESENTACION PUBLICA.

TITULO IV: LOS PROCEDIMIENTOS DE CONSULTA Y NEGOCIACION.

CAPITULO I: CUESTIONES GENERALES.

I. NATURALEZA.

1. Procedimiento de consulta.

2. Procedimiento de negociación.

II. REGIMEN JURIDICO APLICABLE.

1. Administración del Estado.

1.1. Procedimiento de consulta.

1.2. Procedimiento de negociación.

1.2.1. Aplicación supletoria de la L.P.A.

1.2.2. Aplicación analógica del E.T.

1.2.3. Pactos y Acuerdos.

2. Comunidades Autónomas.

3. Corporaciones Locales.

III. AMBITO DE APLICACION.

1. Administración del Estado.

2. Comunidades Autónomas.

3. Corporaciones locales.

CAPITULO II: PROCEDIMIENTO DE CONSULTA.

I. ADMINISTRACION DEL ESTADO.

1. Carácter.

1.1. Consulta preceptiva.

1.2. Consulta potestativa.

2. Momento procedimental oportuno.

3. Eficacia.

II. COMUNIDADES AUTONOMAS.

III. CORPORACIONES LOCALES.

CAPITULO III: PROCEDIMIENTO DE NEGOCIACION.

I. ADMINISTRACION DEL ESTADO.

1. Iniciación.

1.1. Formas.

1.1.1. Por decisión de la Administración.

A) Requisitos subjetivos.

a) Organo administrativo.

b) Sindicatos.

B) Requisitos objetivos.

C) Requisitos formales.

1.1.2. Por solicitud de los sindicatos.

A) Requisitos subjetivos.

a) Sindicatos.

b) Organo administrativo.

B) Requisitos objetivos.

C) Requisitos formales.

1.1.3. De mutuo acuerdo.

1.2. Efectos.

Indice

- 1.2.1. Deber de negociar.
 - A) Vigencia.
 - B) Causas excluyentes.
 - a) Incumplimiento de los requisitos.
 - 1º. Legales.
 - 2º. Convencionales.
 - b) Consecuencias.
 - 1º. Iniciación de oficio.
 - 2º. Iniciación a instancia de los sindicatos.
 - C) Incumplimiento del deber de negociar.
 - 1º. Sindicatos.
 - 2º. Administración.
 - 1.2.2. Otros efectos.
 - A) Para los sindicatos.
 - B) Para la Administración.
- 2. Constitución de la mesa negociadora.**
- 2.1. Asesores, presidente y secretario.
 - 2.2. Régimen de sesiones.
- 3. El deber de negociar de buena fe.**
- 3.1. Vigencia.
 - 3.2. Contenido.
 - 3.2.1. Deber de negociación misma.
 - 3.2.2. Deber de información a la contraparte.
 - 3.2.3. Prohibición de violencia.
 - 3.3. Incumplimiento de la obligación de negociar de buena fe.
 - 3.3.1. Supuestos de incumplimiento.
 - 3.3.2. Efectos.
- 4. Instrucción.**
- 4.1. Exigibilidad.
 - 4.2. Trámites: enunciación y análisis.
 - 4.2.1. Consideraciones generales.
 - 4.2.2. Audiencia a las entidades representativas e información pública.
 - A) Audiencia.
 - B) Información pública.
 - 4.2.3. Informes y dictámenes.
 - A) Informe del C.S.F.P.
 - B) Informe de la C.S.P.
 - C) Aprobación de la Presidencia del Gobierno.
 - D) Autorización del Ministro de Economía y Hacienda.
 - E) Informe de la Secretaría General Técnica.
 - F) Dictamen del Consejo de Estado.
 - 4.3. Régimen jurídico.
 - 4.3.1. Sujeto.
 - 4.3.2. Momento procedimental oportuno.
 - 4.3.3. Eficacia.
- 5. Terminación.**
- 5.1. Proceso de negociación.

Indice

- 5.1.1. Terminación normal: acuerdo entre las partes.
- 5.1.2. Terminación anormal: ruptura de las negociaciones.
 - A) Supuestos.
 - a) La no concurrencia de la representación sindical a las negociaciones.
 - b) La imposibilidad de llegar a un acuerdo.
 - c) El empleo de dolo, violencia o intimidación en las negociaciones.
 - B) Soluciones: enunciación y análisis.
 - a) Consideraciones generales.
 - b) Adecuación de la ley al Convenio nº 151 de la O.I.T.
 - c) Orden de preferencia.
 - d) La mediación.
 - 1º. Ambito objetivo.
 - 2º. Procedimiento.
 - 3º. Naturaleza y régimen jurídico.
 - e) Arbitraje de parte.
 - 1º. Fundamento.
 - 2º. Requisitos de licitud.
 - 3º. Naturaleza y contenido de la decisión administrativa.
- 5.2. Aprobación del Acuerdo por el Consejo de Ministros.
 - 5.2.1. Naturaleza del acto de aprobación.
 - A) Posiciones doctrinales.
 - a) Tesis convencional.
 - 1º. Argumentos.
 - 2º. Crítica.
 - B) Tesis reglamentaria.
 - 5.2.2. Trámite preceptivo.
 - 5.2.3. Procedimiento.
 - A) Informe de los Ministros.
 - B) Aprobación "expresa y formal".
 - 5.2.4. Desaprobación.
 - A) Carácter del acto de aprobación.
 - a) Discrecionalidad a la hora de aprobar o no el Acuerdo.
 - b) Discrecionalidad a la hora de asumir el contenido del Acuerdo.
 - B) Causas de desaprobación.
 - a) La ilegalidad del Acuerdo.
 - b) Desviación de las "instrucciones".
 - C) Soluciones.
 - a) Ilegalidad.
 - 1º. Defectos subjetivos.
 - 2º. Ilegalidad de forma.
 - 3º. Ilegalidad de fondo.

Indice

b) Desviación de las "instrucciones".

II. COMUNIDADES AUTONOMAS.

III. CORPORACIONES LOCALES.

CAPITULO IV : FORMALIZACION EXTERNA DE LOS PACTOS Y ACUERDOS.

I. FORMA.

1. Escrituración.

2. ¿ Es necesaria la integración de los Acuerdos en una norma reglamentaria?.

II. TRAMITES PROCEDIMENTALES DE FORMALIZACION.

1. Trámites administrativos.

2. Régimen jurídico aplicable.

3. Remisión de los Pactos y Acuerdos a la oficina pública.

3.1. Sujetos responsables de la remisión.

3.2. La oficina pública.

3.3. La actuación de la oficina pública.

3.4. Virtualidad del depósito.

4. Publicación.

TITULO VI: EL AMBITO OBJETIVO DE LA NEGOCIACION COLECTIVA.

CAPITULO I: LAS MATERIAS EXCLUIDAS DE LA NEGOCIACION.

I. LAS MATERIAS EXCLUIDAS DE LA OBLIGATORIEDAD DE CONSULTA O NEGOCIACION.

1. Las potestades de organización de las Administraciones Públicas.

2. Las decisiones de la Administración que afectan al servicio de los derechos de los ciudadanos ante los funcionarios públicos.

3. El procedimiento de formación de los actos y disposiciones administrativas.

II. LAS MATERIAS OBJETO DE CONSULTA.

CAPITULO II: LAS MATERIAS OBJETO DE NEGOCIACION.

I. CONSIDERACIONES GENERALES.

II. EL CONVENIO NORMATIVO DE LOS PACTOS Y ACUERDOS.

1. Materias económicas.

1.1. Elemento cualitativo.

1.2. Elemento cuantitativo.

1.2.1. La determinación del incremento global de las retribuciones de los funcionarios públicos.

1.2.2. La determinación de las retribuciones de los funcionarios públicos.

1.2.3. La aplicación de las retribuciones.

A) Complemento de destino.

a) Determinación del nivel correspondiente a cada puesto.

b) Determinación de su cuantía.

B) Complemento específico.

Indice

- a) Determinación de los puestos a que se asigna.
- b) Determinación de su cuantía.
- C) Complemento de productividad.
 - a) Determinación de su cuantía global.
 - b) Distribución individualizada.
- D) Las gratificaciones por razón de servicios extraordinarios.
- E) Las indemnizaciones por razón de servicios.

2. Materias de índole funcionarial.

3. Materias organizativas con incidencia en el ámbito funcionarial.

- 3.1. La preparación y diseño de los planes de oferta de empleo público.
- 3.2. La clasificación de los puestos de trabajo.
- 3.3. Los sistemas de ingreso, provisión y promoción profesionales de los funcionarios públicos.

4. Materias Sindicales.

- 4.1. Las Juntas y Delegados de personal.
 - 4.1.1. El ámbito de actuación de las Juntas y Delegados de personal.
 - A) Correcciones por exceso.
 - B) Correcciones por defecto.
 - 4.1.2. La Composición numérica de las J.P. y D.P.
 - 4.1.3. El sistema Electoral.
 - A) Los órganos electorales.
 - B) El procedimiento electoral.
 - 4.1.4. Las Competencias.
 - 4.1.5. Las garantías y facilidades.
- 4.2. Las cláusulas de Seguridad Sindical.
 - 4.2.1. Las cláusulas de garantía de la presencia sindical en los centros de trabajo.
 - A) Las cláusulas de descuento por la Administración de cuotas las sindicales.
 - B) Las cláusulas sobre secciones y delegados sindicales.
 - a) Secciones sindicales.
 - 1ª. El ámbito de la sección sindical.
 - 2ª. Los derechos.
 - b) Delegados sindicales.
 - 1ª. Número de delegados sindicales.
 - 2ª. Derechos y garantías.
 - 4.2.2. Las cláusulas de Seguridad Sindical que afecten a la vida de la relación de servicio.
 - A) La cláusula por gastos de negociación.
 - B) La cláusula de solidaridad por negociación.
 - C) Las cláusulas de ventajas reservadas.

5. Materias de Seguridad Social.

III. CONTENIDO OBLIGACIONAL DE LOS PACTOS Y ACUERDOS.

IV. CONTENIDO MINIMO DE LOS PACTOS Y ACUERDOS.

TITULO VII: LA NATURALEZA Y VICISITUDES DE LOS PACTOS Y ACUERDOS.

CAPITULO I: LA NATURALEZA DE LOS PACTOS Y ACUERDOS.

I. LA EFICACIA JURIDICA

1. La eficacia jurídica normativa.

2. El deber de paz.

II. LA EFICACIA PERSONAL.

CAPITULO II: LA VIGENCIA DE LOS PACTOS Y ACUERDOS.

I. LA DURACION DE LOS PACTOS Y ACUERDOS.

1. La entrada en vigor de los pactos y acuerdos.

1.1. Las modalidades de aplicación de la libertad de las partes.

1.2. La eficacia retroactiva.

2. Terminación de la vigencia de los Pactos y Acuerdos.

2.1. Duración determinada.

2.2. Duración indefinida.

2.3. Duración diferenciada para distintas materias.

II. LA EFICACIA PRORROGADA DE LOS PACTOS Y ACUERDOS.

CAPITULO III: LA IMPUGNACION DE LOS PACTOS Y ACUERDOS.

I. LAS CAUSAS POSIBLES DE IMPUGNACION.

II. LOS MECANISMOS IMPUGNATORIOS.

1. Los recursos contencioso-administrativos.

1.1. La jurisdicción competente.

1.2. El Procedimiento.

1.2.1. La legitimación.

A) La legitimación activa.

a) La legitimación de los particulares.

b) La legitimación de las Entidades Públicas.

B) La legitimación pasiva.

1.2.2. El recurso de reposición.

1.2.3. El plazo de Interposición del recurso.

2. Recursos contra los Acuerdos y Pactos y jurisdicción constitucional.

III. LOS EFECTOS DE LA IMPUGNACION JUDICIAL DE LOS ACUERDOS Y PACTOS.

CAPITULO IV: LA INTERPRETACION Y APLICACION DE LOS PACTOS Y ACUERDOS.

I. LAS COMISIONES DE SEGUIMIENTO.

II. EL PACTO DE CONSTITUCION DE LAS COMISIONES DE SEGUIMIENTO Y EL CONTENIDO DEL PACTO Y ACUERDO.

II. EL REGIMEN JURIDICO DE LAS COMISIONES DE SEGUIMIENTO.

1. Estructura.

2. Procedimiento de actuación.

3. Funciones.

3.1. Interpretación general de los Pactos y Acuerdos.

3.2. Resolución de conflictos jurídicos.

Indice

3.3. Actuaciones en conflictos individuales.

3.4. Otras funciones.

CONCLUSIONES.

BIBLIOGRAFIA FUNDAMENTAL.

INDICE DE ABREVIATURAS MAS UTILIZADAS

- A.A. : Actualidad Administrativa.
- A.L. : Actualidad Laboral.
- A.M.A. : Acuerdo para modernizar la Administración y mejorar las condiciones de trabajo
- A.N.C. : Acuerdo sobre negociación colectiva de los funcionarios públicos.
- B.O.E. : Boletín Oficial del Estado.
- B.O.P. : Boletín Oficial de la Provincia.
- C.c. : Código Civil.
- C.C.A.A. : Comunidad(es) Autónoma(s).
- C.E. : Constitución Española.
- C.N.P. : Cuerpo Nacional de Policía.
- C.S.F.P. : Consejo Superior de la Función Pública.
- C.S.P. : Comisión Superior de Personal.
- D.A. : Documentación Administrativa.
- D.P. : Delegado(s) de Personal.
- E.E.L.L. : Entidad(es) Local(es).
- E.T. : Ley 8/1.980, de 10 de marzo, Estatuto de los Trabajadores.

- J.P. : Junta(s) de Personal.
- L.B.R.L. : Ley 7/1.985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local.
- L.F.C.E. : Ley articulada de Funcionarios Civiles del Estado, aprobada por Decreto Legislativo 315/1.965, de 7 de febrero.
- L.G.S. : Ley 14/1.986, de 25 de abril, General de Sanidad.
- L.I. : Ley 53/1.984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas.
- L.J.C.A. : Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa, de 27 de diciembre de 1.956.
- L.M.R.F.P. : Ley 30/1.984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública.
- L.O.C.F.S. : Ley Orgánica 2/1.986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.
- L.O.L.I.S. : Ley Orgánica 11/1.985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical.
- L.O.G.S.E. : Ley Orgánica 1/1.990, de 3 de octubre, sobre Ordenación General del Sistema Educativo.
- L.O.P.J. : Ley Orgánica 6/1.985, de 1 de julio del Poder Judicial.
- L.O.R.A.P. : Ley 9/1.987, de 12 de mayo, de Organos de Representación, Determinación de las Condiciones de Trabajo y Participación del Personal al servicio de las Administraciones Públicas.
- L.P.A. : Ley de 17 de julio de 1.958, de Procedimiento Administrativo.
- L.P.J.D.F. : Ley 62/1.978, de 26 de diciembre, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales.
- L.R.J.A.E. : Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado (texto refundido aprobado por D. de 26 de julio de 1.957).
- L.R.U. : Ley Orgánica 11/1.983, de 25 de agosto, de Reforma Univeristaria.
- R.A.P. : Revista de Administración Pública.
- R.D. : Real Decreto.

R.D.L.R.T. : R.D.L. 17/1.977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo.

R.E.A.L. : Revista de Estudios de la Administración Local.

R.E.D.A. : Revista Española de Derecho Administrativo.

R.E.D.T. : Revista Española de Derecho del Trabajo.

R.L. : Relaciones Laborales.

R.O.F. : Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, aprobado por Real Decreto 2.568/1.986, de 28 de noviembre.

R.P.S. : Revista de Política Social.

R.P.T. : Relaciones de Puestos de Trabajo.

R.T. : Revista de Trabajo.

R.V.A.P. : Revista Vasca de Administración Pública.

S.A.N. : Sentencia de la Audiencia Nacional.

S.T.C.T. : Sentencia del Tribunal Central de Trabajo.

S.T.C.O. : Sentencia del Tribunal Constitucional.

S.T.S.J. : Sentencia del Tribunal Superior de Justicia.

T.L. : Temas Laborales.

T.R.R.L. : Real Decreto Legislativo 781/1.986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local.

PRESENTACION.

1. Tradicionalmente, la regulación de las condiciones de trabajo del funcionariado se ha realizado a través de la ley y el reglamento, esto es, estatutariamente, impidiéndose el juego combinado de la negociación colectiva. Con el reconocimiento de los derechos sindicales a los funcionarios públicos se produce en el seno de la jurisprudencia y de la doctrina un debate respecto a la posible actividad negocial de aquéllos; discusión que se cierra con la entrada en vigor de la Ley 11/1.985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical y de la Ley 9/1.987, de 12 de junio, de Organos de Representación, Determinación de las Condiciones de Trabajo y Participación del Personal al servicio de las Administraciones Públicas (en lo sucesivo, la L.O.R.A.P.), que ha sido parcialmente modificada por la Ley 7/1.990, de 19 de julio, sobre Negociación colectiva y Participación en la Determinación de las Condiciones de Trabajo de los empleados públicos. Estas disposiciones legales vienen a instaurar en el ordenamiento jurídico español cauces que permiten la participación de los funcionarios en la fijación de sus condiciones de trabajo: los procedimientos de consulta y de negociación. Son estos sistemas los que han centrado el interés y el objeto del análisis que sigue.

2. La configuración jurídica de estas formas participativas ha

encontrado un avance decisivo en la L.O.R.A.P. Se trata de una norma en la que se da, junto a una trascendencia en la que no es preciso insistir, un considerable grado de complejidad, y ello fundamentalmente en base a tres factores, que van a ser esenciales en orden a comprender algunos de los problemas que el análisis que sigue ha debido afrontar. En primer lugar, la falta de precedentes de carácter normativo, lo que potenciaba el riesgo de realizar una lectura de aquélla en clave excesivamente "laboralista". Ciertamente, la falta de antecedentes en la esfera administrativa, nos ha obligado a analizar los sistemas de consulta y negociación en clave de comparación con el sistema de negociación colectiva diseñado en la L.E.T. 8/1.980. A pesar de ello, lo cierto es que no es posible trasladar sin más las categorías al uso en el análisis de la negociación colectiva laboral, en tanto que los sistemas de participación configurados en la L.O.R.A.P. se sitúan en un "universo normativo" diferente al de ésta.

Un segundo inconveniente nace de la sumariedad del Capítulo III de la L.O.R.A.P. Son muchos los extremos que se dejan en el negro o cuando menos en la penumbra normativa. La L.O.R.A.P. es todavía más parca que el E.T., con los agravantes añadidos de que se establecen por ella, no uno, sino dos sistemas de participación y de, que la "circunstancia" jurídica en que se ubican resulta mucho más barroca que la de los convenios colectivos. Pero, la normativa de la L.O.R.A.P. no se caracteriza sólo por importantes ausencias, sino también por acentuadas ambigüedades, en el sentido de existir extremos que admiten varias

interpretaciones.

Finalmente, la dificultad implícita de toda ordenación legal del derecho a la negociación colectiva se ve agravada en este caso por las "peculiaridades" derivadas de la Administración Pública y de la Función Pública. Por ello, el análisis de los sistemas de participación de los funcionarios públicos en la determinación de sus condiciones de trabajo no puede abordarse, exclusivamente, a partir de lo dispuesto en la L.O.R.A.P., sino que ha de tomar en consideración una pluralidad de normas heterogéneas.

Las incesantes lagunas, el elevado número de normas, la configuración inacabada y heterogénea de las mismas, exigían un intento de clarificación normativa que, si bien en ocasiones puede resultar tedioso -máxime si se repara en la escasez de jurisprudencia-, no creemos vano o falto de rigor.

3. El presente análisis jurídico-positivo, se estructura en siete partes. La primera es un intento de identificar y conectar la distintas piezas normativas que configuran los derechos colectivos en la Función Pública. El título se abre con un estudio sobre el derecho de negociación colectiva funcional en la Constitución, como primer escenario jurídico desde el que hay que contemplar la configuración legal de este derecho. La interpretación de las previsiones constitucionales en materia de negociación colectiva funcional, precede a la parte nuclear del título: el análisis de los rasgos generales de las disposiciones legales que han

reconocido y regulado este derecho.

El título II intenta una descripción de los rasgos generales de la organización de las Administraciones Públicas y de la Función Pública en las esferas estatal, autonómica y local. Por voluntad del constituyente, el legislador ordinario debe adaptar el derecho a la negociación colectiva funcional a las especiales características de la organización administrativa, por lo que el estudio de ésta debe preceder como presupuesto al de la negociación colectiva.

En los títulos siguientes se entra ya en el análisis de los sistemas de consulta y negociación colectiva, considerando, por este orden, los siguientes temas: 1º) la estructura negocial; 2º) los sujetos negociadores; 3º) los procedimientos de consulta y negociación; 4º) el ámbito objetivo de los sistemas de consulta y negociación; y 5º) la naturaleza de los instrumentos negociales y sus vicisitudes.

TITULO I

**EVOLUCION Y MARCO JURIDICO DEL DERECHO DE
LA NEGOCIACION COLECTIVA EN LA FUNCION PUBLICA**

CAPITULO I: LA REGULACION CONSTITUCIONAL.

I. EL SISTEMA JURIDICO PRECONSTITUCIONAL.

II. EL DERECHO DE NEGOCIACION COLECTIVA EN LA CONSTITUCION.

1. La Constitución y sus referencias a la Función Pública.

2. La capacidad negocial de los funcionarios públicos.

2.1. La aplicación del art. 37.1 a la Función Pública.

2.2. El derecho de negociación colectiva como derivación del art. 28 C.E.

2.2.1. La doctrina del tribunal Constitucional sobre el "contenido esencial" del art. 28.1 C.E.

2.2.2. El derecho de sindicación de los funcionarios públicos.

2.2.3. El alcance de las peculiaridades de la libertad sindical de los funcionarios públicos.

2.2.4. El derecho de huelga de los funcionarios públicos.

3. La capacidad negocial de la Administración Pública.

3.1. La reserva legal en materia funcionarial.

3.2. La sujeción de la Administración al principio de legalidad.

III. LA NORMATIVA INTERNACIONAL.

IV. LA POSTURA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

1. El fundamento constitucional del derecho de negociación colectiva.

2. La competencia en materia de condiciones de empleo de los funcionarios públicos.

V. LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES EN MATERIA DE NEGOCIACION.

1. La eficacia del derecho.

2. La instrumentación normativa.

2.1. El rango de la normativa reguladora.

2.2. La distribución de competencias entre el Estado y las C.C.A.A.

3. El alcance y contenido del derecho de negociación.

3.1. La virtualidad del mandato constitucional.

3.2. El contenido esencial del derecho.

3.2.1. El derecho a negociar y el deber de negociar.

3.2.2. Los sujetos titulares del derecho de negociación colectiva.

3.2.3. El contenido posible de la negociación.

3.2.4. La eficacia de los acuerdos.

4. La tutela judicial.

Indice

- 4.1. Los dispositivos de tutela.
- 4.2. La jurisdicción competente.

CAPITULO II: LA REGULACION LEGAL.

I. LA LEY 30/1.984, DE 2 DE AGOSTO, DE MEDIDAS PARA LA REFORMA DE LA FUNCION PUBLICA.

II. LA LEY ORGANICA 11/1.985, DE 2 DE AGOSTO, DE LIBERTAD SINDICAL.

1. Ambito subjetivo respecto a los funcionarios públicos.

- 1.1. Delimitación positiva: inclusiones.
 - 1.1.1. Los funcionarios públicos.
 - 1.1.2. El personal estatutario.
 - 1.1.3. El personal contratado en régimen de derecho administrativo.
- 1.2. Delimitación negativa: exclusiones.
 - 1.2.1. Las Fuerzas Armadas y Guardia Civil.
 - 1.2.2. Los Jueces, Magistrados y Fiscales.
 - 1.2.3. La Policía.
 - 1.2.4. El personal funcionario de las Cortes Generales.

2. Ambito objetivo respecto a los funcionarios públicos.

3. El derecho a la negociación colectiva de los funcionarios públicos.

- 3.1. El marco jurídico de la negociación colectiva.
- 3.2. Las líneas generales de la negociación.
 - 3.2.1. Los sujetos negociadores.
 - 3.2.2. El contenido de la negociación.
 - 3.2.3. La eficacia jurídica negocial.

III. LA LEY 9/1.987, DE 13 DE MAYO, DE ORGANOS DE REPRESENTACION, DETERMINACION DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO Y PARTICIPACION DEL PERSONAL AL SERVICIO DE LAS ADMINISTRACIONES PUBLICAS.

1. Las características generales de la ley.

2. Ambito subjetivo.

- 2.1. Delimitación positiva: inclusiones.
- 2.2. Delimitación negativa: exclusiones.
 - 2.2.1. Las Fuerzas Armadas y Guardia Civil.
 - 2.2.2. Los Jueces, Magistrados y Fiscales.
 - 2.2.3. La Policía.
 - 2.2.4. El personal funcionario de las Cortes Generales.
 - 2.2.4. El personal laboral.

3. Ambito objetivo.

- 3.1. Delimitación positiva: materias incluidas.
- 3.2. Delimitación negativa: materias excluidas.

4. La participación en la determinación de las condiciones de trabajo.

- 4.1. Valoración global.
 - 4.1.1. Desde un punto de vista sustantivo.
 - 4.1.2. Desde un punto de vista técnico-jurídico.

IV. LA LEY 7/1.990, DE 19 DE JULIO, SOBRE NEGOCIACION COLECTIVA Y PARTICIPACION EN LA DETERMINACION DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO.

CAPITULO I

LA REGULACION CONSTITUCIONAL

Evolución

1. El objetivo que se persigue en este título es presentar una visión global de la evolución del derecho de negociación colectiva en la Función pública, de forma que sirva para establecer el marco normativo que se va a tener presente en todos los estudios posteriores. Pero, como ha subrayado la doctrina laboral, "los diversos aspectos e instituciones del derecho colectivo (...) forman un todo íntimamente ligados entre sí que se condicionan mutuamente, de manera que es difícil llegar a conclusiones definitivas respecto a cada uno de ellos en particular sin tener en cuenta soluciones dadas por el legislador respecto a otros"¹. Y un claro ejemplo de ello lo constituye, precisamente, las conexiones que guardan los derechos de libertad sindical, negociación colectiva y huelga. Por ello, aun cuando el núcleo de la presente investigación se centra en el derecho a la negociación colectiva, se intentará, a modo de orientación y como puntos de referencia, identificar y conectar las distintas piezas normativas que

¹. DEL REY GUANTER, S., "Los convenios colectivos de franja", R.E.D.T., núm. 17, 1.984, pág. 113. En idéntico sentido, RAYON SUAREZ, E., "Sindicatos de cuadros y negociación colectiva. El estado de la cuestión en la doctrina de los tribunales", D.L., núm. 9, 1.983, págs. 122 y ss.

Evolución

configuran los derechos colectivos en la Función Pública.

I. EL SISTEMA JURIDICO PRECONSTITUCIONAL.

2. El derecho de negociación colectiva gira en torno a la libertad sindical, eje imprescindible y vital de todo sistema de relaciones colectivas. La aceptación legal del sindicato en la Función Pública es presupuesto previo e imprescindible para el reconocimiento jurídico de los medios de defensa de sus intereses tales como la negociación colectiva y la huelga.

Pues bien, hasta finales de los años setenta, la libertad sindical había sido desconocida en relación a los funcionarios públicos². Desde finales del s. XIX, se implantaría la libertad de asociación en la Función Pública, plasmándose en la existencia de un importante movimiento asociativo funcional, especialmente en las primeras décadas de este siglo. No obstante, existía una clara separación respecto al sector laboral, que se plasmaba jurídicamente en el tratamiento diferenciado que el asociacionismo funcional recibiría en la ley de bases de funcionarios civiles de 1.918. Dicha diferenciación se acentuaría en la II República, ya

². Sobre la evolución de la libertad sindical de los funcionarios públicos en España ver ORTEGA ALVAREZ, L., Los derechos sindicales de los funcionarios públicos, Madrid, 1.983, págs. 88 y ss; PARADA VAZQUEZ, J.R., Sindicatos y asociaciones de funcionarios públicos, Madrid, 1.968, págs. 111 y ss.

Evolución

que la Constitución de 1.931 los separaba claramente a efectos asociativos de los sindicatos (art. 41), lo cual se concretó a nivel legal ordinario en su exclusión de las normas que regulaban los sindicatos en el ámbito laboral. Tras la contienda civil, los funcionarios públicos, en general, no sólo se verían excluidos del sindicalismo oficial, sino que incluso verían negada su libertad de asociación, por más que una corriente doctrinal defendiera, no sin cierta dosis de voluntarismo, la aplicación de tal libertad a los funcionarios a partir de la normativa asociativa de 1.964.

Esta ausencia de canales sindicales se vió acompañada, y en ello se ha diferenciado del sector laboral desde 1.958, por la ausencia de negociación colectiva³. Por lo que se refiere a la huelga de funcionarios públicos, ésta ha tenido la consideración tradicional de delito desde el siglo XIX. La formulación del Código Penal de 1.944 (art. 22.1), reformado en 1.965, configuró durante las últimas décadas a sus cumplidores reos de sedición.

3. Hasta el R.D. 1.839/1.976, de 16 de julio, y, más aún, el R.D. 1.522/1.977, de 17 de junio, los funcionarios no verían reconocido por primera vez en el ordenamiento jurídico español un tipo de asociacionismo de carácter sindical no muy diferenciado del

³. Vid. FERNANDEZ GONZALEZ, V., "Sobre la aplicación de los convenios colectivos sindicales al personal dependiente de la Administración pública", R.P.S., núm. 71, 1.966, págs. 66 y ss.

Evolución

que también por esas fechas se reconocía en el sector laboral. No obstante, tal reconocimiento no supondría la implantación del sistema de negociación en la determinación de las condiciones de trabajo. En estas normas tan sólo se contemplaban formas de consulta y participación que, además de una evidente carencia de incidencia jurídica, no encontrarían un desarrollo efectivo⁴. Este derecho no representaba una alteración relevante de los principios jurídicos que determinaban la forma de fijación de las condiciones de trabajo en la Administración, principios estos que podían resumirse en la unilateralidad imperante a lo largo de la relación jurídica funcionarial.

4. Es evidente, por tanto, el retraso en el reconocimiento de los derechos colectivos en la Función Pública⁵. Si bien este rasgo es común a todos los derechos colectivos, es más sobresaliente en el caso del derecho de negociación colectiva. De los muchos factores que pueden explicar este retraso, la doctrina ha destacado dos⁶. En primer lugar, el peso del sistema anterior que hacía de la negociación colectiva una institución de difícil implantación en la

⁴. Vid. DEL REY GUANTER, S., "Evolución general y problemática fundamental de las relaciones colectivas en la Función Pública", en A.A.V.V., Seminario sobre relaciones colectivas en la Función Pública, Sevilla, 1.989, pág.37; PARADA VAZQUEZ, J.R., "Sindicalismo y huelga en los Servicios públicos", en A.A.V.V., Jornadas Administrativas del I.N.A.P., I.N.A.P., Madrid, 1.978, pág. 169.

⁵. Así, DEL REY DEL GUANTER, S., "Evolución..", cit., pág. 36.

⁶. DEL REY GUANTER, S, op. ult. cit., págs. 54 y ss.

Evolución

Función Pública. En efecto, admitir el sindicato en este ámbito significa admitir que, en la determinación de las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos, éstos últimos tienen un interés directo; que, en consecuencia, pueden existir distintas posiciones al respecto, además de la de la Administración, y que, en muchos aspectos, pueden existir divergencias entre aquella y la mantenida por los representantes de los funcionarios públicos. Pero la implantación de la negociación colectiva supone un paso más, representa una auténtica revolución en la forma de gestionar las relaciones con dichos funcionarios por parte de la Administración. Hasta ese momento se está en el reino de la más completa unilateralidad. Las condiciones de trabajo son establecidas y modificadas por la norma legal y reglamentaria. Todo lo más, la Administración había descendido a consultar determinados aspectos sobre materias funcionariales, pero sin que ello representara una vinculación a las opiniones que pudieran expresar los representantes de los funcionarios públicos.

Junto a ello, no es posible negar el hecho de que si en el ámbito privado tenía y tiene que desarrollarse un equilibrio entre los intereses de los trabajadores y un interés netamente particular -el de la empresa-, aquí el ajuste se tiene que desarrollar entre los intereses de los funcionarios y los del Gobierno y de la Administración en cuanto tales, tratándose de los intereses nada

Evolución

más y nada menos que públicos.

Con estos precedentes se llega a lo que, sin duda, es el punto de partida del nuevo sistema legal de relaciones colectivas, a saber, la Constitución de 1.978.

II EL DERECHO DE NEGOCIACION COLECTIVA EN LA CONSTITUCION.

1. La Constitución y sus referencias a la Función Pública.

5. La Constitución se refiere a los funcionarios en particular en tres momentos: al regular los derechos y libertades, al ocuparse del Gobierno y la Administración y al relacionar las materias sobre las que el Estado ostenta competencia exclusiva.

a) Preceptos relativos a la función pública se contienen, en efecto, en el Capítulo II del Tít. I relativo a los Derechos y Libertades con todas las consecuencias jurídicas que dimanen de ese emplazamiento sistemático. En primer lugar, según el art. 23.2 los ciudadanos "tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalan las

Evolución

leyes"⁷. También deben aquí ser recordados el art. 26, que prohíbe los Tribunales de Honor en el ámbito de la Administración Civil y de las organizaciones profesionales. Mucha más trascendencia tiene a estos efectos el art. 28, que reconoce los derechos de sindicación y de huelga a los funcionarios públicos, si bien admitiendo "peculiaridades" en la regulación del ejercicio de la libertad sindical. Por último, el art. 35 donde se les reconoce el derecho al trabajo, el derecho a remuneración suficiente, libertad profesional, y no discriminación en el trabajo⁸.

b) Por otra parte, el art. 103.3, a cuyo tenor "la ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, las peculiaridades del ejercicio de su derecho de sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones".

c) Por último, también se ocupa la Constitución de los funcionarios al relacionar las materias reservadas a la competencia exclusiva del Estado. Entre ellas, en efecto, incluye las bases

⁷. Es cierto que se trata de un derecho de los ciudadanos, pero aún así los principios que establece son ricos en consecuencias para la materia funcionarial. ENTRENA CUESTA, R., Curso de derecho administrativo, V 1/2, Organización administrativa, Madrid, 1.990, pág. 330.

⁸. MARTIN VALVERDE, F., "El ordenamiento laboral en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", R.P.S, núm. 137, 1.983, pág. 117. Vid. la S.T.C.O. 178/1.989, de 2 de noviembre.

Evolución

"del régimen estatutario de sus funcionarios" (art. 149.1.18). Se atribuye, pues, carácter compartido a la legislación sobre la materia, en el sentido de que habrá de ser el Estado, en todo caso, el que dicte las bases que delimitan el campo normativo autonómico, sin que ello suponga exclusión o vaciamiento de las competencias de las Comunidades Autónomas.

6. Del juego combinado de estos preceptos surge uno de los problemas más graves que plantea la Constitución. Los términos de la cuestión son los siguientes. El art. 28 reconoce a los funcionarios públicos los derechos de libertad sindical y de huelga, lo cual, en principio, podría suponer el reconocimiento del derecho de negociación. La Constitución vendría, así, a dismantelar el sistema anterior de determinación unilateral de las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos. Sin embargo, el panorama se oscurece al relacionar este precepto con el art. 103 de la Constitución, donde se establece una reserva legal en materia funcionarial y se sujeta la actuación administrativa al principio de legalidad.

¿Cómo conciliar la reserva de ley y la sujeción de la Administración al principio de legalidad con la admisión de la negociación colectiva de las condiciones de empleo de los funcionarios?. Resulta, pues, obligado que la búsqueda de una

Evolución

solución satisfactoria tenga que partir del análisis sistemático de los preceptos antedichos, que salve las aparentes contradicciones entre los mismos. De esta forma, la hipótesis de partida que se va a tratar de verificar es la de si la Constitución atribuye capacidad negociadora a los sujetos negociadores en la función pública, esto es, si reconoce la aptitud genérica de los funcionarios y del empleador público para ser parte de un acuerdo o convenio colectivo.

2. La capacidad negociadora de los funcionarios públicos.

7. Dos tesis contrapuestas se han venido defendiendo a propósito de la titularidad del derecho a la negociación colectiva. La de quienes piensan que la Constitución ni reconoce ni impide el derecho a la negociación colectiva, sino que remite a la ley la regulación de la materia⁹, y la de quienes piensan que la Constitución si reconoce este derecho. A su vez, esta segunda vía doctrinal se desglosa en dos posiciones sensiblemente distintas. La de quienes entienden que el art. 37.1 es aplicable a los

⁹. BLASCO ESTEVE, A., "La negociación colectiva de los funcionarios públicos", R.E.D.A., núm. 52, 1986, págs. 509 y ss; DEL REY GUANTER, S., Estado, Sindicatos y relaciones colectivas en la Función Pública, I.N.A.P., Madrid, 1.986, págs. 110 y ss.

Evolución

funcionarios públicos¹⁰; y la de quienes consideran que el derecho de negociación colectiva de los funcionarios se explica como una de las facultades o posibilidades de la libertad sindical, desplazando así su fundamento constitucional del art. 37.1 al art. 28.1 de la C.E.¹¹.

8. A este respecto, han de distinguirse dos vertientes en la cuestión planteada. Por un lado, habrá que determinar si los funcionarios públicos están o no incluidos en el art. 37.1 de la C.E. Por otro lado, y caso de responder negativamente a la anterior pregunta, habría que establecer las consecuencias que de por sí implica el reconocimiento de los derechos de libertad sindical y huelga a los funcionarios públicos en el sentido de analizar si la negociación está comprendida o no en ellos.

Se trata, por tanto, de determinar el alcance que la Constitución confiere a estos derechos colectivos, comenzando por

¹⁰. MARTINEZ ABASCAL, V.A., "Alcance y efectos de la capacidad convencional en la función pública española", R.E.D.T., núm. 39, 1.989, págs. 445 y ss; ORTEGA ALVAREZ, L., Los derechos sindicales de los funcionarios públicos, Madrid, 1.983, págs. 324 y ss.

¹¹. En esta posición se sitúa la mayor parte de los miembros de la doctrina. APARICIO TOVAR, J., "La contratación colectiva de los funcionarios públicos, en "Jurisprudencia constitucional y relaciones laborales", Centro de estudios Constitucionales, Madrid; 1983, págs. 307 y ss; BAYLOS GRAU, A., "El derecho de negociación colectiva de los funcionarios públicos", "La Ley", 21-12-1.982, pags. 130 y ss; LOPEZ GANDIA, J., "Las relaciones colectivas en el empleo público y la Constitución española", Revista de Derecho Público, 1.981, págs. 406 y ss; RODRIGUEZ PIÑERO, M., "La negociación colectiva de los funcionarios públicos en la Ley 9/1.987", R.L., núm. 20, 1.987, págs. 2 y ss.

Evolución

el derecho de negociación colectiva consagrado en el art. 37.1 de la Constitución.

2.1. La aplicación del art. 37.1 a la Función Pública.

9. De acuerdo con el art. 37.1 de la Constitución, "la ley garantizará el derecho a la negociación colectiva laboral entre representantes de los trabajadores y empresarios, así como la fuerza vinculante de los convenios". La clave de este precepto consiste en determinar si es o no aplicable a los funcionarios públicos. Dos son los términos empleados por el constituyente cuya interpretación ha planteado problemas a la doctrina a la hora de resolver esta cuestión: de un lado, la calificación de la negociación colectiva como "laboral" y, de otro, la utilización del término "representantes de los trabajadores y empresarios".

El alcance del calificativo laboral ha merecido pronunciamientos doctrinales encontrados. Para un sector doctrinal con el empleo de este término se pretende calificar la negociación colectiva desde el punto de vista subjetivo de los protagonistas de la misma¹². Ambito subjetivo que abarca, en exclusividad, la

¹². DURAN LOPEZ, F., "El contenido de la negociación colectiva a la luz del nuevo sistema (constitucional) de relaciones laborales", en A.A.V.V., Estudios de Derecho del Trabajo en memoria del profesor Bayón Chacón, Madrid, 1980, pág. 533.

Evolución

relación de trabajo por cuenta ajena sometida a la legislación laboral¹³.

Un segundo sector doctrinal entiende que tal adjetivo sirve para calificar desde el punto de vista subjetivo a los protagonistas de la negociación como sujetos privados, excluyendo al Gobierno como contraparte "política" de la negociación colectiva privada¹⁴. En esta línea, se afirma que el art. 37 no ampara las negociaciones políticas de los sindicatos y asociaciones empresariales con el Gobierno, porque la presencia de este último en las mismas desvirtúa la horizontalidad que, por esencia, es propia de la negociación colectiva a la que el art. 37.1 otorga fuerza vinculante cuando son los trabajadores y empleadores quienes pactan sin intervención del poder público. Pero con ello no se resuelve la cuestión de qué ocurre con los sujetos públicos, esto es, con el propio Gobierno, como posible contraparte de las relaciones colectivas con sus empleados, dada su doble fisonomía de órgano político y a la vez de gestor o director de la Administración pública.

Un tercer sector doctrinal entiende que tal término no es

¹³. APARICIO TOVAR, J., op. cit., pág. 314; DURAN LOPEZ, F., "El contenido..", cit., pág. 533. En sentido contrario, MARTINEZ ABASCAL, V.A., op. cit., pág. 445; ORTEGA ALVAREZ, L., op. cit., pág. 325.

¹⁴. VALDES DAL-RE, F., "La negociación colectiva en la Constitución", R.P.S., núm 121, 1.979, pág. 496.

Evolución

operativo como límite subjetivo del derecho, pues el mismo se refiere al contenido posible de la negociación colectiva¹⁵. En este sentido, se afirma que el término "laboral" debe entenderse en un sentido amplio, englobando todas las cuestiones que afectan a las relaciones laborales y que, lógicamente, sean disponibles por las partes negociadoras.

Comparto personalmente la última de las tesis expuestas con base en una interpretación sistemática del propio precepto constitucional. Así, la Constitución, al emplear el calificativo "laboral", pretende delimitar el ámbito objetivo de la negociación colectiva, sin prejuzgar para nada su ámbito subjetivo. Que ello es así lo corrobora la segunda de las expresiones antecitadas, "los representantes de los trabajadores y empresarios", que viene así a delimitar subjetivamente la negociación colectiva.

10. De este modo, la solución al problema planteado depende del alcance que se dé a esta última expresión. En principio, teniendo en cuenta que la Constitución hace un uso atécnico de dicho vocablo, como lo demuestra palpablemente una interpretación sistemática de los arts. 7 y 28 de la norma fundamental, cabría

¹⁵. Así, ALONSO OLEA, M., *Las fuentes del Derecho, en especial del Derecho del Trabajo según la Constitución*, Madrid, 1.982, pág. 114; SALA FRANCO, T. y otros, *Derecho del Trabajo*, Valencia, 1.991, pág. 166.

Evolución

entender que no existe razón de peso para estimar que el artículo 37.1 C.E. utiliza otro criterio¹⁶. Sin embargo, la doctrina laboralista que ha interpretado el artículo parece unánime al subrayar que el término "representantes de los trabajadores y empresarios" debe ser entendido aquí rigurosamente con referencia a las partes de la relación jurídico-laboral, sin que puedan ser extendidos respectivamente, a funcionarios y a la Administración¹⁷. A través de esta precisión, se circunscribe la negociación colectiva al estricto ámbito de las relaciones jurídico-laborales, excluyéndose la actividad comercial de aquellos otros grupos profesionales que prestan su trabajo en el marco de una relación jurídico-administrativa: funcionarios públicos y personal al servicio de la Administración en régimen de Derecho Administrativo.

En fin, el art. 37.1 de la Constitución no resulta aplicable al ámbito de la Función Pública. Como tampoco lo es, y por idéntica razón, el art. 37.2 de la Constitución, donde se reconoce a los "empresarios y trabajadores" el derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo. Pero ello no quiere decir que no exista fundamentación constitucional a la negociación colectiva, pues,

¹⁶. MARTINEZ ABASCAL, V.A., op. cit., pág. 444; ORTEGA ALVAREZ, L., op. cit., pág. 325.

¹⁷. Ver, por todos, ALONSO OLEA, M., "Comentario al art. 37.1 C.E." en A.A.V.V, Constitución española de 1.978, Tomo III, 1.983, pág. 607; APARICIO TOVAR, J., op. cit., pág. 314; BORRAJO DACRUZ, E., "Los derechos colectivos de los médicos del sector público", Revista de Seguridad Social, núm 13, 1.982, pág. 23.

Evolución

como inmediatamente se analiza, ésta puede estar comprendida en el derecho de libre sindicación del que son titulares los funcionarios públicos.

2.2. El derecho de negociación colectiva como derivación del art. 28 C.E.

2.2.1. La doctrina del tribunal Constitucional sobre el "contenido esencial" del art. 28.1. C.E.

11. La Constitución, que contempla de modo fragmentario e incompleto la libertad sindical¹⁸, no recoge de forma expresa la acción sindical entre las manifestaciones de aquel derecho. Después de haber garantizado un ejercicio libre de la actividad de los sindicatos de trabajadores, por supuesto dentro del respeto a la Constitución y a la Ley (art. 7), la norma sistemáticamente adecuada para especificar el ámbito objetivo del derecho se limita a formular exclusivamente la libertad de afiliación positiva y negativa, y el derecho de los sindicatos a formar confederaciones u organizaciones internacionales¹⁹.

¹⁸. PALOMEQUE LOPEZ, C., Derecho Sindical, Madrid, 1.988, pág. 105.

¹⁹. CRUZ VILLALON, J., "El reconocimiento legal de la representación y la acción sindical en la empresa", en RODRIGUEZ PIÑERO (coord), Comentarios a la Ley de Libertad Sindical, Madrid, 1.986, pág. 226; GARCIA MURCIA, J., "La actividad y los criterios de representatividad", R.L., núm. 16, 1.987, pág. 10.

Evolución

Sin embargo, el contenido esencial de la libertad sindical trasciende la relación específica de derechos del art. 28.1, por cuanto que ésta carece, como el propio Tribunal Constitucional ha puesto de relieve, de un carácter exhaustivo y tákativo²⁰. Es decir, la enumeración del citado precepto no agota todas las vertientes de la libertad sindical. Precisamente, será el propio Tribunal Constitucional quien, desde los inicios de su funcionamiento, irá delimitando su ámbito objetivo, esto es, el conjunto de facultades y derechos que conforman la libertad sindical, en su vertiente individual y colectiva, así como los diferentes espacios por los que puede transcurrir la acción de los sujetos sindicales²¹.

Y esta labor la acometerá con "un talante abierto y firme, promocional"²², tomando como premisa la conjunción del art. 28.1 de la Constitución con el art. 7 del propio texto. De esta manera, el Tribunal Constitucional, en interpretación y aplicación del art. 7,

²⁰. En efecto, el máximo intérprete de la Constitución ha subrayado el carácter meramente ejemplificativo de la relación de derechos contenida en el art. 28.1: "A este respecto es de destacar que por muy detallado y concreto que parezca el enunciado del art. 28, número 1, de la Constitución a propósito del contenido de la libertad sindical, no puede considerarse como exhaustivo, sino meramente ejemplificativo de que la enumeración expresa de los derechos concretos que integran el genérico de la libertad sindical no agota, en absoluto, el contenido global o total de dicha libertad" (S.T.C.O. 23/1.983, de 25 de marzo)

²¹. Sobre la evolución de la doctrina del Tribunal Constitucional ver CASAS BAAMONDE, M^a.E. y ESCUDERO RODRIGUEZ, R., "Representación unitaria y representación sindical en el sistema español de relaciones laborales", R.E.D.T., núm. 17, 1984, pág. 60 y ss.

²². CASAS BAAMONDE, M^a.E. y ESCUDERO RODRIGUEZ, R., op. cit., pág. 62.

Evolución

ha situado el derecho a la actividad sindical entre los contenidos de la libertad sindical: "El derecho constitucional de libertad sindical comprende no sólo el derecho de los individuos a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección sino asimismo el derecho a que los sindicatos fundados y aquellos a los que la afiliación se haya hecho, realicen las funciones que de ellos es dable esperar, de acuerdo con el carácter democrático del Estado y con las coordenadas que a esta Institución hay que reconocer a las que se puede sin dificultad denominar "contenido esencial"²³. A juicio del Alto Tribunal, estas funciones comprenden, entre otras, la negociación colectiva, la huelga²⁴ y el planteamiento de conflictos colectivos²⁵.

Concretamente, con respecto a la negociación colectiva, eje central del presente trabajo, el Tribunal Constitucional señala que "al pronunciarse sobre el contenido esencial de la libertad sindical, este T.C.O. ha declarado ya en numerosas ocasiones que forma parte del mismo el derecho de los sindicatos al ejercicio de las facultades de negociación y conflicto a que se refieren los párrafos 1 y 2 del art. 37 C.E. Ello no es sino consecuencia de una

²³. S.T.C.O. 70/1.982, de 29 de noviembre. Doctrina que se reitera, entre otras, en las S.T.C.O. 39/1.986, de 31 de marzo y 9/1.988, de 25 de enero.

²⁴. S.T.C.O. de 8 de abril de 1.981.

²⁵. S.S.T.C.O. 70/1.982, de 29 de noviembre y 37/1.983, de 11 de mayo.

Evolución

consideración del derecho de libertad sindical que atiende no sólo a su significado individual consagrado en el art. 28.1 C.E., sino también a su significado colectivo, en cuanto derecho de los sindicatos al libre ejercicio de su actividad de cara a la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que le son propios (art. 7 C.E.), permitiendo así integrar el contenido del derecho a la propia actividad del sindicato, dentro de la cual la negociación colectiva constituye sin duda el medio primordial de acción"²⁶.

12. Esta doctrina ha sido formulada por el Tribunal Constitucional en relación a las organizaciones sindicales del sector laboral, con ocasión de una serie de recursos de amparo interpuestos por éstas contra decisiones judiciales que les negaban la legitimación para convenir colectivamente conforme a lo previsto en el E.T. ¿es trasladable este razonamiento al ámbito de la Función Pública, esto es, en relación a los funcionarios públicos y sus organizaciones sindicales?.

2.2.2. El derecho de sindicación de los funcionarios públicos.

13. Si el derecho de negociación colectiva forma parte del

²⁶. S.T.C.O. 73/1.984, de 27 de junio, f.j. nº 1. Doctrina que se reitera, entre otras, en las sentencias 98/1.985, de 29 de julio; 39/1.986, de 31 de marzo; 104/1.987, de 17 de marzo y 9/1.988, de 29 de enero.

Evolución

contenido esencial de la libertad sindical, lo primero que hay que destacar es que la Constitución reconoce expresamente el derecho de libertad sindical de los funcionarios públicos, sin más especialidad que una llamada al establecimiento legislativo de peculiaridades en su ejercicio²⁷. El reconocimiento constitucional del derecho es significativamente doble: 1º) por lo pronto, en el marco general de la libertad sindical, se establece que la ley "regulará las peculiaridades de su ejercicio (del derecho de sindicación) para los funcionarios públicos" (art. 28.1 C.E.); 2º) en tanto que, en el propio estatuto de la función pública, no se desaprovecha la ocasión de reiterar que la ley regulará "las peculiaridades del ejercicio de su derecho (de los funcionarios) de sindicación" (art. 103.3 C.E.).

Respecto de los miembros de las Fuerzas Armadas y de los Institutos Armados de carácter militar, el art. 28.1 señala que la ley de desarrollo constitucional "podrá" limitar o exceptuar el ejercicio de este derecho²⁸. De este modo, la Constitución remite

²⁷. La titularidad del derecho de sindicación por los funcionarios públicos es una tesis pacíficamente admitida por la doctrina y la jurisprudencia. Vid, por todos, PALOMEQUE LOPEZ, C., "El derecho de sindicación de los funcionarios públicos", R.F.D.U.C., núm 7, 1.985, págs. 179 y ss; SALA FRANCO, T., "La amplitud del derecho de sindicación", Claridad, núm. 8, 1.985, págs. 38 y ss. Ver la S.T.C.O. 98/1.985, de 29 de julio, f.j. nº 1.

²⁸. La conformidad internacional de la Constitución es evidente, en tanto que todas las normas internacionales en materia de libertad sindical, que han sido ratificadas por el Estado español admiten la posibilidad de que se limite el derecho de sindicación a los miembros de la policía y de las Fuerzas armadas (arts. 9.1 Convenio nº 87 de la O.I.T., 5º de la Carta Social Europea, 8.2 del Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales de la O.N.U., 11.2 del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades

Evolución

a la ley la posibilidad de realizar amputaciones en los ámbitos subjetivo y objetivo del derecho de libertad sindical de estos colectivos funcionariales²⁹.

Acerca de los Jueces, Magistrados y Fiscales, el art. 127 señala que "la ley establecerá el sistema y modalidades de asociación profesional" de los mismos, exceptuándoles del derecho de sindicación, si bien admite un cierto "derecho de asociación profesional"³⁰.

14. El derecho de sindicación se reconoce, por tanto, a la mayoría de los funcionarios públicos, pues únicamente quedan excluidos los jueces, magistrados y fiscales y, eventualmente, las Fuerzas o Institutos Armados y los sujetos sometidos a disciplina militar. Los primeros pueden constituir asociaciones profesionales, mientras nada se dice en este punto respecto a los segundos.

De este modo, la Constitución se encarga con absoluta claridad

fundamentales y 1.3 del Convenio nº 151 de la O.I.T.

²⁹. La doctrina es unánime en este tema. Ver, por todos, GARATE CASTRO, J., "Ambito subjetivo de la libre constitución de sindicatos en las Administraciones Públicas", R.L., núm 9, 1.988, pág. 7; SALA FRANCO, T., "La amplitud..", cit., pág. 36.

³⁰. Sin embargo, dado el silencio de los Convenios nº 87 y 151 de la O.I.T. acerca de estos colectivos, a diferencia de los militares y policía, podría pensarse en la inadecuación del texto constitucional a las normas internacionales, que si parecen atribuir el derecho de libertad sindical sin limitación alguna a los jueces, magistrados y fiscales. Así, SALA FRANCO, T. y ALBIOL MONTESINOS, I., Derecho Sindical, Valencia, 1.992, pág. 568.

Evolución

de marcar las fronteras entre sindicato y asociación profesional no sindical reservada a determinados funcionarios. Y, en este sentido, hay que notar que "la separación conceptual entre sindicato y asociación profesional...puede ser considerada regla de oro de la Constitución"³¹. Las diferencias entre ambas categorías jurídicas no son meramente terminológicas ni se sitúan en la tutela que merecen, en tanto que la colocación sistemática de los derechos de sindicación y de asociación es idéntica, sino que son cualitativas y de contenido, como lo demuestra, por otra parte, la misma evolución histórica de la libertad sindical de los funcionarios públicos en el ordenamiento jurídico español³². La asociación profesional es defensora meramente de los intereses de carrera, lo que la convierte en vigilante de la aplicación de la legalidad en lo que a sus miembros se refiere. No se inmiscuye en la acción administrativa, sino que se limita sólo al control de esa acción, y por ello es el mejor guardian de la legalidad. El sindicato, en cambio, no se limita a una acción defensiva de la posición profesional de los sindicados, sino que se constituye en sujeto político para configurar un orden económico y social más justo.

En definitiva, el reconocimiento del derecho de sindicación a

³¹. PALOMEQUE LOPEZ, C., "El sindicato como sujeto político", en A.A.V.V., Estudios de Derecho del Trabajo en memoria del profesor Bañón Chacón, Madrid, 1980, pág. 565.

³². Ver APARICIO TOVAR, J., op. cit., págs. 380 y ss; LOPEZ GANDIA, J., op. cit., págs. 403 y ss

Evolución

los funcionarios públicos frente al mero reconocimiento del derecho de asociación a jueces, magistrados y fiscales implica ya un primer nivel de autonomía colectiva, necesario e imprescindible para una construcción del "interés colectivo" de la categoría como interés propio y diverso de la Administración pública frente a la tesis clásica que identifica al funcionario con ésta³³. De esta manera, el reconocimiento de esta relación de alteridad entre el funcionario y la Administración permite la posibilidad de una participación de las organizaciones sindicales de los funcionarios en la determinación de las condiciones de trabajo de éstos.

2.2.3. El alcance de las peculiaridades de la libertad sindical de los funcionarios públicos.

15. El reconocimiento del derecho de sindicación en favor de los funcionarios públicos no va a suponer la aplicación del régimen sindical común³⁴, puesto que el propio constituyente en el mismo art. 28.1 y reiteradamente en el art. 103.3 prevé la peculiarización de su ejercicio ("la ley regulará las peculiaridades de su ejercicio para los funcionarios públicos"), lo

³³. Así, LOPEZ GANDIA, J., op. cit., pág. 406.

³⁴. DESDENTADO BONETE, A., "Una nota sobre los derechos sindicales de los funcionarios públicos en la Ley Orgánica de Libertad Sindical", Claridad, núm. 8, 1.985, pág. 49.

Evolución

que introduce un elemento de indeterminación³⁵. De esta manera, surge el problema de dilucidar hasta qué punto la lógica interpretativa que el Tribunal Constitucional ha desarrollado respecto a la libertad sindical de los trabajadores es también aplicable y ello hasta qué punto, a aquella de los funcionarios.

16. La solución a este interrogante exige la previa determinación del alcance y extensión de las "peculiaridades" del ejercicio de la libertad sindical de los funcionarios públicos.⁴

Un sector doctrinal³⁶, aun aceptando que el hecho de que los funcionarios públicos estén incluidos en el art. 28.1 debe inducir a afirmar que les tiene que ser de aplicación hasta cierto punto la lógica interpretativa que el Tribunal Constitucional ha desarrollado respecto a los trabajadores a la hora de analizar el art. 28.1, en el sentido de que el contenido esencial de la libertad sindical sobrepasa el puro momento orgánico o estrictamente organizativo, considera que la expresa mención de las "peculiaridades" de la libertad sindical de aquellos concede al legislador un acentuado grado de discrecionalidad. Se afirma, en

³⁵. LOPEZ GANDIA, J., op. cit., pág. 407.

³⁶. BLASCO ESTEVE, A., op. cit., pag. 513; DEL REY GUANTER, S., "Libertad sindical y funcionarios públicos", en A.A.V.V., Comentarios a la Ley de Libertad Sindical, Madrid, 1.986, pág. 105; PARADA VAZQUEZ, J.S., Derecho Administrativo, Vol. II, Organización y empleo público, Madrid, 1.990, pág. 444.

Evolución

este sentido, que tales peculiaridades, por lo que se refiere a su componente dinámico, pueden afectar tanto al reconocimiento mismo del derecho a la negociación como, caso de que sea efectivamente reconocido, a la ordenación de su ejercicio. Desde esta posición se concluye que este derecho no está ni prohibido ni impuesto por la Constitución al legislador ordinario, de forma que su existencia y regulación dependen de la actividad normativa de este último.

Pero el constituyente, como apunta otra parte de la doctrina³⁷, no reconoce al legislador un margen de discrecionalidad tan amplio como se pretende. A este respecto, la propia estructura conceptual del art. 28.1 C.E. ofrece una clave interpretativa segura para intentar delimitar el alcance y extensión de las peculiaridades del ejercicio del derecho de libertad sindical³⁸. En efecto, el legislador constituyente utiliza en dicho precepto y de forma disyuntiva hasta tres conceptos que tienen que ver con el ejercicio del derecho de libertad sindical, y de cuya comparación es posible obtener conclusiones válidas a propósito del término "peculiaridades": 1º) excepciones ("La ley podrá limitar o exceptuar el ejercicio de este derecho...", art. 28.1 C.E.), no son

³⁷. En esta línea, se enmarcan la mayoría de los miembros de la doctrina. Ver, por todos, BAYLOS GRAU, A., op. cit., pág. 12; DESDENTADO BONETE, A., op. cit., pág. 56; PALOMEQUE, C., Derecho..., cit., pág. 98 y ss.

³⁸. Ver la argumentación que realiza PALOMEQUE LOPEZ, C., Derecho..., cit., págs. 98 y ss.

Evolución

otras que exclusiones del derecho para determinados colectivos o categorías de funcionarios, esto es, expulsión de los mismos del ámbito subjetivo del derecho; 2º) Límites ("La ley podrá limitar o exceptuar..", art. 281. C.E.) o, en cuanto supuestos personalmente no exceptuados, amputación de determinados derechos y facultades integrantes del contenido esencial de la libertad sindical, y 3º) peculiaridades (la ley "regulará las peculiaridades de su ejercicio para los funcionarios públicos", art. 28.1, y también en similares términos art. 103.3, ambos C.E.), que, al no tratarse forzosamente de excepciones ni de límites -el legislador constituyente ha utilizado de modo consciente un vocablo diferente-, nada tienen que ver con amputaciones en los ámbitos subjetivo y objetivo del derecho.

17. A partir del artículo 28.1 C.E., y se acepta el razonamiento precedente, se sabe ya lo que no son peculiaridades de ejercicio de la libertad sindical para los funcionarios públicos. La regulación diferenciada que constitucionalmente se postula es la de que no puede contener exclusiones de la titularidad y disfrute del derecho, ni siquiera limitaciones de los derechos propios del contenido esencial de la libertad sindical (art. 28.1 y 53.1



Evolución

C.E)³⁹. Así, las peculiaridades de la libertad sindical de los funcionarios públicos no pueden afectar al contenido esencial, no autorizan a restringir los derechos complementarios de negociación, de huelga y de planteamiento de conflicto colectivo, sino que con esta expresión se trata más bien de adaptar su ejercicio a las especialidades objetivas de la prestación de trabajo en la función pública⁴⁰.

Por todo ello no se puede decir que no exista fundamento constitucional a la negociación colectiva en este sector, pues de lo anterior se ha deducido con claridad que ese derecho para los funcionarios públicos debe extraerse directamente como consecuencia inevitable del derecho de sindicación.

2.2.4. El derecho de huelga de los funcionarios públicos.

18. En apoyo de la anterior argumentación habría que traer a colación, además, el reconocimiento que la Constitución hace del

³⁹. Así, ORTEGA ALVAREZ, L., op. cit., págs. 320 y ss, PALOMEQUE LOPEZ, C., Derecho..., cit., pág. 98; PIÑAR MAÑAS, J.L. y BELTRAN DE FELIPE, Funcionarios. Organos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación, Madrid, 1.989, pág. 10.

⁴⁰. DESDENTADO BONETE, A., op. cit., págs. 49 y ss; LOPEZ GANDIA, J., op. cit., pág. 406.

Evolución

derecho de huelga⁴¹. En efecto, como ha estimado la mayor parte de la doctrina, los funcionarios públicos tienen derecho a la huelga; derecho cuyo ejercicio se realiza directamente al amparo de la norma constitucional⁴². De este modo, si la huelga se configura, según la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1.981, en marcada dependencia institucional respecto de la negociación colectiva; ¿cómo entonces afirmar que cuando menos existe un reconocimiento de intereses antagónicos susceptibles de composición contractual, aunque modulada por las exigencias estatutarias del funcionario público?. Ciertamente, sería un contrasentido que se reconociese la huelga a los funcionarios y no en cambio el de negociación colectiva, pues sin duda la huelga suele ser el recurso utilizado al fracasar las vías negociadoras, que, por tanto, deben ser las primeras en ser utilizadas.

De otro modo, y por las mismas razones, como la fijación de las condiciones de trabajo, dentro de una concepción estatutaria,

⁴¹. Sobre la conexión de los derechos de huelga y de negociación colectiva en la función pública ver APARICIO TOVAR, J., op. cit., pág. 311; BORRAJO DACRUZ, E., "Los derechos..", cit., págs. 7-8; BAYLOS GRAU, A., op. cit., pág. 133; ORTEGA ALVAREZ, L., op. cit., págs. 322 y ss.

⁴². Ver, entre otros, DIEZ SANCHEZ, J.L., El derecho de huelga de los funcionarios públicos, Madrid, 1.990, págs. 67 y ss; GOMEZ CABALLERO, P., "El derecho de huelga en la Función Pública", R.E.D.T., núm. 27; 1.986; págs. 389 y ss; MARTIN VALVERDE, A., "La huelga en las Administraciones Públicas: titularidad, límites y procedimientos", en A. A. V. V., Seminario sobre las relaciones colectivas en la Función Pública, Sevilla, 1.989, págs. 363 y ss; SALA FRANCO, T. y GOERLICH PESET, J.M^a, "La huelga de los funcionarios públicos", R.L., núm. 4, 1.985, págs. 665 y ss. En sentido contrario, se manifiesta DEL REY GUANTER, S., "Libertad..", cit., pág. 98.

Evolución

supone, por definición, el ejercicio de potestades normativas del Estado, las huelgas de funcionarios en apoyo de sus reivindicaciones e intereses se encuadrarían dentro del concepto de huelga política establecido por el propio Tribunal Constitucional, a la cual le es negado un reconocimiento constitucional⁴³.

19. Por todo ello hay que concluir que si no se quiere desnaturalizar el derecho de sindicación funcional convirtiéndolo en mero derecho de asociación profesional como el reconocido a los miembros de la carrera judicial, y se respeta el derecho de huelga de los funcionarios, la determinación de la voluntad administrativa en la fijación de la relación de servicio funcional debe instrumentarse a través de categorías contractuales y no mediante el ejercicio de potestades normativas.

3. La capacidad negocial de la Administración Pública.

20. No es que los funcionarios no puedan presentarse, en ejercicio de su autonomía colectiva como parte negocial que asuma las consecuencias pactadas en un convenio colectivo; lo que hay que averiguar, por el contrario, es si la Administración puede hacer otro tanto.

⁴³. Así, ORTEGA ALVAREZ, L., op. cit., pág. 322.

Evolución

Con singular agudeza, la doctrina ha advertido que la principal dificultad para el reconocimiento de la negociación colectiva en el ámbito funcional no reside tanto en los funcionarios públicos cuanto en la propia Administración⁴⁴. Los factores que han obstaculizado la identificación del derecho de negociación colectiva de los funcionarios con anterioridad a la Constitución y que, en buena medida, aún lo condicionan, derivan de su inserción en una estructura organizativa, que cuenta con un empleador -la Administración Pública- formalmente revestido de unos principios que impregnan la relación de empleo público con sus funcionarios.

Así, todas las razones que se aducen para llegar o condicionar la capacidad convencional de la Administración pública en la esfera de la relación de empleo público vienen referidas a la singularidad de su posición jurídica en el entramado de los poderes públicos.

3.1. La reserva legal en materia funcional.

21. El principal argumento que se arguye es la reserva de ley que, para la regulación del estatuto de los funcionarios públicos establecen los arts. 103.3 y 148.1.18 de la C.E. Ahora bien, este

⁴⁴. ORTEGA ALVAREZ, L., op. cit., pág. 326.

Evolución

razonamiento ofrece diversos flancos a la crítica. En primer lugar, el art. 149.1.18 no establece una reserva legal en materia funcional. Este precepto pretende separar los ámbitos entre el Estado y las C.C.A.A., pero no entre los órganos con potestad normativa dentro de cada una de estas dos esferas, que es lo que entra en juego cuando se habla de la reserva legal⁴⁵.

En segundo lugar, sin entrar en esta sede en el alcance de la reserva legal establecida en el art. 103.3. de la C.E., si hay que indicar que la misma tiene un carácter relativo y no absoluto⁴⁶. La Ley no tiene que regular todos los aspectos de la relación funcional, siendo posible la remisión al reglamento. Nada se opone, por tanto, a que la Administración negocie con los sindicatos funcionariales el espacio que la ley le asigne⁴⁷. Del mismo modo, que en el campo laboral los convenios colectivos deben respetar las normas estatales de derecho necesario, coexistiendo también en materia laboral una reserva de ley en la Constitución

⁴⁵. Ver, por todos, GARCIA DE ENTERRIA, E., Estudios sobre Autonomías Territoriales, Madrid, 1.985, pág. 321.

⁴⁶. Ver, entre otros, BAENA DEL ALCAZAR, M., "Artículo 103. La organización y la función pública", en A.A.V.V., Comentarios a la Leyes Políticas. Constitución española de 1.978, Tomo VIII, Edersa, Madrid, 1.985, pág. 261; MARTINEZ ABASCAL, V.A., "Contenido de la negociación colectiva. Materias de consulta obligatoria y de consulta potestativa", en A.A.V.V, Seminario sobre las relaciones colectivas en la Función Pública, Sevilla, 1.989, pág. 343 y ss. En este mismo sentido, la S.T.C.O. 99/1.987, de 11 de junio.

⁴⁷. En el mismo sentido, BLASCO ESTEVE, A., "La negociación colectiva de los funcionarios públicos", R.E.D.A., núm. 57, 1.986, pág. 545; MARTINEZ ABASCAL, V.A., "Alcance..", cit., pág. 472; ORTEGA ALVAREZ, L., op. cit., pág. 327.

Evolución

("La Ley regulará un estatuto de los trabajadores" (art. 35.2)) que no impide la negociación colectiva⁴⁸.

3.2. La sujeción de la Administración al principio de legalidad.

22. Un segundo elenco de razones surge en relación con las exigencias derivadas del principio de legalidad que, expresado en términos genéricos, postula el sometimiento de la Administración a la totalidad "del bloque jurídico". Razonamiento que tampoco puede ser compartido, ya que si la Constitución establece que la Administración Pública actúe "con sometimiento a la ley y al derecho", ello obliga también a que actúe con sometimiento al ordenamiento constitucional en el que se contemplan los derechos sindicales de los funcionarios públicos⁴⁹.

También en estrecha relación con las exigencias que impone el principio de legalidad, se arguye la inviabilidad de atribuir capacidad convencional a la Administración para negociar con los funcionarios, a causa del mandato constitucional de que sirva con objetividad los intereses generales, cuya delimitación vendría así

⁴⁸. SALA FRANCO, T., "Los derechos colectivos en la Función Pública", Temas Laborales, núm. 5, 1.985, págs. 77-78.

⁴⁹. BLASCO ESTEVE, A., op. cit., pág. 451; ORTEGA ALVAREZ, L., op. cit., pág. 326.

Evolución

exclusivamente encomendada a aquella. En sentido contrario, hay que señalar que el interés público no es independiente de los intereses individuales y colectivos, sino que está al servicio de los ciudadanos y no a la inversa⁵⁰. Por consiguiente, conferir capacidad convencional a la Administración para que negocie las condiciones de empleo de sus funcionarios no sólo no atenta contra su misión servicial de los intereses generales, sino que es plenamente acorde con el deber constitucional que corresponde a los poderes públicos de "facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social" (art. 9.2 C.E.), deber que no puede agotarse en un nivel estrictamente político sino que necesariamente debe trascender al ámbito socioeconómico⁵¹. Es decir, que aquella capacidad convencional se halla del todo justificada desde la perspectiva de posibilitar la efectividad del principio de participación -en este caso referida a la negociación colectiva funcionarial-, pues la definición de los intereses generales se produce por la incorporación a los mismos de intereses sectoriales y, por tanto, aunque la Administración "sirve con objetividad" dichos intereses generales, la determinación de estos es el resultado de un proceso de fluidez y constante puesta en práctica de los mecanismos participativos.

⁵⁰. Ver MARTINEZ ABASCAL, V.A., "Alcance..", cit., págs. 473 y ss.

⁵¹. ABASCAL MARTINEZ, V.A., "Alcance..", cit., pág. 473.

Evolución

Como derivación del principio de legalidad se esgrime asimismo el mandato constitucional de que la Administración funcione de acuerdo con los principios de neutralidad, imparcialidad, igualdad en el acceso a la función pública en base a los criterios de mérito y capacidad. Sin embargo, algunos de estos principios no son propios o específicos de la función pública, sino que constituyen la concreción o especificación de principios más generales aplicables tanto al empleo privado como al empleo público⁵². Piénsese, en este sentido, en el principio de igualdad en el acceso, como especificación del principio de igualdad ante la ley (art. 14) o de no discriminación (art. 35), aplicables tanto al sector privado (art. 17 E.T.), como al público o, también, en las garantías de imparcialidad, concepto que es bastante similar al principio de corrección o de buena fe o, en general, a los llamados deberes éticos del contrato de trabajo.

No se pueden sobrevalorar excesivamente estos principios como si fueran propios y peculiares de la función pública, y, sobre todo, no pueden ser interpretados de modo que se acabe por relativizar el disfrute de los derechos colectivos reconocidos a los funcionarios en la Constitución⁵³. La exigencia de que la

⁵². LOPEZ GANDIA, J., op. cit., pág. 423.

⁵³. LOPEZ GANDIA, J., op. cit., pág. 424.

Evolución

Administración actúe de un modo imparcial, sujeta a la Ley, de forma que se impida una utilización o un uso del aparato con fines políticos o de partido, no puede traducirse en negar la negociación colectiva con el argumento de que de ese modo se consigue una Administración más "neutra". La negociación colectiva no tiene por que poner en peligro la "neutralidad política" de la Administración.

23. En definitiva, y a modo de conclusión, la capacidad negocial de la Administración no está reñida ni con la reserva legal ni con el respeto al principio de legalidad. Es difícil entender que, de la interpretación constitucional aquí sostenida - un derecho de negociación colectiva basado en el derecho de libertad sindical-, pueda reconocerse a la Administración esta capacidad ope constitutione⁵⁴. Es necesario que una ley articule un procedimiento para la emanación de su voluntad negocial. A partir de entonces la Administración podrá negociar cumpliendo escrupulosamente la ley. Pero si hay que señalar que sólo se pueden respetar los derechos sindicales de los funcionarios públicos si la Administración asume su condición de parte empresarial y se despoja de su posición de autonomía.

⁵⁴. ORTEGA ALVAREZ, L., op. cit. pág. 327.

Evolución

Así, pues, el problema para la aplicación del derecho de negociación en la Función Pública no lo constituyen los funcionarios sino la propia Administración. Pero es que, si bien se mira, esta específica condición del empleador público no se dá exclusivamente en sus relaciones con los funcionarios, sino también en las relaciones laborales que mantiene con su personal laboral. Piénsese, en este sentido, en la especial configuración de la personalidad sindical de la Administración, en la reserva legal existente en materia de gastos del sector público y, entre ellos, los del personal laboral (art. 134.2 C.E.), .., etc⁵⁵. No se puede dar tanta trascendencia a la singular posición jurídica de la Administración. Lo que ésta implica es que la negociación acaso no pueda abordar las mismas materias ni adoptar la misma fórmula que en el sector laboral, pero no que está sea imposible.

III. LA NORMATIVA INTERNACIONAL.

24. El texto constitucional concede a los Tratados Internacionales un doble efecto normativo e interpretativo. Así, el art. 96 dispone en relación a la generalidad de los Tratados Internacionales válidamente celebrados que "una vez publicados

⁵⁵. Sobre las peculiaridades de la negociación colectiva del personal laboral al servicio de las A.A.P.P. ver LOPEZ GANDIA, J., op. cit., pág. 412; SALA FRANCO, T., Incidencia de la legislación laboral en el marco de la Función Pública, I.N.A.P., Madrid, 1.989, págs. 56 y ss.

Evolución

oficialmente en España formarán parte de su ordenamiento interno"; es decir, que los Tratados son normas jurídicas de aplicación por parte de todos los poderes públicos. Además, el art. 10.2 de la Constitución reenvía a los mismos la interpretación de sus propios preceptos. Por ello, es necesario examinar los preceptos de los Tratados o Acuerdos Internacionales suscritos por España que afecten a la negociación colectiva para interpretar "ex art. 10.2" de la Constitución los arts. 28.1 y 37 referidos a los derechos de libertad sindical y de negociación colectiva.

25. EL Convenio nº 87 de la O.I.T., sobre "libertad sindical y protección del derecho de sindicación"⁵⁶, adopta una interpretación amplia del concepto de libertad sindical en el sentido de que ésta comprende tanto el "derecho de organización sindical como el derecho a ejercer actividades sindicales dentro y fuera de los centros productivos"⁵⁷, actividades que incluyen, sin duda, la negociación colectiva⁵⁸. La aplicación de este convenio a los funcionarios públicos es evidente, en cuanto que su art. 9, de forma excepcional, se remite a la legislación nacional para que ésta pueda determinar "hasta que punto se aplicarán a las fuerzas

⁵⁶. Ratificado por España el 13 de abril de 1.977 ("B.O.E." 11 de mayo de 1.977)

⁵⁷. VALDES DAL-RE, F., "La negociación colectiva en la Constitución", R.P.S., núm. 1.979, pág. 476.

⁵⁸. ORTEGA ALVAREZ, L., op. cit. , pág. 330.

Evolución

armadas y la policia las garantías previstas por el presente convenio" (art. 9). Esto es, sólo para un sector concreto de los funcionarios públicos se prevé una atenuación de los principios derivados de la libertad sindical.

26. Sin embargo, el Convenio nº 98 de la O.I.T., sobre "derecho de organización y de negociación colectiva"⁵⁹, adoptado para completar el Convenio anterior en materia de negociación, excluye de su ámbito de aplicación a los funcionarios públicos. Este Convenio contiene expresamente en su art. 4 el mandato de que se adopten en los ordenamientos nacionales las medidas adecuadas para estimular y fomentar "el pleno desarrollo y uso de procedimientos de negociación voluntaria con objeto de reglamentar, por medio de convenios colectivos, las condiciones de empleo". Pero, como se ha dicho, este Convenio no es aplicable a los funcionarios, pues, aun cuando se prevé la posibilidad de limitar a las fuerzas armadas y a la policia las garantías establecidas en el Convenio (art. 5), con lo que cabría presumir su aplicación al resto del empleo público, el art. 8 establece que: "El presente Convenio no trata de la situación de los funcionarios públicos en la Administración del Estado y no deberá interpretarse, en modo alguno, en menoscabo de sus derechos o estatuto". Así, pues, este

⁵⁹. Ratificado por España el 13 de abril de 1.977 ("B.O.E." 11 de mayo).

Evolución

Convenio no es de aplicación al caso de los funcionarios públicos⁶⁰; si bien no altera las situaciones de determinados países en los que pudiera existir un tratamiento comun a este punto, tanto en el sector privado como en el sector público.

27. La Carta Social Europea⁶¹ recoge el derecho de negociación colectiva en su art. 6. Este artículo reconoce, con carácter programático, un derecho de negociación colectiva que comprende a su vez el favorecer la consulta paritaria entre los trabajadores y los empleadores (art. 6º.1)), promover procedimientos de negociación voluntaria para regular las condiciones de trabajo por medio de convenios colectivos (art. 6º.2)) y favorecer procedimientos de conciliación y arbitraje voluntario para solucionar los conflictos laborales (art. 6º.3)). Y lo refiere a los funcionarios públicos. En efecto, el art. 5 de la Carta, que alude al derecho de sindicación de los "trabajadores" incluye únicamente como posible excepción subjetiva los miembros de las Fuerzas Armadas. Por ello el derecho de acción sindical a la negociación colectiva del art. 6 de la misma, referido también a

⁶⁰. En esta línea, se manifiesta la mayor parte de la doctrina. Ver, por todos, SALA FRANCO, T., "La amplitud..", cit., pág. 40. ORTEGA ALVAREZ, L., op. cit., pág. 330, en cambio, propugna la aplicación del Convenio a los funcionarios, con fundamento en que éste es el criterio que mantiene la Comisión de Expertos para la aplicación de los Convenios y Recomendaciones de la O.I.T.

⁶¹. Ratificada por España en el Instrumento de 29 de abril de 1.980.

Evolución

los "trabajadores" no puede sino incluir a los funcionarios públicos⁶². El art. 31 de la Carta prohíbe, además, que puedan establecerse restricciones o limitaciones a este derecho : "Salvo las establecidas por la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática para garantizar el respeto de los derechos y libertades de terceros o para proteger el orden público, la seguridad nacional, la salud pública o las buenas costumbres".

Sin embargo, la Carta, en el deseo de conseguir que las obligaciones internacionales en ella contenidas sean ratificadas y efectivamente aplicadas por el mayor número posible de Estados, prevé que su ratificación no implicará la obligación de aceptar y llevar a cabo la totalidad de las obligaciones en ella contenidas⁶³. Así, concede a los Estados la facultad de elegir cinco dentro de siete artículos determinados, entre los que se encuentra el referente a la negociación colectiva (art. 20.1.b)). Ello explica que en el instrumento de ratificación se declare que España interpretará y aclarará este artículo "de manera que sus disposiciones sean compatibles con los arts. 28, 37, 103.3 y 127 de la Constitución española", esto es, bajo "reserva de interpretación" a la luz de estos preceptos constitucionales. El

⁶². ORTEGA ALVAREZ, L., op. cit., pág. 331.

⁶³. Ver RODRIGUEZ PIÑERO, M., "La Carta Social Europea y la problemática de su aplicación", R.P.S., núm. 118, 1.978, págs. 26 y ss.

Evolución

Estado español dentro del margen derogatorio que la Carta le deja no ratifica el art. 6 en lo referente a los funcionarios públicos, con lo que le priva de la virtualidad interpretativa a este efecto⁶⁴.

28. El Convenio nº 151 de la O.I.T., sobre protección del derecho de sindicación y los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la Administración Pública⁶⁵, contiene reglas específicas para adaptar el Convenio nº 98 al sector público. No alcanza, en principio, a los altos cargos, policía y ejército (art. 1). Con ser una amplia exclusión, sin embargo, quedan dentro del ámbito de aplicación del Convenio colectivos tan significativos como la judicatura y los funcionarios civiles de establecimientos militares.

⁶⁴. Para ORTEGA ALVAREZ, L., op. cit., pág. 332, tal reserva priva al art. 6 de su integración en el derecho interno, pero no impide que despliegue su función informadora respecto del ordenamiento jurídico español. En efecto, esta reserva debe entenderse inexistente porque, al anteponerse al efecto propio del art. 10.2 de la Constitución, representa una grave vulneración constitucional. Este precepto reenvía la interpretación de la tabla de derechos y libertades fundamentales de la Constitución al contenido de los tratados internacionales suscritos por España. En cambio, la reserva contenida en el instrumento de ratificación vulnera este mandato al trastocar la norma de reenvío y determinar que sea la Constitución quien interprete el Tratado.

Sin embargo, el tribunal Constitucional, en la sentencia 57/1.982, de 27 de julio, afirma que la Carta Social Europea ha sido ratificada por España: "bajo reserva de interpretación de los arts. 28, 37, 103.3 y 127 de la Constitución.. y en ésta no se reconoce a los funcionarios públicos la negociación colectiva como derecho o libertad fundamental". Por ello, al "existir directa reserva modal en la Carta resulta imposible efectuar ninguna interpretación con base a dicha norma".

⁶⁵. Ratificado por España el 22 de Junio de 1.984 ("B.O.E." 12 de diciembre de 1.984).

Evolución

El art. 7 del Convenio establece, con un claro carácter programático⁶⁶, que deberán "adoptarse, de ser necesario, medidas adecuadas a las condiciones nacionales para estimular y fomentar el pleno desarrollo y utilización de procedimientos de negociación entre las autoridades públicas competentes y las organizaciones de empleados públicos acerca de las condiciones de empleo, o de cualesquiera otros métodos que permitan a los representantes de los empleados públicos participar en la determinación de dichas condiciones". ¿A qué ese refiere el Convenio nº 151 cuando habla de "procedimientos de negociación..o cualesquiera otros métodos"?.

1º) Podría entenderse que el Convenio auspicia la participación de representantes unitarios y sindicatos. Pero el art. 3 de este Convenio parece referirse a los sindicatos cuando define la expresión "organización de empleados públicos" como "toda organización, cualquiera que sea su composición, que tenga por

⁶⁶. Ver, por todos, MARTINEZ ABASCAL, V.A, "Alcance..", cit., pág. 476; SALA FRANCO, T., "Derechos colectivos de los funcionarios públicos en la Comunidad Autónoma Valenciana", R. valenciana d'Estudis Autonomics, núm. 2, 1.985, pág. 32. Para OJEDA AVILES, A., op. cit., pág. 21, el Convenio tiene una operatividad inmediata porque utiliza los tiempos imperativos de los verbos, omite prácticamente toda referencia a la legislación interna. Además, entiende este autor que la determinación negocial de las condiciones de trabajo y la solución negociada e imparcial de los conflictos colectivos no necesitan de ninguna aclaración por la sencillez de los principios que rigen ambas fórmulas: la negociación equivale a solución por mutuo acuerdo y la conciliación, mediación y arbitraje no requieren ninguna explicitación distinta a su carácter imparcial e independiente, que inspire la confianza de los interesados, ya indicado por el mismo Convenio.

Evolución

objeto fomentar y defender los intereses de los empleados públicos"⁶⁷. Por ello, el derecho a la negociación colectiva del art. 7 del mismo, referido también a "las organizaciones de empleados públicos", no puede sino venir atribuido a los sindicatos⁶⁸.

2º) El Convenio cuando habla de "procedimientos de negociación {...} o cualesquiera otros métodos" de participación no se refiere a la participación de los sindicatos en los órganos colegiados de dirección de los entes públicos, sino a la participación sindical en la determinación de las condiciones de empleo en las Administraciones públicas⁶⁹.

3º) Pero el Convenio podría referirse a procedimientos de negociación o, en su caso, de participación institucional, de forma que la integración de representantes sindicales en órganos colegiados con funciones asesoras en la elaboración de las normas funcionariales cumpliría con las exigencias del Convenio. Sin embargo, de la interpretación sistemática del Convenio parece deducirse que la voluntad del Convenio es que se desarrolle al

⁶⁷. OJEDA AVILES, A., op. cit., pág. 26; SALA FRANCO, T. y ALBIOL MONTESINOS, I., op. cit., pág. 606.

⁶⁸. OJEDA AVILES, A., op. cit., pág. 26.

⁶⁹. OJEDA AVILES, A., op. cit., pág. 25.

Evolución

margen de las estructuras administrativas⁷⁰. En efecto, ello produciría la integración o corresponsabilización de los representantes sindicales con la Administración, propiciando la ingerencia de esta última y, precisamente, es preocupación manifiesta del Convenio evitar la ingerencia de la Administración en la administración y funcionamiento de los sindicatos funcionariales (art. 5). Además, el Convenio prevé la posibilidad de que surjan entre las partes conflictos colectivos novatorios, y resulta que los órganos administrativos de composición mixta son apropiados para desarrollar un rol integrativo, pero no de conflicto.

4º) Quizá pueda referirse el Convenio a cualquiera de las siguientes posibilidades: a) audiencias informales a las organizaciones de funcionarios, b) audiencia reglada a tales organizaciones; c) presentación de sugerencias o recomendaciones; d) participación en acuerdos negociados que necesitan de una norma posterior; y e) negociación en sentido estricto.

Sin embargo, de la interpretación contextual del propio Convenio se deduce que su voluntad se centra en la exigencia de

⁷⁰. En sentido semejante, se manifiesta BLASCO ESTEVE, A., op. cit., pág. 536, cuando señala que la participación sindical en el C.S.F.P. no cumple con las exigencias del Convenio. SALA FRANCO, T., "Derechos..", cit., pág. 34, en cambio, afirma que el Convenio obliga a introducir procedimientos de negociación o, en su caso, de participación institucional.

Evolución

negociaciones en sentido estricto (lo que no empece a que luego el acuerdo requiera de una norma posterior)⁷¹. En efecto, el art. 8 otorga preferencia a la negociación colectiva como medio de solución de los conflictos colectivos suscitados en la determinación de las condiciones de trabajo⁷². Por lo que resulta extremadamente difícil negar el derecho de negociación colectiva a los funcionarios, si la composición de sus conflictos colectivos debe alcanzarse mediante la vía contractual colectiva instrumentada. Máxime teniendo en cuenta que el acuerdo de terminación del conflicto parece debe tener el mismo valor que el pacto para la determinación de las condiciones de empleo cuya firma se pretendía cuando surgió el litigio colectivo.

Por último, el art. 8, con carácter programático, señala que la "solución de los conflictos que se planteen con motivo de la determinación de las condiciones de empleo se deberá tratar de lograr, de manera apropiada a las condiciones nacionales, por medio de la negociación entre las partes o mediante procedimientos independientes e imparciales, tales como la mediación, la conciliación y el arbitraje, establecidos de modo que inspiren la confianza de los interesados". De este modo, el Convenio exige que

⁷¹. OJEDA AVILES, A., op. cit., pág. 25.

⁷². MARTINEZ ABASCAL, V.A., "Alcance..", cit., pág. 457.

los conflictos colectivos novatorios sean negociados o sometidos a procedimientos independientes e imparciales como la mediación, la conciliación y el arbitraje. Aunque el Convenio es cauteloso en su formulación, esta obligación cercena de raíz la posibilidad de intentar zanjar la cuestión planteada con un decreto⁷³.

29. Finalmente, el Convenio nº 154 de la O.I.T., sobre fomento de la negociación colectiva⁷⁴, establece con carácter programático⁷⁵ que "se deberán adoptar medidas adecuadas a las condiciones nacionales para fomentar la negociación colectiva" con el objeto de "fijar las condiciones de trabajo y empleo" y "regular las relaciones entre empleadores o sus organizaciones y una organización o varias organizaciones de trabajadores, o lograr todos estos fines a la vez" (art. 2). El Convenio colectivo no excluye a los funcionarios, si bien permite que la legislación nacional fije "modalidades particulares de adaptación" del convenio (art. 1.3). Pero nótese que se utiliza aquí el término "modalidades", lo que parece excluir cualquier adaptación limitadora del derecho de negociación colectiva funcional⁷⁶. Con

⁷³. Ver OJEDA AVILES, A., op. cit., págs. 29 y ss.

⁷⁴. Ratificado por España por instrumento de 26 de julio de 1.985, con entrada en vigor el 11 de septiembre de 1.986.

⁷⁵. En sentido contrario, MARTINEZ ABASCAL, V.A., "Alcance..", cit., pág. 467.

⁷⁶. MARTINEZ ABASCAL. V.A., "Alcance..", cit., pág. 467.

Evolución

esta norma, por tanto, se quiere dar un tratamiento paralelo, siquiera sea en su momento inicial (y sin perjuicio de posteriores matizaciones) a la negociación colectiva de trabajadores por cuenta ajena y funcionarios públicos.

30. Las consecuencias que se pueden extraer de la regulación de estos dos últimos instrumentos normativos son las siguientes: primera, proporcionan, sin duda, la cobertura normativa específica, por si no fuera compartido el fundamento constitucional positivo anteriormente expuesto, para la incorporación al ordenamiento español de la negociación colectiva de los funcionarios públicos, la regulación de cuyas modalidades y régimen jurídico es claro que corresponde a la legislación nacional⁷⁷; segunda, que, "aunque dichas normas no contienen indicaciones expresas respecto del obligado acomodo constitucional del referido derecho, nada impide a la luz de la finalidad incentivadora que las mismas revisten, detectar ese acomodo constitucional para los funcionarios públicos"⁷⁸.

IV. LA POSTURA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

⁷⁷. Así, entre otros, RODRIGUEZ PIÑERO, M., "Dualismo representativo", R.L., núm. 18, 1.987, págs. 2-3.

⁷⁸. MARTINEZ ABASCAL, V.A., "Alcance..", cit., pág. 467.

Evolución

31. El Tribunal Constitucional, en una sentencia bastante polémica y debatida, la 57/1.982, 27 de julio, ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre este tema. En ella resuelve un conflicto de competencia entre los Gobiernos del País Vasco y del Estado español sobre el derecho a la negociación colectiva de los funcionarios. El conflicto versa sobre la pretensión de anulación, por infracción del art. 103.3 de la Constitución del Decreto del Consejo del Gobierno del País Vasco nº 83/1.901, sobre regulación colectiva de las condiciones de trabajo de la Administración local, mediante el cual se reconocía la práctica extendida en ésta de una verdadera negociación colectiva, utilizando el mismo instrumento normativo -el convenio con eficacia vinculante- para la regulación de condiciones de trabajo de dos colectivos de trabajadores jurídicamente diferenciados: los sometidos al derecho laboral y los sujetos al derecho administrativo.

La sentencia del Tribunal Constitucional pivota sobre los dos aspectos siguientes: el fundamento constitucional del derecho a la negociación colectiva de los funcionarios y, en segundo lugar, la competencia en materia de condiciones de empleo de los funcionarios locales y, estrictamente unido a lo anterior, la posibilidad de que los órganos políticos de una Comunidad Autónoma determinen una de entre las múltiples opciones reguladoras que caben dentro del reconocimiento constitucional de un derecho, sin que el Estado y

sus órganos políticos hayan elegido, previamente, la concreción del ejercicio de éste con carácter general.

1. El fundamento constitucional del derecho de negociación colectiva.

32. Respecto al primero de los aspectos señalados el Tribunal Constitucional considera que "la Constitución no reconoce a los funcionarios públicos el derecho a la negociación colectiva de sus condiciones de empleo" (fundamento jurídico nº 12), no pudiendo fundamentarse el derecho de negociación colectiva en el art. 37.1, en el art. 28.1 ("del derecho de sindicación de los funcionarios públicos no deriva como consecuencia necesaria la negociación colectiva, y menos todavía con efectos vinculantes, porque no existe un racional nexo causal que conduzca con exclusividad a aquellas consecuencias, al no ser obligado en lógica y en derecho que de la agrupación de los funcionarios en defensa de sus intereses, derive como única solución el celebrar un convenio obligatorio, haciendo perder la supremacía de la Administración con graves consecuencias": fundamento jurídico nº 9) o en el art. 14 de la Constitución ("tampoco surge el derecho de la negociación colectiva de las condiciones de empleo, de la igualdad de tratamiento de los trabajadores y funcionarios deducida de la Constitución...toda vez que prueba lo contrario el expresivo

contenido de los arts. 28.1 y 37.1 de la Constitución y la propia dicción de sus arts. 35.2 y 103.3 que remiten respectivamente a la ley para la regulación, por un lado, del "estatuto de los trabajadores" y, por otro, al "estatuto de los funcionarios públicos", pues sin duda la Carta Fundamental parte del hecho de tratarse de situaciones diversas por su contenido, alcance y ámbito diferente de función y actuación, y por eso independiza y diversifica su regulación legislativa, sometiéndolos a regulaciones diferenciadas que no parecen irrazonables": fundamento jurídico nº 9).

33. El Tribunal considera autónomamente el derecho de negociación colectiva, desagajado de los derechos de sindicación y huelga, pues, niega que los funcionarios vean reconocido en la Constitución el derecho de negociación colectiva, ni de manera autónoma ni derivada de la libertad sindical⁷⁹. Esta posición puede calificarse de incongruente, pues constituye "una quiebra de índole subjetiva" con relación a la doctrina mantenida por el mismo tribunal sobre el contenido esencial de la libertad sindical⁸⁰. Parece, pues, que el propósito del referido tribunal no es otro que el de preservar a todo trance la concepción acontractual de la

⁷⁹. BAYLOS GRAU, A., op. cit., pág. 133.

⁸⁰. CASAS BAAMONDE, M^a.E. y ESCUDERO RODRIGUEZ, R., op. cit., pág. 74.

Evolución

relación de empleo público en la vertiente de la teoría estatutaria⁸¹.

34. Sin embargo, una consideración más sistemática y en su conjunto de esta sentencia permite una lectura menos radical. A este respecto, debe tenerse en cuenta una serie de consideraciones que pueden explicar la posición del tribunal:

Primera, la decisión se refería a un conflicto de competencia y no a un amparo, lo que le ha facilitado el soslayamiento de cuestiones de fondo como, por ejemplo, las consecuencias que se debiesen desprender del reconocimiento del derecho de huelga de los funcionarios públicos⁸², y ha condicionado sus consideraciones sobre las peculiaridades de la libertad sindical de los funcionarios públicos. En efecto, éstas están presididas por la preocupación de determinar el sujeto que tiene atribuida la competencia para su regulación⁸³. De este modo, el Tribunal, ante la intervención normativa de la Comunidad Autónoma Vasca, se ve forzado en cierta medida a rechazar el fundamento constitucional

⁸¹. Esta argumentación es fielmente secundada por la jurisprudencia contencioso-administrativa. Ver, entre otras, las S.S.T.S. de 1 de marzo, 20 y 23 de abril de 1.983; 7 de febrero y 25 de junio de 1.984; 29 de octubre de 1.985.

⁸². ORTEGA ALVAREZ, L., op. cit., pág. 322.

⁸³. ORTEGA ALVAREZ, L., op. cit., pág. 321.

Evolución

del derecho de negociación colectiva, a fin de preservar la competencia legislativa estatal sobre la materia.

Segunda, los Convenios nº 151 y 154 de la O.I.T. no habían sido ratificados por España, lo que les privaba en aquel momento de los efectos previstos en los arts. 10.2 y 96 de la Constitución. De ahí, que el Tribunal Constitucional no los tuviera en cuenta en la sentencia⁸⁴.

Tercera, que la línea doctrinal sobre el contenido esencial de la libertad sindical está explanada en su mayor parte con posterioridad a la sentencia que aquí se comenta. Y, en este sentido, debe notarse que el Tribunal ha ido acotando los diferentes aspectos que conforman la libertad sindical de una forma progresiva y gradual⁸⁵. En efecto, sus primeros pronunciamientos sobre el ensamblaje entre actividad negocial y libertad sindical están dominados por la prudencia. No será hasta la sentencia 73/1.984, cuando el Tribunal configure claramente el derecho a la negociación colectiva como contenido esencial de la libertad sindical. Por ello, es de prever que si no se le hubiera planteado

⁸⁴. En este sentido, el Tribunal afirma que el Convenio nº 151 de la O.I.T. no es de aplicación para interpretar el derecho a la negociación colectiva "ya que (..) no ha sido ratificado por España" (S.T.C.O. 57/1.982, de 27 de julio, f.j. nº 10).

⁸⁵. Ver VALDES DAL-RE, F., "El derecho a la negociación colectiva laboral en la Jurisprudencia constitucional", R.L., núm. 2, 1.990. pág. 5.

Evolución

esta cuestión tan tempranamente su posición no hubiera sido tan cautelosa. No obstante, en esta misma sentencia el Tribunal Constitucional aporta un argumento que puede ser utilizado favorablemente para el reconocimiento del derecho de negociación colectiva de los funcionarios, al declarar que las peculiaridades de la libertad sindical pueden "afectar al contenido no esencial de este derecho"⁸⁶. Por consiguiente, puede afirmarse que la tesis restrictiva sostenida por esta sentencia está superada por la jurisprudencia posterior del Tribunal Constitucional⁸⁷.

Cuarta, que las partes en sus respectivas alegaciones planteaban el tema a decidir en los términos siguientes: si el contenido de la relación funcional debía ser desarrollado unilateralmente por la Administración, o si podía ser sustituido este sistema por la negociación colectiva vinculante realizada a través del sistema paritario. Ello explica que el Tribunal al resolver el recurso identifique el convenio colectivo con la negociación colectiva de efectos vinculantes prevista en el art. 37.1⁸⁸. Bajo esta perspectiva es lógico que niegue que del derecho

⁸⁶. S.T.C.O. 57/1.982, de 27 de julio, f.j. n° 8.

⁸⁷. DESDENTADO BONETE, A., "Los derechos colectivos en la función pública", Temas laborales, núm. 5, 1.983, pág. 83. Hay que notar, sin embargo, que la S.T.C.O. 99/1.987, de 11 de mayo, reafirma la concepción acontractual de la relación funcional (f.j. 3°c) y 6°a)).

⁸⁸. Subraya este aspecto BAYLOS GRAU, A., op. cit., pág. 134.

Evolución

de sindicación de los funcionarios públicos derive su derecho a celebrar convenios colectivos obligatorios, pues el art. 37.1, como se ha visto, no resulta aplicable a la función pública. Así, lo que parece excluir el Tribunal no es tanto una participación de los funcionarios en la determinación de las condiciones de trabajo, sino más exactamente el que ello haya de llevar, "como única solución el celebrar un convenio colectivo" con efectos vinculantes.

Sin embargo, la Constitución no establece un modelo único o cerrado de negociación colectiva, sino que, precisamente, cabe reconocer en la misma la eficacia de cuantas negociaciones emprendan los sujetos colectivos y de cuantos instrumentos jurídicos se deduzcan de ellas⁸⁹. No hay que confundir la negociación colectiva "stricto sensu", donde la Administración viene vinculada jurídicamente por los acuerdos, con otras formas de participación sindical en la determinación de las condiciones de empleo, distintas de la regulada en el E.T.

Y, en este sentido, hay que notar que el Tribunal Constitucional admite la existencia de un nexo conceptual entre el derecho de sindicación y la participación en la determinación de

⁸⁹. VALDES DAL-RE, F. "La negociación..", cit., pág. 458; SALA FRANCO, T., "La eficacia jurídica de los convenios colectivos", citado por LOPEZ GANDIA, J., "Las relaciones..", cit., pág. 416.

Evolución

las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos⁹⁰. A este respecto, el Tribunal Constitucional señala que "el legislador puede optar en amplio espectro por diferentes medidas de muy distinto contenido, que resuelvan adecuadamente la participación de los órganos representativos de los funcionarios en la fijación de las condiciones de empleo, como lo demuestra el derecho comparado, en que existen diversos sistemas determinados por: las negociaciones informales no previstas en la ley que representan meros consejos sin fuerza de obligar; la presentación de sugerencias o recomendaciones; las consultas oficiales a organismos paritarios creados por la ley, que sólo asesoran o dictaminan sin vinculación alguna; o la participación en acuerdos regulados por la ley, y que por regla generalizada, necesitan de una norma estatal o de una autoridad superior que apruebe el convenio, que en todo caso sufre la exclusión en mayor o menor medida en materias importantes, sustrayéndolas del ámbito de la negociación". Lo que significa que el legislador puede utilizar otras fórmulas "peculiares", pero no tiene por qué significar que el legislador tenga a su discreción el reconocer o no un margen de autonomía colectiva en el seno de la función pública, pues ello resulta ya del propio art. 28 de la Constitución.

⁹⁰. ORTEGA ALVAREZ, L., op. cit., pág. 321.

Evolución

En definitiva, no puede darse tanta trascendencia negativa a esta sentencia; lo que en última instancia afirma es que, en el régimen funcional, la negociación colectiva no puede abordar todas las materias ni ha de adoptar la fórmula contractual del convenio colectivo "laboral"⁹¹.

2.1. La competencia en materia de condiciones de empleo de los funcionarios locales.

35. Respecto al segundo de los aspectos señalados, el Tribunal afirma que la determinación de los sistemas de participación de los funcionarios en la fijación de sus condiciones de empleo "sólo al legislador estatal corresponde pues, de una parte, implica la regulación de un derecho fundamental (arts. 53.2 y 81.1.C.E.) en términos que aseguren la igualdad en su ejercicio (arts. 149.1.1) y, de otra, forma parte del régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del régimen estatutario de sus funcionarios (art. 149.1.18)". En ausencia de ese desarrollo legislativo estatal, las C.C.A.A han de atenerse a la legislación estatal vigente, aunque ésta sea preconstitucional, siempre que se interprete conforme a la Constitución. Quiere decirse con ello que, por el momento, los funcionarios están sometidos a las condiciones

⁹¹. Así, RODRIGUEZ PIÑERO, M., op. cit., pág. 3.

Evolución

de trabajo determinadas por la ley y los reglamentos, con exclusión del sistema de negociación colectiva. La situación funcional se halla entera y unilateralmente definida por los textos legales y reglamentarios, de forma que su estatuto puede ser modificado en todo momento, sin que tengan los funcionarios derecho adquirido a su mantenimiento. Estas son las bases a las que se han de ajustar las decisiones normativas de las Comunidades Autónomas, con lo que la modalización de esa relación funcional que necesariamente impone el reconocimiento de la libertad sindical, queda aplazada hasta que no intervenga el legislador estatal.

36. En este sentido, las conclusiones generales que cabe obtener de la sentencia del Tribunal Constitucional son las siguientes:

1º- El Tribunal Constitucional niega que la Constitución reconozca a los funcionarios públicos el derecho a negociar convenios colectivos con eficacia vinculante.

2º- Sin embargo, admite la existencia de un nexo conceptual entre el derecho de sindicación y la participación en la determinación de las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos. No obstante el Tribunal considera que este principio puede ser desarrollado a través de distintas vías.

3º- En todo caso, para que este derecho a participar en la

V. LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES EN MATERIA DE NEGOCIACION.

37. El precepto nuclear de la Constitución sobre el derecho a la negociación colectiva de los funcionarios es el art. 28.1, en tanto que, de acuerdo con la tesis aquí sostenida, aquella forma parte del "contenido esencial" de su libertad sindical. Pero este hecho, como ha señalado el Tribunal Constitucional, "no transforma la negociación colectiva en uno de los derechos fundamentales y libertades públicas en el sentido y con las consecuencias que da a este concepto la Constitución"⁹². Aunque esta afirmación es formulada en relación con el derecho de negociación colectiva laboral consagrado en el art. 37.1 C.E., es extrapolable al derecho de la negociación colectiva de los funcionarios públicos, por cuanto que el art. 37.1 sólo viene a subrayar el reconocimiento de un derecho que se encuentra ya implícitamente reconocido en los arts. 7 y 28.1 de la Constitución. Otra solución iría contra el principio de igualdad establecido en el art. 14 de la Constitución, produciéndose la inadmisibles situación paradójica de que el derecho de negociación colectiva de los trabajadores, que goza de un expreso y claro reconocimiento constitucional, disfrutaría de un menor nivel de garantías que el de los funcionarios públicos.

⁹². S.T.C.O. 98/1.985, de 29 de julio, f.j. nº 3.

Evolución

38. La fórmula normativa sobre la que descansa el reconocimiento implícito de este derecho plantea, por su parte, una cuádruple cuestión básica al hilo de otras tantas en juego: 1º) La eficacia del derecho; 2º) La instrumentación normativa; 3º) El alcance y contenido del derecho, y 4º) La protección judicial.

1. La eficacia del derecho.

39. El art. 28.1 por su ubicación en el Capítulo 2º del Tít. I de la Constitución, es un precepto de aplicación directa y no programática (art. 53.1 C.E.). La remisión constitucional a una futura ley para que establezca las peculiaridades de la libertad sindical de los funcionarios públicos no altera esta conclusión⁹³. Las peculiaridades del derecho de sindicación no afectan al contenido esencial del mismo, por lo que no son argumento válido para privar de efectos la aplicación directa del contenido esencial del derecho de sindicación. Tampoco es posible congelar el ejercicio de la parte no esencial del derecho hasta la regulación de sus peculiaridades, pues ello implicaría, en definitiva la configuración de la tabla de derechos como una Carta programática, a expensas de que el legislador optase por su desarrollo normativo. Por consiguiente, en tanto que el derecho de negociación colectiva

⁹³. Vid. ORTEGA ALVAREZ, L., op. cit. ,pág. 319 y ss. Para BAENA DEL ALCAZAR, M., "La Función Pública en la Constitución y en la leyes orgánicas", en A.A.V.V., Administración y Constitución, Estudios en homenaje al profesor Mesa Moles, Servicio de Publicaciones de la Presidencia del Gobierno, Madrid, 1.981, pág. 61, las peculiaridades del derecho de sindicación dificultan su aplicación directa.

Evolución

constituye una manifestación de la libertad sindical de los funcionarios públicos, habría que concluir que participa de la misma eficacia. No existiría, de este modo, diferencia alguna con el derecho de negociación colectiva consagrado en el art. 37.1, que por su emplazamiento sistemático también está dotado de eficacia directa.

40. Sin embargo, como ha señalado el Tribunal Constitucional en reiteradas ocasiones, la eficacia directa de los artículos de la Constitución, cualquiera que sea su ubicación sistemática, será tanto más extensa en la medida en que contengan preceptos jurídicos cerrados, esto es, regulaciones completas, entendiendo por tales no tanto las que sean exhaustivas, sino las que sean portadoras de enunciados jurídicos autosuficientes, que no requieran para su plenitud y posibilidad de aplicación de regulaciones complementarias⁹⁴.

41. Y, en esta línea, debe notarse el diferente grado de concreción normativa con el que se reconocen los derechos de negociación colectiva de trabajadores y funcionarios. El art. 37.1 contiene un estatuto completo de la negociación colectiva, efectivo por sí y que no necesita de ningún complemento legal para desplegar

⁹⁴. Ver, entre otras, las S.T.C.O. 93/1.983, de 8 de noviembre, y 65/1.985, de 23 de mayo.

Evolución

eficacia inmediata⁹⁵. El texto constitucional contiene un esquema del sistema negocial, conformando el armazón jurídico de los aspectos más sobresalientes del mismo: titularidad del derecho, contenido de la actividad contractual y efectos del convenio colectivo. La remisión a una futura ley no desvirtúa la eficacia directa del derecho, por cuanto esa ley deberá "garantizar" y sólo es posible garantizar aquello que ha sido reconocido previamente⁹⁶. En cambio, el art. 28.1 de la Constitución no contiene una regulación completa del derecho de negociación colectiva de los funcionarios, que sea de por sí suficiente para enmarcar jurídicamente el sistema de negociación colectiva, necesitando, por tanto, de un desarrollo legal. Así, por ejemplo, no reconoce el derecho a la negociación colectiva con efectos vinculantes ni garantiza una determinada eficacia jurídica a los acuerdos que alcancen las partes. De ahí, que sea necesaria la emanación de una ley en la que se habilite a la Administración para el ejercicio de la actividad negocial y se establezcan las consecuencias jurídicas del mismo, habida cuenta de la necesaria sujeción de la

⁹⁵. Cfr. VALDES DAL-RE, F., "Configuración y eficacia de los convenios colectivos extraestatutarios", Acarl, Madrid, 1.989, pág. 25; SALA FRANCO, T., "Los convenios colectivos extraestatutarios", en A.A.V.V., Manifestaciones de la autonomía colectiva en el ordenamiento español", Acarl, Madrid, 1.989, pág. 46, insiste en el reconocimiento por el art. 37.1 de un derecho de forma directa e inmediata, esto es, ejercitable sin necesidad de desarrollo legal ordinario. Ver, por todas, La S.T.C.O. 58/1.985, de 30 de abril.

⁹⁶. SALA FRANCO, T y ALBIOL MONTESINOS, I., op. cit., pág. 350.

Evolución

Administración al principio de legalidad⁹⁷.

De esta manera, el derecho de negociación pasa a pertenecer al género de supuestos en los que, fuera de un "mismo contenido" -el contenido esencial-, se requiere para su ejercicio una previa interposición del legislador, una previa determinación de entre las opciones constitucionalmente posibles por obra del órgano legislativo⁹⁸. Lógicamente, el legislador ordinario habrá de respetar el contenido esencial del derecho (art. 53.1 C.E.), y sobre esa base habrá de formularse el necesario juicio de constitucionalidad de la ley. La entrada en vigor de los Convenios nº 151 y 154 de la O.I.T no cambia la conclusión anterior, ya que éstos se limitan a imponer una obligación de hacer a los Estados que han ratificado el Convenio pero sin crear directamente un derecho de negociación colectiva a favor de los funcionarios

⁹⁷. Este es el sentido de las palabras del Tribunal Constitucional cuando dice que "del derecho de sindicación de los funcionarios no deriva como consecuencia necesaria la negociación colectiva y menos con efectos vinculantes" y que "el legislador puede optar en amplio espectro de diferentes medidas...". En esta misma línea, ORTEGA ALVAREZ, L., op. cit., pág. 327, dice que es difícil reconocer a la Administración una capacidad contractual ope constitutione, siendo necesario que una ley la desarrolle. En sentido contrario, DESDENTADO BONETE, A., "Una nota..", cit., pág. 54, para quien las evidentes especialidades en la materia no pueden condicionar su ejercicio a una previa regulación legal de la materia.

⁹⁸. BAYLOS GRAU, A., op. cit., pág. 135, critica duramente la degradación de la libertad sindical de los funcionarios y el vaciado de su contenido, puesto que para que cobre efectividad el derecho reconocido en los arts. 7 y 28.1 se requiere la concreción del mismo por vía legislativa, lo que acerca dicho reconocimiento a una norma meramente programática para cuya protección hay que esperar a la ley de desarrollo del mismo. Y eso desborda la "razonable" regulación diferenciadora de los regímenes jurídicos entre funcionarios y trabajadores, también consagrada constitucionalmente, y constituye una línea interpretativa restrictiva de los derechos y libertades reconocidos en nuestra Constitución.

Evolución

públicos⁹⁹. De esta forma, se marca una notable diferencia no sólo con el derecho de negociación colectiva laboral, sino con los otros derechos colectivos de los funcionarios, esto es, libertad sindical y huelga¹⁰⁰.

2. La instrumentación normativa.

42. La determinación del vehículo o instrumento normativo destinado a regular el derecho de negociación colectiva de los funcionarios públicos plantea, por su parte, una doble cuestión. Una primera, que tiene que ver con la identificación precisa del instrumento legislativo adecuado para regular el derecho de negociación. En segundo lugar, determinar qué legislador, el estatal o el autonómico, es el competente para su ordenación

2.1. El rango de la normativa reguladora.

43. Como el derecho a la negociación colectiva forma parte del contenido esencial de la libertad sindical, cabría sostener que

⁹⁹. DESDENTADO BONETE, A., "Una nota..", cit., pág. 51. OJEDA AVILES, A., op. cit., págs. 26 y ss, en base al carácter imperativo, que a su juicio tiene el Convenio núm. 151, concluye que, mientras no se dicte la disposición legal que lo desarrolle, la negociación colectiva de los funcionarios públicos deberá someterse en cuanto a la preparación, competencia y adjudicación a las pautas de la legislación de contratos administrativos y en cuanto a la eficacia y extinción a las reglas del Derecho común.

¹⁰⁰. El vacío normativo existente en materia de huelga no puede enervar el recurso a la huelga por los funcionarios, que es ejercitable directamente en base al art. 28.2 de la Constitución. Ver, por todos, GOMEZ CABALLERO, P., op. cit., pág. 24; SALA FRANCO, T y GOERLICH PESET, J.M^a., op. cit., pág. 5.

Evolución

su regulación debería realizarse mediante ley orgánica. No ha sido ésta, sin embargo, la solución acogida por el legislador. La Ley Orgánica 11/1.985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical (L.O.L.I.S.), reconoce el derecho de negociación colectiva a las organizaciones sindicales de los funcionarios públicos y prevé, frente al sistema de negociación colectiva estatutaria, la existencia de unos específicos procedimientos de consulta o negociación para la determinación de las condiciones de trabajo en las Administraciones Públicas. Pero no acomete la regulación de este derecho, señalando que su ejercicio se reconoce "en los términos previstos en las normas correspondientes" (art. 2.2.d)).

44. Esta opción legal no dejó de merecer, ya en el primer debate parlamentario, la acusación de inconstitucionalidad por desatender el doble mandato formulado por la C.E. de regular las peculiaridades del ejercicio del derecho de sindicación de los funcionarios públicos, reproducida con posterioridad como primer motivo del recurso previo de inconstitucionalidad planteado contra el proyecto por sesenta y cinco diputados de los grupos popular, centrista y minoría vasca.

El Tribunal Constitucional saldría al paso de este reproche, al establecer que "una declaración de inconstitucionalidad sólo podría producirse en tal caso porque existiese un mandato constitucional expreso de regular la materia en cuestión en la

Evolución

disposición impugnada. Tanto el artículo 28.1 ("La Ley regulará las peculiaridades de su ejercicio para los funcionarios públicos") como el art. 103.3 ("La Ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos..") remiten ciertamente a la ley, pero es evidente que el término se refiere al rango de la norma o más genéricamente al legislador, sin que se defina una norma específica; o sea, que no implica la necesidad de que la sindicación de los funcionarios públicos y sus peculiaridades se regulen en un único instrumento legislativo.."¹⁰¹

En fin, de las palabras del Tribunal se deduce claramente que el derecho de sindicación de los funcionarios y sus peculiaridades no tienen porque regularse en un único instrumento legislativo.

45. Pero no se resuelve con ello cuál debe ser el rango de la normativa reguladora del derecho de negociación colectiva de los funcionarios. Aunque el citado Tribunal no se pronuncia de modo específico sobre esta segunda cuestión, si aporta suficientes argumentos para resolver satisfactoriamente el problema:

1º) En primer lugar, afirma que "la determinación de los sindicatos que están facultados para participar en los procedimientos de fijación de las condiciones de trabajo, así como

¹⁰¹. S.T.C.O. 98/1.985, de 29 de julio, f.j. nº1.

Evolución

convocar elecciones a los órganos de representación, poseen la doble condición de formar parte de las bases de dicho régimen estatutario, y constituir un desarrollo de la libertad sindical (pues se refieren a las funciones sindicales, e inciden en la competencia entre sindicatos), atribuido al Estado por los artículos 81.1 y 149.1.1 de la C.E.)"¹⁰², de lo que se deduce claramente que la decisión de establecer sistemas de consulta y negociación es orgánica por constituir un desarrollo directo de la libertad sindical¹⁰³.

2º) En segundo lugar, el Tribunal Constitucional, frente a la imputación de inconstitucionalidad de la L.O.L.I.S. por no regular todos los aspectos de la libertad sindical, en especial por lo que se refiere a la negociación colectiva laboral, cuya regulación se remite a una norma de carácter no orgánico, declara que: "resulta cierto que la negociación colectiva es, como ha declarado en reiteradas ocasiones este tribunal, un medio necesario para el ejercicio de la actividad sindical que reconocen, junto a las libertades colectivas de organización, los artículos 7 y 28.1 de la Constitución (...). Pero este hecho no transforma la negociación colectiva en uno de los derechos fundamentales y libertades

¹⁰². S.T.C.O. 98/1.985, de 29 de julio, f.j. nº 17.

¹⁰³. CASAS BAAMONDE, M^a.E., "Los derechos sindicales de los funcionarios públicos en las administraciones públicas vascas", en A.A.V.V., Administración Pública y Sindicalismo, Zarautz, 1.988, pág. 56. Esta misma conclusión se extrae de la S.T.C.O. 57/1.982, de 27 de julio, f.j. núm 8.

Evolución

públicas en el sentido y con las consecuencias que da a este concepto la Constitución, y tanto la Sala primera como la segunda de este Tribunal se han pronunciado con claridad al respecto, entre otras, en las sentencias números 118/1.983, de 13 de diciembre (B.O.E de 11 de enero) y 45/1.984, de 27 de marzo (B.O.E de 25 de abril)"¹⁰⁴. En base a ello, y dado que el art. 37.1 no está incluido entre aquellos que deben ser desarrollados mediante Ley Orgánica, referida por el artículo 81.1 de la C.E. a los derechos fundamentales y libertades públicas, rechaza la referida acusación de inconstitucionalidad.

Esta afirmación, aunque referida "prima facie" al derecho de negociación colectiva de los trabajadores, es extrapolable al derecho de negociación de los funcionarios, en tanto que ambos forman parte del "contenido esencial" de la libertad sindical. En consecuencia, la ordenación del derecho de negociación colectiva de los funcionarios no requiere una ley orgánica¹⁰⁵.

46. De todo lo anterior, se puede concluir que la elección del sistema de participación de los funcionarios públicos en la determinación de las condiciones de trabajo corresponde al ámbito de la ley orgánica. En cambio, la regulación de los mismos sólo

¹⁰⁴. S.T.C.O. 98/1.985, de 29 de julio, f.j. nº 3.

¹⁰⁵. En este mismo sentido, DEL REY GUANTER, S., "Libertad..", cit., pág. 112; ESCUDERO RODRIGUEZ, R., "Comentario a la Ley 9/1.987", R.L., núm. 15, 1.987, pág. 64.

Evolución

está sometida a reserva de ley ordinaria. De este modo, la regulación legal de tales sistemas podría ser acometida, en vía de principio, a través del Estatuto de los funcionarios públicos o de una ley de derechos colectivos de los funcionarios¹⁰⁶.

47. La expresión "estatuto" de los funcionarios, ha sido tradicionalmente interpretada por la doctrina administrativa, como comprensivo del contenido de una Ley que regula la relación jurídico funcional en sentido estricto¹⁰⁷. Ello incluiría el nacimiento de la relación (ingreso en la función pública), su contenido, es decir, los derechos y deberes que, junto a estos aspectos, incorporan los puntos capitales de las retribuciones y las incompatibilidades, la modificación de la relación (situaciones administrativas) y la extinción de la misma.

Pero ¿los derechos colectivos funcionariales forman parte del Estatuto?. Para una parte de la doctrina estos derechos no forman parte de su contenido¹⁰⁸. Los argumentos manejados por este sector doctrinal son los siguientes: a) En primer lugar, una interpretación histórica del propio concepto, ya que es la Constitución de 1.978 la que por vez primera introduce los derechos

¹⁰⁶. Así, PALOMEQUE, C., Derecho..., cit., pág. 101.

¹⁰⁷. Sobre el concepto de "estatuto" ver BAENA DEL ALCAZAR, M., "La Función..", cit., pág. 63.

¹⁰⁸. Ver, por todos, ORTEGA ALVAREZ, L., op. cit., pág. 327.

Evolución

de sindicación, huelga y negociación colectiva de los funcionarios en el ordenamiento jurídico español; b) En segundo lugar, una interpretación integradora del texto constitucional. Así, se señala que en el texto constitucional aparecen mencionados de forma separada el Estatuto y el derecho de sindicación. A los que cabría sumar el diferente carácter de la reserva de ley a que están sometidos los derechos de libertad sindical y de huelga, por un lado, y el "estatuto" de los funcionarios públicos, por otro.

Los anteriores argumentos no son plenamente convincentes, siendo más fundadas las razones que pueden llevar a una conclusión contraria, como son, brevemente expuestas, las siguientes. En primer lugar, el hecho de que hasta 1.978 no se implantaran los derechos sindicales de los funcionarios no significa que éstos, una vez reconocidos, no formen parte del contenido de su "estatuto", sino simplemente que entre los derechos que integran dicho estatuto no figuraban hasta esta fecha los derechos sindicales. Por otro lado, en el art. 103.3 también aparecen de forma separada el "estatuto" y el "acceso a la función pública, y, sin embargo, no cabe duda, como señala el Tribunal Constitucional, que "las normas que disciplinan estos ámbitos serán, en el concepto institucional, ordenadoras del estatuto de los funcionarios públicos, pues todos ellos interesarán directamente a las relaciones entre éstos y la

Evolución

Administración.."109. La tercera objeción queda desdibujada por la posibilidad de regular, en una misma ley materias orgánicas y materias no orgánicas, estableciendo luego en una disposición adicional el diferente carácter de los preceptos relativos a cada una de ellas.

48. En conclusión, se podrá discutir la conveniencia o no de regular el derecho de negociación colectiva en el Estatuto de la Función Pública¹¹⁰, pero lo cierto es que forma parte del mismo.

Esta vía normativa se intentó en un primer momento¹¹¹, pero pronto pudo considerarse abandonada. En efecto, en espera de la elaboración y envío a las Cortes de las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos, en desarrollo del art. 149.1.18 C.E., la Ley 30/1.984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública (L.M.R.F.P.), se limitaba a reconocer el derecho de negociación colectiva sin establecer su régimen jurídico. Finalmente, una Ley de derechos colectivos de los funcionarios, desgajada así del Estatuto de la Función Pública se ha convertido en la alternativa acogida para la regulación de este derecho. Solución que no puede tacharse de inconstitucional porque

¹⁰⁹. S.T.C.O. 99/1.987, de 11 de junio.

¹¹⁰. Para DEL REY GUANTER, S., "Libertad..", cit., pág. 113, el Estatuto de la función pública no es el lugar adecuado para la regulación en detalle de la negociación colectiva de los funcionarios.

¹¹¹. Ley Orgánica de Derechos y Libertades de los funcionarios públicos de 23 de septiembre de 1.981. Cfr. ORTEGA ALVAREZ, L., op. cit., pág. 334.

Evolución

no es indispensable que el Estatuto se contenga en una única Ley o texto normativo.

2.2. La distribución de competencias entre el Estado y las C.C.A.A.

49. Las normas reguladoras de los derechos colectivos de los funcionarios públicos, no obstante su similitud sustancial con otras del Derecho laboral, y en cuanto aplicables a las Administraciones y sus funcionarios, son formalmente de Derecho Administrativo¹¹², con la consecuencia fundamental de que su ordenación queda repartida entre las esferas estatal y autonómica. En efecto, una de las más llamativas diferencias entre la "legislación laboral" y la "legislación funcionarial" radica en el papel que respecto a una y otra corresponden al Estado y a las C.C.A.A. Mientras que la primera está reservada por completo al Estado, y las C.C.A.A. únicamente pueden asumir competencias de ejecución (art. 149.1.7º) C.E.)¹¹³, la segunda, en cambio, puede quedar repartida entre ambas esferas (art. 149.1.18) C.E.). De esta manera, surge el problema de determinar qué legislador es el

¹¹². PARADA VAZQUEZ, J.R., Derecho Administrativo; Organización y empleo público, Madrid, 1.988, pág. 374. Sobre la separación entre legislación laboral y legislación funcionarial a nivel constitucional ver MARTIN VALVERDE, A. "El ordenamiento..", cit., págs. 106 y ss.

¹¹³. Ver, por todos, CAMPS RUIZ, L.M. y SALA FRANCO, T., "Las competencias laborales de las Comunidades Autónomas en la Constitución y en los Estatutos de Autonomía, y su interpretación por el Tribunal Constitucional", R.L., núm. 5, 1.985, págs. 1007 y ss.

Evolución

competente para regular el derecho de negociación colectiva de los funcionarios públicos; problema que se plantea en relación con la Administración Autonómica y la Administración local.

50. Pero antes de responder a esta pregunta, conviene recordar las reglas de reparto competencial que marcan la reserva material de ley orgánica (art. 81 C.E.) y de la ley estatal sobre "las bases...del régimen estatutario" de los funcionarios (art. 149.1.18) C.E.), bien que de una forma somera, pues éste es el núcleo de otra exposición del trabajo. Por lo pronto, conviene notar que el art. 149.1.1. de la Constitución retiene para el Estado "la regulación de la condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales". Por lo que se refiere a la materia funcionarial, el art. 149.1.18 de la C.E. dispone que corresponde al Estado "las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del régimen estatutario de sus funcionarios, que, en todo caso, garantizarán a los administrados un tratamiento común ante ellas". De este modo, las C.C.A.A. pueden asumir en sus respectivos Estatutos de autonomía competencias normativas de desarrollo de las bases estatales en materia de estatuto funcionarial, salvo en las materias sometidas a reserva de

Evolución

ley orgánica¹¹⁴. Esto último sucede, por ejemplo, con el derecho de libertad sindical (art. 81.1 C.E.), por lo que su regulación corresponde, en exclusividad, al Estado, ya que la reserva no es general a la Ley, sino a un tipo específico y diferenciado de ley estatal, que no tiene paralelo, constitucionalmente reconocido, en el ámbito autonómico.

51. A la luz de las enunciadas reglas constitucionales de deslinde de competencias, hay que señalar lo siguiente:

1º- La determinación de los procedimientos en virtud de los cuales los funcionarios pueden participar en la fijación de sus condiciones de trabajo es básica y al tiempo orgánica por "constituir un desarrollo de la libertad sindical"¹¹⁵. Por ello, la elección entre las distintas medidas a que se refiere el Tribunal Constitucional sólo al legislador estatal corresponde¹¹⁶.

2º- Los procedimientos de negociación o de consulta se incluyen en el régimen estatutario de los funcionarios públicos y, en consecuencia, las bases de su regulación forman parte de las

¹¹⁴. Vid. JIMENEZ BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, A., "De nuevo en torno a las leyes orgánicas, las bases y las competencias legislativas de las Comunidades Autónomas", R.E.D.A., núm. 53, 1.987, págs. 117 y ss; MUÑOZ MACHADO, S., Las potestades de las Comunidades Autónomas, Madrid, 1.981, págs. 67 y ss.

¹¹⁵. Así, CASAS BAAMONDE, M^a.E., "Los derechos..", cit., pág. 86.

¹¹⁶. Así, las S.S.T.C.O. 98/1.985, de 29 de julio, f.j. nº17 y 27/1.982, de 27 de julio, f.j. nº8.

Evolución

competencias exclusivas del Estado. Así, lo ha establecido claramente el Tribunal Constitucional en relación con los funcionarios autonómicos en la sentencia 98/1.985, al declarar que su "...regulación compete al Estado, según el artículo 149.1.18 de la Constitución, tanto atendiendo a su propio contenido y función en dicho régimen, como a la necesidad de garantizar en este punto una igualdad fundamental de todos los funcionarios en cuanto al ejercicio de sus derechos fundamentales"¹¹⁷. Respecto a la Administración Local el tribunal Constitucional también considera la regulación de las condiciones de trabajo de los funcionarios de la Administración Local como parte de las bases de la competencia estatal¹¹⁸.

Ello no obstante, una vez establecidas unas bases comunes mínimas respecto a dicha negociación que asegure esa "fundamental igualdad" en las distintas Administraciones públicas, las C.C.A.A. podrán proceder a una especificación de las peculiaridades de la negociación en su respectivo ámbito, pues esta materia no está reservada a la ley orgánica¹¹⁹. De esta manera, el régimen jurídico aplicable a la negociación colectiva, aunque siempre habrá de mantenerse dentro de la "legislación básica" estatal, podrá ofrecer

¹¹⁷. S.T.C.O. 98/1.985, de 29 de julio, f.j. nº 17.

¹¹⁸. Ver S.T.C.O. 57/1.92, de 27 de julio, f.j. nº 8.

¹¹⁹. En idéntico sentido, DEL REY GUANTER, S., "Libertad..", cit., pág. 113.

Evolución

variantes de una Comunidad a otra; posibilidad ésta que no deja de ser una peculiaridad respecto a los trabajadores por cuenta ajena.

52. Al respecto, es conveniente señalar las siguientes observaciones:

Primera, que las C.C.A.A., que hayan asumido competencias normativas en materia funcionarial, podrán desarrollar la Ley estatal, sin necesidad de que ésta contenga habilitaciones específicas o se remita concretamente a la normativa autonómica para su desarrollo¹²⁰.

Segunda, que el desarrollo normativo autonómico habrá de tener lugar por Ley en el supuesto de que queden afectados aspectos reservados a la Ley en virtud del art. 103.3 de la C.E. o de cualquier otro precepto constitucional¹²¹.

Tercera, hay que tener en cuenta que en el ejercicio de las competencias normativas en materia de negociación colectiva quedan implicadas cuestiones pertenecientes a otras materias cuya

¹²⁰. Vid., por todos, BLASCO ESTEVE, A., "Normas básicas estatales y leyes de desarrollo de las Comunidades Autónomas: Jurisprudencia constitucional", R.E.D.A., núm. 33, 1.982, págs. 302 y ss.

¹²¹. La reserva de ley del art. 103.3 de la C.E. también incide sobre el desarrollo normativo autonómico. Ver, por todos, LOPEZ GUERRA, L., "En torno a la potestad reglamentaria de los órganos del Gobierno de las Comunidades Autónomas", en A.A.V.V., El Gobierno en la Constitución Española y en los Estatutos de Autonomía, Barcelona, 1.985, pág. 337.

Evolución

competencia también corresponde en todo o en parte al Estado. Es el caso de todo lo relacionado con la legitimación negocial de los sindicatos, ya que este aspecto posee "la doble condición de formar parte de las bases de dicho régimen estatutario y de constituir un desarrollo de la libertad sindical (pues se refieren a las funciones sindicales, e inciden en la competencia entre sindicatos) atribuido al Estado por los artículos 81.1 y 149.1.1 C.E."¹²². Por tanto, es el Estado, quien en ejercicio de ambos títulos competenciales, debe determinar qué sindicatos habrán de participar en los procedimientos de fijación de las condiciones de trabajo, sin que las C.C.A.A. y, menos aún, las C.C.L.L. puedan alterar la normativa estatal, ya sea para restringir o ampliar la capacidad negocial. También es el caso de todo lo relacionado con el proceso negocial, pues de acuerdo con el art. 149.1.18 de la C.E. es competencia exclusiva del Estado "el procedimiento administrativo común, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las C.C.A.A.". De esta manera, a pesar del innegable espacio teórico atribuido a las C.C.A.A., lo cierto es que el espacio real que puede quedar a la intervención normativa autonómica en esta materia es muy reducido.

Finalmente, hay que señalar que, de acuerdo con la cláusula de suplencia general del Derecho del Estado respecto al de las

¹²². S.T.C.O. 98/1.985, de 29 de julio, f.j.nº 17.

Evolución

C.C.A.A. (art. 149.3 C.E.), la regulación estatal que no tenga el carácter de básica será, en todo caso, supletoria.

3. El alcance y el contenido del derecho de negociación.

53. Como se ha visto más atrás, el legislador no tiene a su discreción el reconocer o no un margen de autonomía colectiva en el sector de la función pública, pues ello resulta ya del propio art. 28.1 de la C.E. Ahora bien, la elección de la concreta modalidad de negociación y su regulación le corresponden a él. Lo que sitúa la reflexión ante un nuevo tema, cual es la identificación del margen de discrecionalidad del que dispone a la hora de configurar el citado derecho. Cuestión que no deja de plantear, por su parte, un doble tema.

3.1. La virtualidad del mandato constitucional.

54. El art. 28.1 establece que la ley regulará las peculiaridades del ejercicio de la libertad sindical de los funcionarios y, por consiguiente, de su derecho de negociación colectiva, en tanto que éste es una manifestación de aquella. De esta forma, surge el problema de dilucidar si con ello el legislador constitucional está expresando un mandato o una facultad en favor del legislador.

Evolución

Sobre el carácter o virtualidad del mandato constitucional, en el sentido de que la ley regule las peculiaridades del ejercicio de aquel derecho, puede ser esgrimida, por lo pronto, una respuesta alternativa. "La ley regulará" puede significar, inicialmente, que el poder legislativo debe regular en todo caso las peculiaridades de ejercicio del derecho para los funcionarios públicos, tratándose entonces de un verdadero encargo o mandato constitucional al legislador ordinario en relación con la materia. O, quizá, en segundo lugar, que el precepto expresa únicamente una facultad en favor del legislativo: sólo si entiende la necesidad de establecer "peculiaridades" de ejercicio del derecho de sindicación, deberá hacerlo en las correspondientes normas legales. El art. 28.1 reconocería de modo expreso, en tal caso, el derecho de sindicación de los funcionarios públicos, admitiendo y no imponiendo que su regulación legislativa pudiera contener peculiaridades.

Si se repara en los términos singulares de las normas constitucionales en juego, parece revestida de una mayor credibilidad la tesis del mandato constitucional¹²³. Es así que, en efecto, dentro del propio art. 28.1 C.E. el legislador constituyente distingue con claridad entre la expresión de una facultad en favor del legislador ordinario (" la ley podrá..."), y el mandato imperativo a ese mismo legislador (" la ley

¹²³. En esta línea, se manifiestan todos los miembros de la doctrina. Ver, por todos, PALOMEQUE LOPEZ, C., Derecho..., cit., pág. 100.

Evolución

regulará..."). Nada hubiera impedido al constituyente en este último caso seguir hablando de poder hacer y, sin embargo, significativamente no ha sido así. Del mismo modo, el art. 103.3 de la C.E. adopta idéntica terminología ("la ley regulará.."), no sólo en relación con las peculiaridades de ejercicio del derecho de sindicación de los funcionarios públicos, sino de modo expreso respecto del estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, y el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones. Y no parece que pueda sostenerse con fundamento que la regulación de estas cuestiones, el hecho en si de su regulación, se haya dejado a la libertad del legislador ordinario.

55. La ley debe, por tanto, afrontar las peculiaridades de ejercicio del derecho de sindicación y, por ende, del derecho de negociación de los funcionarios públicos, incurriendo desde luego de forma directa en tacha de inconstitucionalidad, si no lo hace. En esta línea, se sitúa el Tribunal Constitucional quien, ante la afirmación de los recurrentes de que la L.O.L.I.S., al no precisar las peculiaridades a que se refieren los arts. 28 y 103.3 C.E., incumple el mandato constitucional, señala que aunque "el proyecto parte de una regulación uniforme del derecho de libertad sindical, no lo es menos que configura aspectos fundamentales que no cubren por completo la ordenación de la actividad sindical y que

Evolución

expresamente incluyen algunas diferencias en su ejercicio por los funcionarios, previendo, frente a los sistemas de representación mediante Delegados de Personal y Comités de Empresa, de un lado, y a la negociación colectiva, de otro, en las empresas, la existencia, en las Administraciones públicas, de unos específicos órganos de representación y procedimientos propios, de consulta y negociación. Y cabe añadir que la consideración de que el proyecto implica la atribución de funciones excesivas o inadecuadas para los sindicatos de funcionarios, no se ve confirmada, por cuanto que según su artículo 2.2.d), tales funciones se reconocen "en los términos previstos en las normas correspondientes", quedando reservado a éstas establecer las diferencias de regulación pertinentes"¹²⁴.

56. Repárese en la diferente formulación del mandato dirigido al legislador ordinario en los arts. 37.1 y 28.1 del texto constitucional: mientras el primero le ordena proteger y tutelar la negociación colectiva, el segundo le obliga a establecer las peculiaridades de su ejercicio. El art. 37.1 encomienda a la ley la tarea de garantizar el derecho a la negociación efectivamente autónoma y libre de ingerencias. La garantía constitucional implica no sólo una postura promocional de la negociación colectiva, sino también una actitud pasiva, no intervencionista por parte del

¹²⁴. S.T.C.O. 98/1.985, de 29 de julio, f.j. nº 1.

Evolución

Estado¹²⁵. El legislador no debe interferir en el desarrollo de la actividad negocial, correspondiendo a las partes el dominio de todas las fases y vicisitudes del proceso de negociación¹²⁶. En cambio, el art. 28.1 obliga al legislador a adaptar la negociación colectiva a las peculiares características de la Administración como sujeto negocial: reserva legal en materia funcionarial, distribución de competencias normativas sobre personal entre el Estado, las C.C.A.A. y las C.C.L.L., reparto de atribuciones entre los diferentes escalones de la organización administrativa., etc. Y esta modalización debe proyectarse en todos aquellos aspectos de la negociación en los que la singular posición de la Administración así lo requiera.

57. Así, pues, el legislador no puede dar un tratamiento paralelo a la negociación colectiva de los trabajadores por cuenta ajena y funcionarios públicos, porque esta última, por expreso mandato constitucional, ha de contar con peculiaridades. De esta manera, el legislador se sitúa en un proceso de tensión dialéctica, desencadenada por la propia Constitución, entre la situación estatutaria funcionarial y el reconocimiento "peculiar" de la

¹²⁵. SALA FRANCO, T. y ALBIOL MONTESINOS, I., op. cit., pág. 351; VALDES DAL-RE, F., "Crisis y continuidad en la estructura de la negociación colectiva", R.P.S., núm. 137, 1.983, pág. 431.

¹²⁶. SALA FRANCO, T. y ALBIOL MONTESINOS, I., op. cit., pág. 158; VALDES DAL-RE, F., "Crisis..", cit., pág. 431.

Evolución

negociación colectiva¹²⁷. Por voluntad constitucional, de esa tensión dialéctica están excluidas dos alternativas: por un lado, la continuación de un "status" de total unilateralidad de la Administración en la conformación de la relación funcional y, por otro, la "laboralización" total de esa relación con la introducción de una lógica contractual a nivel colectivo idéntica a la de los trabajadores. Al legislador le corresponde la difícil tarea de encontrar el equilibrio entre ambos extremos.

3.2. El contenido esencial del derecho.

58. El legislador ha de establecer las diferencias de regulación pertinentes. Pero estas particularidades no pueden ser de tal entidad que lleguen a desnaturalizar el derecho de negociación colectiva. Lo que sitúa la reflexión ante un segundo tema, cual es el de determinar el contenido y el alcance del art. 28.1 por lo que a la negociación colectiva se refiere, es decir, qué enunciados jurídicos autosuficientes contiene, los cuales integrarán el "contenido esencial" del derecho a la negociación colectiva que la ley que debe dictarse en su desarrollo deberá respetar (art. 53.1) C.E.). Operación interpretativa que deberá contar con el auxilio de los Tratados Internacionales sobre la

¹²⁷. RODRIGUEZ PIÑERO, M., Prologo en, DEL REY GUANTER, S., Comentarios a la Ley de Organos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones Públicas, I.N.A.P., Madrid, 1.988, pág. 13.

Evolución

materia ratificados por España, de conformidad con el art. 10.2 de la propia Constitución.

En este sentido, y sin perjuicio de que se vuelva con posterioridad a estos temas, son cuatro las principales cuestiones que plantea el contenido esencial del derecho a la negociación colectiva.

3.2.1. El derecho a negociar y el deber de negociar.

59. El reconocimiento del derecho a la negociación colectiva de los funcionarios públicos no comporta la imposición a las respectivas contrapartes de un deber de negociar¹²⁸. No existe, por tanto, diferencia alguna con el derecho de negociación colectiva de los trabajadores, pues, como mantiene la doctrina laboral¹²⁹, la proclamación del derecho a negociar que se realiza en el art. 37.1 no se hace tanto frente a la respectiva contraparte, imponiéndole un deber de negociar, sino frente al Estado, a quien, de este modo, se le prohíbe interferir en el desarrollo de la negociación.

Ahora bien, la Constitución, al reconocer el derecho a la negociación colectiva en la Función Pública, ha creado una

¹²⁸. En esta misma línea, MARTINEZ ABASCAL, V.A., "Contenido..", cit., pág. 352, si bien con fundamento en que éste no está comprendido en el art. 37.1 C.E. donde se reconoce el derecho a la negociación colectiva de los funcionarios públicos.

¹²⁹. Ver, por todos, SALA FRANCO, T. y ALBIOL MONTESINOS, I., Derecho..., cit., pág. 351.

Evolución

obligación de negociar respecto a la Administración sobre las materias concernientes a las condiciones de empleo, de forma que respecto a las mismas se ha operado un cambio fundamental desde la óptica del sistema de su regulación. Por ello, la garantía constitucional de este derecho exige que la Ley que lo articule imponga a la Administración la obligación de negociar cuando quiera regular tales condiciones. La Ley no puede dejar a la libre discrecionalidad de la parte pública la decisión de entablar negociaciones con los representantes sindicales de los funcionarios o de regular unilateralmente las condiciones de empleo.

Por otro lado, el que la Constitución no establezca directamente el deber de negociar de la Administración frente a la propuesta sindical no quiere decir que la Ley de desarrollo constitucional no pueda hacerlo.

3.2.2. Los sujetos titulares del derecho de negociación colectiva.

60. El art. 37.1 habla de "los representantes de los trabajadores y empresarios", sin otra matización o limitación posterior, lo que implica el reconocimiento de la capacidad negocial a todas las estructuras organizativas, estables o espontáneas, internas o exteriores a la empresa, sin otra condición que la de representar los intereses de los trabajadores y

Evolución

empresarios¹³⁰. El derecho a la negociación colectiva de los funcionarios no deriva del art. 37.1 sino del 28.1, por lo que su titularidad constitucionalmente sólo viene garantizada a los sindicatos funcionariales. Por su parte, el art. 7 del Convenio nº 151 designa a "las organizaciones de empleados públicos" como interlocutores de la Administración en los procedimientos de negociación; expresión que, como se ha visto con anterioridad, parece aludir a los sindicatos. Así, pues, la ley que desarrolle este precepto, a diferencia de aquella que desarrolle el art. 37.1, no tiene porque garantizar una titularidad amplia del derecho a la negociación colectiva no restringida a los sindicatos¹³¹, lo cual tampoco quiere decir, evidentemente, que no pueda ampliar la titularidad a otras formas representativas funcionariales¹³².

Pero la sustanciación de la negociación requiere, en la lógica de una organización jerárquica que por mandato constitucional ha de actuar con eficacia, la asunción de su contenido por parte de una organización colectiva no sólo formalmente establecida, sino

¹³⁰. La posición de la doctrina es unánime al respecto. Vid., por todos, ESCUDERO RODRIGUEZ, R., Los sujetos de los convenios de empresa, Madrid, 1.985, pág. 28; RODRIGUEZ SAÑUDO, F., "La legitimación para negociar convenios colectivos", en A.A.V.V, Comentarios a la nueva legislación laboral, Madrid, 1.985, pág. 168; VALDES DAL-RE, F., "El modelo español de negociación colectiva de condiciones de trabajo", en A.A.V.V, La negociación colectiva en las pequeñas y medianas empresas, I.M.P.I., Ministerio de Industria y Energía, Madrid, 1.982, pág. 26.

¹³¹. En el mismo sentido, CASAS BAAMONDE, M^a. E., "Los derechos sindicales..", cit., pág. 83.

¹³². En la misma línea, BLASCO ESTEVE, A., op. cit., pág. 45; CASAS BAAMONDE, M^a. E., "Los derechos sindicales..", cit., pág. 83.

Evolución

también representativa. Por ello, el legislador puede establecer como especialidad una restricción de la capacidad negocial en favor de los sindicatos más representativos¹³³. De este modo, exigiendo determinada representatividad, se podría evitar la pulverización sindical, la lucha entre los diversos grupos funcionariales y otros fenomenos disgregadores, garantizándose con ello el buen funcionamiento de la Administración tutelado por la Constitución (art. 103.1).

3.2.3. EL contenido posible de la negociación.

61. El legislador debe respetar el contenido esencial del derecho de negociación colectiva, y más concretamente, debe satisfacer el interés protegido mediante tal derecho, que es una de las vías definitorias del contenido esencial de los derechos fundamentales a que se refiere el art. 53.2 C.E. utilizadas por el Tribunal Constitucional y que se concreta, según el mismo, en "aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos"¹³⁴. Pues bien a la luz de tal definición y de lo preceptuado en el art. 7 del Convenio nº 151 de la O.I.T., donde se

¹³³. LOPEZ GANDIA, J., "Las relaciones..", cit., pág. 406.

¹³⁴. S.T.C.O. de 8 de abril de 1.981, f.j. nº 8.

Evolución

establece que el objeto de la negociación consiste en determinar las condiciones de empleo, puede asegurarse que el interés protegido por el derecho a la negociación colectiva es obviamente, la mejora y la regulación conjunta de Administración y funcionarios de las condiciones de empleo¹³⁵.

La expresión "condiciones de empleo", de acuerdo con la doctrina del Comité de Libertad Sindical de la O.I.T., "debe necesariamente interpretarse de un modo amplio"¹³⁶. Y, en este sentido, será comprensiva no sólo de las condiciones en que tiene lugar la prestación del trabajo, sino también de cualesquiera otras que afecten al funcionario en cuanto tal, pues como observa el C.L.S., la negociación colectiva pretende "mejorar las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores"¹³⁷. Por consiguiente, se puede mantener que el contenido de la negociación colectiva en la función pública será "el que sus protagonistas decidan dentro del respeto al conjunto de las normas constitucionales"¹³⁸.

62. Esta amplitud del contenido de la negociación colectiva no significa, sin embargo, que este derecho pueda operar en este

¹³⁵. Igual conclusión sostiene MARTINEZ ABASCAL, V.A., "Contenido..", cit., págs. 329 y ss.

¹³⁶. Vid. ABASCAL MARTINEZ, V.A., "Contenido..", cit., pág. 329.

¹³⁷. Ver DIEGUEZ CUERVO, G., "La negociación colectiva en las resoluciones del Comité de Libertad Sindical de la O.I.T.", R.P.S., núm. 112, 1976, pág. 43.

¹³⁸. MARTINEZ ABASCAL, V.A., "Contenido..", cit., pág. 330.

Evolución

plano de forma idéntica a como lo hace en el sector laboral. Y ello es así porque, a diferencia de lo que sucede en este último, donde la reserva de Ley establecida en el art. 35.1 C.E. no incide directamente sobre el ámbito material de la negociación, en tanto que su finalidad es la de delimitar las funciones entre los diferentes poderes normativos estatales, entre ley y reglamento, aquí la reserva de ley fijada en el art. 103.3 sí que entra en juego. En efecto, el ámbito material susceptible de negociación colectiva es aquel sobre el que puede actuar la potestad reglamentaria de la Administración. Y, precisamente, ésta, dada la reserva legal que existe en materia funcionarial, sólo puede operar allí donde la ley le permite y en los términos en que ésta le habilita¹³⁹. De este modo, es el legislador quien debe determinar el ámbito susceptible de negociación, lo que no deja de ser una nueva peculiaridad.

Pero el legislador deberá respetar el espacio constitucionalmente asignado a la autonomía colectiva, esto es, no puede regular exhaustivamente o exclusivamente la materia funcionarial. En principio, el texto constitucional no ha recogido en su articulado el principio de reserva reglamentaria ni en ésta

¹³⁹. En esta línea, PALOMAR OLMEDA, A., "Comentarios a la ley por la que se regula la negociación colectiva y la participación en la determinación de las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos (Ley 7/90, de 19 de julio), A.L., núm. 23, 1.991, pág. 197; PIÑAR MAÑAS, J.L., "La estructura de participación y representación del personal al servicio de las Administraciones Públicas", R.E.D.A., núm. 63, 1.990, págs. 51 y ss, señalan que la negociación colectiva no puede reformar el estatuto de los funcionarios porque en esta materia existe una reserva de ley.

Evolución

ni en ninguna otra materia, sino que parte de la primacía de la ley como expresión de la voluntad popular y, en definitiva, de la soberanía que reside en el pueblo español (art. 1.2)¹⁴⁰. En consecuencia, al no existir una reserva reglamentaria, la ley podría regular toda la materia, con lo que en los aspectos no reservados a la misma (reserva material) se produciría una autoreserva, una congelación de rango (reserva formal)¹⁴¹, de forma que no quedaría ningún espacio de regulación a la negociación colectiva.

Sin embargo, al configurarse la negociación colectiva como una fuente de producción normativa desde la propia Constitución, esta actividad negocial goza de un amplio margen de desenvolvimiento¹⁴². De este modo, aun cuando no existe un ámbito propio y específico de la potestad reglamentaria del Gobierno, la ley viene obligada a respetar el espacio constitucionalmente asignado a la autonomía colectiva. El poder unilateral de regulación de la relación de empleo queda, así, constreñido en beneficio de la capacidad convencional atribuida a los representantes de los funcionarios.

¹⁴⁰. Así, DIEZ MORENO, F., "La reserva reglamentaria y la Constitución española", en A.A.V.V., La Constitución española y las fuentes del derecho, Vol. I, Madrid, 1.979, pág. 643; GOMEZ-FERRER MORANT, R., "La potestad reglamentaria del Gobierno en la Constitución", en A.A.V.V., La Constitución española y las fuentes del Derecho, Vol. I, Madrid, 1.979, pág. 119.

¹⁴¹. GOMEZ FERRER MORANT, R., op. cit., pág. 119.

¹⁴². En similares términos, se manifiesta MARTINEZ ABASCAL, V.A., "Alcance..", cit., pág. 453.

3.2.4. La eficacia de los acuerdos.

63. La Constitución no garantiza la eficacia normativa de los instrumentos negociales en la Función Pública, habida cuenta de la negada aplicación del artículo 37.1 a este sector, que es el precepto constitucional en el que se asienta esa eficacia normativa o "fuerza vinculante" de los convenios colectivos¹⁴³. Es más, el art. 28. 1 de la Constitución no garantiza una determinada eficacia jurídica a los acuerdos que alcancen las partes, por lo que debe ser el legislador quien la determine. A este respecto, el propio Tribunal Constitucional señala varias alternativas entre las que puede optar el legislador: negociaciones informales, presentación de sugerencias o recomendaciones, consultas oficiales sin vinculación alguna, participación en acuerdos negociados regulados por la ley.

Pero al legislador no se le ofrece un abanico tan amplio de posibles alternativas. Las tres primeras no constituyen expresión de opción legislativa en materia de negociación colectiva, sino el signo de su total ausencia¹⁴⁴, puesto que tales fórmulas pueden derivar, por si mismas, del art. 105.a) de la C.E., donde se establece que la ley regulará la participación de los ciudadanos en

¹⁴³. MARTINEZ ABASCAL, V.A., "Contenido..", cit., pág. 315.

¹⁴⁴. En el mismo sentido, LOPEZ GANDIA, J., "La negociación colectiva de los funcionarios públicos", Jurisprudencia.., cit., pág. 448; MARTINEZ ABASCAL, V.A., "Alcance..", cit., pág. 455.

Evolución

la elaboración de las disposiciones normativas que les afecten. La última si supone la admisión "de un proceso de contractualización en la Administración Pública"¹⁴⁵, aunque en rigor constituye más una fórmula de participación que de negociación strictu sensu¹⁴⁶. De esa forma, de este catálogo de medidas únicamente la señalada en último término queda abierta al legislador.

Por último, también es posible el reconocimiento de la negociación colectiva auténtica, pues, contrariamente a lo que sostiene el Tribunal Constitucional, tal técnica no supondría la supresión total de la posición de supremacía de la Administración, sino tan sólo su constrictión¹⁴⁷. Del mismo modo, que el reconocimiento de la negociación colectiva en la esfera laboral no ha implicado en modo alguno la supresión del poder de supremacía del empresario, ni de sus derivados poderes directivos y disciplinarios.

4. La tutela judicial.

4.1. Los dispositivos de tutela.

¹⁴⁵. BAYLOS GRAU, A., op. cit., pág. 134.

¹⁴⁶. MARTINEZ ABASCAL, V.A., "Alcance..", cit., pág. 455.

¹⁴⁷. Ver MARTINEZ ABASCAL, V.A., "Alcance..", cit., pág. 456.

Evolución

64. La ubicación constitucional del art. 28.1 va a suponer que su tutela judicial contará con un plus respecto a los derechos y libertades del Capítulo II, Tit. I, consistente en la posibilidad de utilizar el recurso a un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad a que se refiere el art. 53.2 C.E. y para el que resultan utilizables actualmente las garantías previstas en la Ley 62/1.978, de 26 de diciembre, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales. Además, sus eventuales violaciones pueden ser tuteladas a través del recurso de amparo ante el tribunal Constitucional (arts. 53.2) C.E. y 161.1.b) L.O.T.C.)

Al situar el derecho de negociación colectiva en este artículo, cabría entender que también va a gozar de este nivel reforzado de garantías judiciales. Sin embargo, es el momento de traer de nuevo a colación la afirmación del Tribunal Constitucional en el sentido de que el hecho de que la negociación colectiva forme parte del "contenido esencial" de la libertad sindical, no la convierte en un derecho fundamental con las consecuencias que la Constitución da a este concepto. Concretando lo anterior, para el Tribunal Constitucional el derecho de negociación colectiva, por su colocación sistemática, no está protegido a través del recurso de amparo, aunque ello no impide que goce de las garantías propias de toda norma constitucional, y que vincule a todos los poderes

Evolución

públicos¹⁴⁸.

Igual conclusión hay que mantener en relación con la protección judicial del derecho a la negociación colectiva de los funcionarios públicos, al ser comunes a los trabajadores stricto sensu y a los funcionarios públicos las concretas violaciones de la libertad sindical, sobre todo aquéllas que hacen referencia a la vertiente colectiva¹⁴⁹. De este modo, este derecho contará con los dispositivos generales de tutela comunes a los derechos y libertades del Capítulo 2º, Tít. II C.E.: 1º) el procedimiento ordinario ante los tribunales ordinarios, quienes deberán aplicarlo de acuerdo con lo que disponga la ley que lo desarrolle (art. 24 C.E.), 2º) y si la Ley fuera considerada inconstitucional, a través del recurso y de la cuestión de inconstitucionalidad (arts. 161 y 162 C.E. y 163 C.E.)

65. Ello no obstante, existe la posibilidad de que el derecho a la negociación colectiva cuente con el nivel de protección judicial dispensado a los derechos fundamentales y libertades públicas. En este sentido, debe traerse a colación la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional, a tenor de la cual cuando se impide o se entorpece la actividad que el ordenamiento

¹⁴⁸. Vid, entre otras, las S.S.T.C.O. 45/1.984, 51/1.984 y 73/1.984.

¹⁴⁹. CASTIÑEIRA FERNANDEZ, J., "La tutela de la libertad sindical en la Función pública", en A.A.V.V., Seminario de relaciones colectivas en la Función pública, Sevilla, 1.989, pág. 274.

Evolución

encomienda al sindicato, se está lesionando el derecho a la libertad sindical. En concreto, se vulnera aquel derecho cuando a la organización sindical se le obstaculiza o impide el ejercicio del derecho a la negociación colectiva, de forma que éste será objeto de amparo constitucional¹⁵⁰. Consecuentemente, aunque no toda infracción del derecho de negociación lo es también de la libertad sindical¹⁵¹, si a propósito de la negociación colectiva, está en juego la actividad de un sindicato, y se aprecia un ataque al derecho a la libertad sindical se podrá instar la protección especial dispensada a este último¹⁵².

Así, se podrá recabar su tutela: 1º) ante los tribunales ordinarios por el procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad¹⁵³, y 2º) en su caso, a través del recurso

¹⁵⁰. En palabras del Alto tribunal "...atribuyendo el art. 7 a tal organización la función de contribuir a la defensa y promoción de los intereses de los trabajadores, le atribuye consiguientemente el ejercicio de aquellos derechos necesarios para el cumplimiento de tal función y que constituyen manifestación ineludible de la libertad sindical reconocida en el art. 28.1 en su vertiente colectiva, de forma que el impedimento u obstaculización a tal ejercicio constituye no sólo vulneración del precepto constitucional que consagra cada concreto derecho, sino también del propio art. 28.1." (S.T.C.O. 73/1.984, de 27 de junio, doctrina que se reitera, entre otras, en la S.T.C.O. 108/1.989, de 8 de junio)

¹⁵¹. Así, "...no resulta posible, sin otras precisiones adicionales, que toda infracción del art. 37.1 C.E. lo es también del art. 28.1 de forma que aquella fuera siempre objeto del amparo constitucional.." (S.T.C.O. 118/1.983, de 13 de diciembre. En esta misma línea se enmarcan las S.T.C.O. 45/1.984, de 27 de marzo y 73/1.984, de 11 de mayo).

¹⁵². Vid. GARCIA MURCIA, J., "La especial protección del sindicato como agente de la negociación colectiva en la doctrina del tribunal Constitucional", R.T., núm. 75, 1.984, págs. 86 y ss; "La tutela del sindicato como agente de la negociación colectiva, en la doctrina del Tribunal Constitucional", R.L., núm. 2, 1.985, págs. 254 y ss.

¹⁵³. La ley 62/1.978 no contiene en su articulado una protección expresa de la libertad sindical. Sin embargo, el R.D. Legislativo 342/1.979, de 26 de febrero, incorporó a su ámbito, entre otros, el derecho de libertad sindical.

Evolución

de amparo ante el Tribunal Constitucional. Y esta acción protectora del art. 28.1, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional, alcanzará a todo lo que se refiere a la participación del sujeto sindical en el proceso de negociación colectiva, pero no al resto de las cuestiones que puedan surgir a lo largo del mismo o una vez concluido el acuerdo¹⁵⁴.

En fin, el derecho a la negociación colectiva de trabajadores y funcionarios no dispone del cuadro de garantías privilegiado y doblemente reforzado, propio de los derechos fundamentales y libertades públicas. Pero si, a propósito de la negociación, está en juego la actividad sindical del sindicato, y se aprecia una ataque al derecho a la libertad sindical podrá instarse la pretección especial que proporciona el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional y el denominado amparo ordinario ante los tribunales ordinarios.

4.2. La jurisdicción competente.

66. Una vez analizados en general los mecanismos de tutela del derecho de negociación colectiva, es preciso delimitar en concreto la jurisdicción competente para conocer las eventuales lesiones del mismo.

¹⁵⁴. GARCIA MURCIA, J., "La tutela..", cit., pág. 263.

Evolución

El texto constitucional no establece el orden jurisdiccional competente para conocer las lesiones de los derechos colectivos de los funcionarios públicos, sino que se remite a lo que dispongan la Ley Orgánica 6/1.985, de 1 de julio, del Poder Judicial (L.O.P.J.) y las leyes de desarrollo de los respectivos ordenes jurisdiccionales (arts. 122.1 y 117.3, respectivamente).

El primer paso es acudir a la L.O.P.J., norma central a estos efectos en la legislación vigente. Las reglas principales de referencia se contienen en los apartados 4 y 5 del art. 9 de esta disposición legal. Según el primero de ellos los Juzgados y tribunales del orden contencioso-administrativo conocerán de "las pretensiones que se deduzcan en relación con los actos de la administración Pública sujetos a derecho Administrativo y con las disposiciones reglamentarias". Conforme al segundo de ellos, los del orden jurisdiccional social conocerán de las pretensiones que se promuevan dentro de "la rama social del derecho, tanto en conflictos individuales como colectivos, así como las reclamaciones en materia de seguridad social o contra el estado cuando le atribuya responsabilidad la legislación laboral".

De acuerdo con estas reglas, y teniendo en cuenta que las normas reguladoras de los derechos colectivos y las relaciones que originan son formalmente de derecho administrativo, hay que concluir que los conflictos que puedan suscitarse en esta materia

Evolución

entre la Administración y los funcionarios se resuelven por la jurisdicción contencioso-administrativa, con exclusión de la laboral.

Pero la L.O.P.J. no deja la cuestión definitivamente cerrada, pues su art. 9 comienza diciendo que los Juzgados y tribunales ejercerán su jurisdicción en aquellos casos en que le venga atribuido "por esta ley y otra ley". De esta forma, las leyes de desarrollo de los respectivos órdenes jurisdiccionales podrían establecer una solución distinta en esta materia.

La Ley de Jurisdicción Contencioso Administrativa, de 27 de diciembre de 1.956 (L.J.C.A.), se pronuncia en el mismo sentido que la L.O.P.J., ya que según su art. 1.1 la jurisdicción contencioso-administrativa es la instancia competente para conocer "las pretensiones que se deduzcan en relación con los actos de la Administración". Y, aunque el párrafo segundo del citado precepto señala que no corresponderán a este orden jurisdiccional las cuestiones que "aunque relacionadas con los actos de la Administración Pública, se atribuyan por una Ley a la jurisdicción social", ni la L.O.L.I.S., ni la L.P.L., aprobada por el R.D. Legislativo 521/1.990, de 27 de abril, ni norma alguna alteran la regla general en esta materia.

El art. 13 de la L.O.L.I.S., con una muy clara redacción en

Evolución

este punto, señala que la tutela del derecho de libertad sindical, puede recabarse, a través del proceso de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona, "ante la jurisdicción competente", sin pronunciarse sobre cual sea ésta¹⁵⁵. Y el art. 3.c) de la L.P.L. excluye del ámbito competencial del orden jurisdiccional social la tutela de los derechos de libertad sindical y del derecho de huelga relativos a los funcionarios públicos y al personal estatutario. De esta forma, no sólo se confirma la competencia de este orden en los temas que afectan a la libertad sindical de los funcionarios y sus sindicatos¹⁵⁶, sino que, además, se amplía su ámbito al personal estatutario¹⁵⁷. La

¹⁵⁵. Así, ALBIOL MONTESINOS, I., "Tutela de la libertad sindical", A.L., núm. 6, 1.989, pág. 58.

¹⁵⁶. A esta conclusión llegan ALBIOL MONTESINOS, I., "Tutela..", cit., pág. 59; CASTIÑEIRA FERNANDEZ, J., "La tutela de la libertad ..", cit., pág. 258. La S. del T.S.J. de Canarias de 21 de junio de 1.989 dice que: "tratándose el acto recurrido de una declaración procedente de la Administración Pública sobre la materia, cual la funcionarial, sujeta a derecho Administrativo, las conexiones con el ámbito sindical han de estimarse marginales y consecuentemente la vis atractiva que aquella ejerce sobre éstos lleva a admitir el recurso por estarse en el supuesto del art. 1 L.J.C.A."

¹⁵⁷. ALBIOL MONTESINOS, I., op. ult. cit., pág. 59; CASIÑEIRA, J., op. ult. cit., pág. 259. De este modo, el orden jurisdiccional social ya no podrá conocer ni siquiera los conflictos colectivos jurídicos que alcancen a los derechos colectivos del personal estatutario. Con anterioridad, MARTINEZ ABASCAL, V.A., "El planteamiento jurisdiccional de los conflictos colectivos en la función pública", R.L., núm. 2, pág. 53 había defendido a partir del art. 45.2 de la L.G.S.S. la competencia de este orden para conocer los conflictos colectivos que afectasen al personal estatutario, doctrina implícitamente aceptada en las S.T.C.T. de 6 de diciembre de 1.985 y de 6 de mayo de 1.987. MARTINEZ EMPERADOR, R., "La tutela judicial de la libertad sindical", A.L., núm. 3, 1.991, pág. 37, entiende, en cambio, que el art. 3.c) de la L.P.L. no ha alterado el régimen expuesto en el art. 45 de la L.G.S.S., pues la competencia del orden social en la materia indicada figura establecida por la ley y la L.P.L., ya que esta última, al enunciar el área de conocimiento de este orden, establece en su art. 2.p), que también conocerá "respecto de cualesquiera otras cuestiones que le sean atribuidas por normas con rango de ley". Ahora bien, los órganos del Orden Social de la Jurisdicción continúan conociendo los conflictos individuales y los conflictos colectivos que afecten a las relaciones individuales de trabajo del personal sanitario y estatutario del I.N.S.A.L.U.D.. Ver, entre otras, las sentencias de la Sala de lo Social de la A.N. (de 7 noviembre de 1.990); del T.S. (de 17 de junio de 1.991); y del T.S.J. de Extremadura (20 de mayo de 1.991).

Evolución

duda puede surgir respecto al derecho de negociación colectiva, en tanto que la L.P.L. no lo menciona expresamente. Sin embargo, el hecho de que se trate de un derecho "sindicalizado" hace evidente su inclusión en la excepción del art. 3.c) de esta disposición. Por otra parte, aunque la L.O.R.A.P. nada dice al respecto en materia de negociación, si indica que los posibles recursos en materia de representación se regirán por la L.J.C.A. (art. 29.1), solución que también es la apropiada aquí en mérito a las anteriores consideraciones.

67. En conclusión, es evidente que el orden jurisdiccional competente será el contencioso-administrativo. Cuestión distinta, y desde una perspectiva de lege ferenda, es la concerniente a la adecuación de esta jurisdicción en orden a la efectividad de la tutela del derecho a negociar de los sindicatos funcionariales. Su competencia comporta una serie de perjuicios para los funcionarios y sus organizaciones sindicales con respecto a los trabajadores y sus sindicatos, ya que es una jurisdicción "más lenta, más cara y más alejada del justiciable"¹⁵⁸. Además, puede suponer la aminoración de la efectiva y real garantía de este derecho por dos razones¹⁵⁹: de un lado, por la falta de una tradición tutelar de la misma en relación a los derechos colectivos de los funcionarios, y,

¹⁵⁸. CASTIÑEIRA FERNANDEZ, J., "La tutela..", cit., pág. 259.

¹⁵⁹. Sobre la inadecuación de la jurisdicción contencioso-administrativa para conocer los conflictos colectivos jurídicos de la función pública ver MARTINEZ ABASCAL, V.A., "El planteamiento..", cit., págs. 53 y ss.

Evolución

por otro, por la inadecuación del procedimiento contencioso-administrativo para canalizar las discrepancias entre sindicatos y Administración en cuanto al proceder de esta última en el proceso negociador, ya que tanto por su estructura como por su finalidad descansa sobre la revisión de los actos administrativos. Por todo ello, hubiera sido más correcto, haber residenciado ante el orden jurisdiccional social el conocimiento de cualquier pretensión relacionada con el ejercicio del derecho de negociación, así como de todos los derechos colectivos de los funcionarios.

Evolución

determinación de las condiciones de trabajo sobre efectividad requiere su concreción legislativa previa, rigiendo hasta que ésta se produzca el sistema de determinación unilateral de las condiciones de trabajo.

CAPITULO II

LA REGULACION LEGAL.

Evolución

1. Como se ha visto con anterioridad, la ruptura de la situación de los funcionarios, en cuanto a la negociación colectiva, se produce con la Constitución, pues ésta les reconoce este derecho como una manifestación ineludible de la libertad sindical. Pero este derecho no era ejercitable hasta que el legislador articulara un procedimiento para la emanación de la voluntad negocial de la Administración. Este paso lo dió el legislador inicialmente con la L.M.R.F.P. y las leyes autonómicas sobre Función Pública, más tarde con la nueva legislación de régimen local y la L.O.L.I.S. y, finalmente, con la L.O.R.A.P. No obstante, el que la negociación colectiva no fuera regulada a nivel legal "de facto" se han desarrollado determinadas experiencias prácticas negociadoras, aunque caracterizadas por su informalidad y ambigüedad respecto a su efectiva trascendencia¹⁶⁰.

Estas normas establecen las reglas específicas que exige la Constitución en materia de libertad sindical y de negociación

¹⁶⁰. Sobre el tema ver BLASCO ESTEVE, A., op. cit., pág. 537.

Evolución

colectiva. A tal efecto, establecen reglas cuya especialidad responde unas veces a criterios subjetivos y otras a criterios que, para diferenciarlos de los anteriores, podrían denominarse objetivos o materiales. A continuación, se examinará con detalle las primeras y tan sólo someramente las segundas, pues éstas constituyen el núcleo de la investigación que se desarrolla en los títulos siguientes.

I. LA LEY 30/1.984, DE 2 DE AGOSTO, DE MEDIDAS PARA LA REFORMA DE LA FUNCION PUBLICA.

2. La L.M.R.F.P., cuyo ámbito normativo abarca a los funcionarios de la Administración civil del Estado y sus organismos autónomos, al personal civil de la Administración Militar y sus organismos autónomos, y al personal funcionario de la Administración de la Seguridad Social (art. 1.1), pone las bases para una ulterior regulación de los derechos de participación de los funcionarios públicos en la determinación de sus condiciones de trabajo, comenzando por establecer la participación de sus sindicatos en el C.S.F.P., al reservar diecisiete puestos de este órgano a otros tantos representantes de las organizaciones sindicales más representativas (art. 7.1.d)). Asimismo, en su artículo 3.2.b) establece que corresponde al Gobierno "determinar las instrucciones a que deberán atenerse los representantes de la Administración del Estado cuando proceda la negociación con la

Evolución

representación sindical de los funcionarios públicos de sus condiciones de empleo, así como dar validez y eficacia a los Acuerdos alcanzados mediante su aprobación expresa y formal, estableciendo las condiciones de empleo para los casos en que no se produzca acuerdo en la negociación".

Finalmente, la Disposición Adicional decimosegunda establece que "los funcionarios que ejerciten el derecho de huelga no devengarán ni percibirán las retribuciones correspondientes al tiempo en que hayan permanecido en esa situación, sin que la deducción de haberes que se efectúe tenga, en ningún caso, carácter de sanción disciplinaria ni afecte al régimen respectivo de sus prestaciones sociales". De este modo, se reconoce expresa y abiertamente el derecho de huelga de los funcionarios públicos¹⁶¹.

3. Retomando el hilo central de esta exposición, hay que notar que el art. 3.2.b), aunque sea un precepto de atribución de competencias¹⁶², reconoce implícitamente el derecho de negociación colectiva de los funcionarios públicos¹⁶³ al servicio de la Administración del Estado¹⁶⁴. La L.M.R.F.P. constituye, por tanto,

¹⁶¹. Vid, por todos, SALA FRANCO, T y GOERLICH PESET, J.M^a., op. cit., pág. 391.

¹⁶². BLASCO ESTEVE, A., op. cit., pág. 523; MARTINEZ ABASCAL, V.A., "Alcance..", cit., pág. 463.

¹⁶³. BLASCO ESTEVE, A., op. ult. cit., pág. 523; MARTINEZ ABASCAL, V.A., op. ult. cit., pág. 463.

¹⁶⁴. Debe significarse que el art. 3.2.b) de la L.M.R.F.P. no tiene el carácter de norma básica.

Evolución

la primera norma de rango legal que admite directamente la posibilidad de negociación colectiva en la Función Pública. Se trata, sin embargo, de un moderado reconocimiento porque la ley no establecía los supuestos en que se debía recurrir a la negociación ("cuando proceda"), y, además, mantenía la determinación unilateral de las condiciones de trabajo en los casos en que no se alcanzara el acuerdo.

4. El régimen jurídico de la negociación previsto en este precepto era, brevemente expuesto, el siguiente:

1º) En cuanto a la parte contratante por el lado de la Administración, el art. 3.2.b) tan sólo indicaba que "corresponde al Gobierno determinar las instrucciones a que deberán atenerse los representantes de la Administración del Estado cuando proceda la negociación...asi como dar validez y eficacia a los Acuerdos alcanzados". Sin embargo, dado que la naturaleza de los Acuerdos era la de un trámite en el procedimiento de elaboración de una disposición general, es evidente que la competencia para negociar correspondía al Ministro para las A.A.P.P. -u otros Ministerios respecto a ciertos funcionarios-¹⁶⁵.

2º) En relación con la parte contratante por el lado de los

¹⁶⁵. Vid DEL REY GUANTER, S., Estado..., cit., pág. 163.

Evolución

funcionarios, se atribuía la legitimación para negociar a la "representación sindical", sin especificar qué sindicatos en concreto podían participar en dichas negociaciones. Se establecía, de este modo, un monopolio sindical, con exclusión de otras formas organizativas, verbigracia, las representaciones unitarias¹⁶⁶. Tal exclusión, por lo demás, era obligada porque, aunque en algunos sectores de la Administración del Estado y en algunas C.C.A.A. existían órganos de representación unitaria, éstos carecían de cobertura legal¹⁶⁷.

3º) El objeto de la negociación consistía en fijar las "condiciones de empleo" de los funcionarios. El legislador utiliza el mismo término empleado por el Convenio nº 151 en este tema.

4º) Los Acuerdos carecían de eficacia normativa, en tanto que para alcanzar validez y eficacia requerían la aprobación expresa y formal por parte del Gobierno. De esta forma, los Acuerdos debían ser integrados en normas estatales, únicas que ejercerían la eficacia normativa sobre las condiciones de trabajo de los funcionarios. Lo que se creaba era un trámite adicional en el procedimiento administrativo de elaboración de las disposiciones

¹⁶⁶. Vid. DEL REY GUANTER, S., Estado..., cit., págs. 169 y ss.

¹⁶⁷. Sobre este tema ver CASAS BAAMONDE, M^a.E., "Los derechos de representación unitaria en la función pública", R.L., núm. 11, 1.986, págs. 42 y ss.

Evolución

generales¹⁶⁸, trámite de carácter obligatorio, y cuyo resultado, el Acuerdo, obligaba a la parte firmante por parte de la Administración a presentarlo al Consejo de Ministros para su integración en la disposición general adecuada, normalmente un decreto¹⁶⁹.

5º- Se atribuía al Gobierno la competencia para resolver unilateralmente los conflictos suscitados en la determinación de las condiciones de trabajo. Ahora bien, la determinación unilateral de las condiciones de trabajo sólo era posible en defecto de acuerdo. Por consiguiente, en los casos en que procedía la negociación, la determinación unilateral tenía carácter subsidiario, y había que intentar siempre conseguir un acuerdo previamente¹⁷⁰.

5. En idéntico sentido se expresan las leyes autonómicas sobre Función Pública, efectuando un reconocimiento implícito de la negociación colectiva autonómica si bien remitiéndose acto seguido a "la legislación sobre la materia". Así, por ejemplo, la Ley 17/1.985, de 23 de julio, de la Función Pública de la Administración de la Generalidad de Cataluña (art. 11.c), la Ley

¹⁶⁸. La posición de la doctrina es unánime sobre este tema. Ver, por todos, DEL REY GUANTER, S., Estado..., cit., págs. 148 y ss; SALA FRANCO, T. y ALBIOL MONTESINOS, I., op. cit., pág. 624.

¹⁶⁹. Ver DEL REY GUANTER, S., Estado..., cit., págs. 149 y ss.

¹⁷⁰. BLASCO ESTEVE, A., op. cit., pág. 523; DEL REY GUANTER, S., Estado..., cit., pág. 155.

Evolución

6/1.985, de 28 de noviembre, de Ordenación de la Función Pública de la Junta de Andalucía (art. 4.2.b)), la Ley 1/1.986, de 10 de abril, de la Función Pública de la Comunidad de Madrid (art.5.d)) y la Ley 10/1.985, de 31 de julio, de la Generalidad de la Función Pública Valenciana (art. 25.e)).

6. Por su parte, la Ley 7/1.985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local (L.B.R.L.), señala en su artículo 95 que "la participación de los funcionarios, a través de sus organizaciones sindicales, en la determinación de sus condiciones de empleo, será la establecida con carácter general para todas las Administraciones públicas en el Estatuto básico de la Función Pública". Se trata de una nueva norma de remisión, pero la previsión de esta técnicas participativas constituye un hito en la legislación de régimen local.

II. LA LEY ORGANICA 11/1.985, DE 2 DE AGOSTO, DE LIBERTAD

SINDICAL.

7. Fruto del esfuerzo del Tribunal Constitucional por alcanzar el verdadero sentido del art. 28.1 de la Constitución, es en buena medida, el art. 2 de la L.O.L.I.S¹⁷¹. El legislador en el citado precepto, que contiene una delimitación del ámbito objetivo

¹⁷¹. GARCIA MURCIA, J., "La actividad y los criterios de representatividad", R.L., núm. 16, 1.987, pág. 10.

Evolución

del derecho de libertad sindical, incluye entre las manifestaciones de este derecho la negociación colectiva, la huelga y el planteamiento de conflictos colectivos. En efecto, según el mismo "las organizaciones sindicales en el ejercicio de la libertad sindical, tienen derecho a: (...) d) el ejercicio de la actividad sindical en la empresa o fuera de ella, que comprenderá, en todo caso, el derecho a la negociación colectiva, al ejercicio del derecho de huelga, al planteamiento de conflictos individuales y colectivos...").

¿Pero es aplicable este precepto a los funcionarios y sus organizaciones sindicales?. Es decir, ¿los funcionarios públicos están incluidos en el ámbito de aplicación de esta disposición legal?, y, en caso afirmativo, ¿en qué términos?.

1. Ambito subjetivo de la L.O.L.I.S. respecto a los funcionarios públicos.

8. El art. 1 de la L.O.L.I.S. procede a la delimitación del ámbito subjetivo del derecho de libertad sindical con una formulación más precisa que la contenida en el art. 28.1 de la C.E.¹⁷². Efectivamente, el inicial alcance genérico del derecho derivado del adjetivo "todos" va a ser objeto de especificación por

¹⁷². DEL REY GUANTER, S., "Libertad..", cit., pág. 71.

Evolución

el legislador ordinario: "todos los trabajadores tienen derecho a sindicarse libremente para la promoción y defensa de sus intereses económicos y sociales". A continuación, la ley formula una definición del concepto de "trabajador": "A los efectos de esta ley, se consideran trabajadores tanto aquellos que sean sujetos de una relación laboral como aquellos que lo sean de una relación de carácter administrativo o estatutario al servicio de las Administraciones Públicas". La amplia declaración del art. 1º.2 se ve posteriormente delimitada en sus restantes apartados en relación a diversos colectivos funcionariales.

En base a este art. 1º de la L.O.L.I.S. se pueden establecer dos categorías de funcionarios públicos desde el punto de vista del ámbito subjetivo de la libertad sindical regulada en esta ley. La primera es aquella de funcionarios que se rigen por la L.O.L.I.S. La segunda viene dada por los funcionarios a los que se les excluye de esta disposición legal. A su vez, esta segunda categoría se divide en otras tres, según se les niegue la libertad sindical, se les reconozca el derecho de asociación como alternativa al de libre sindicación o se les reconozca este último, pero en los términos previstos en una normativa específica.

En principio, dentro de la primera categoría están comprendidos todos aquellos ligados a las Administraciones Públicas por una "relación administrativa o estatutaria", siempre y cuando

Evolución

no pertenezcan a alguno de los colectivos reseñados en los últimos tres apartados del art. 1 de la Ley. De esta forma, la inclusión en el art. 1º.2 juega como regla general y las excepciones a las que se refieren los apartados sucesivos de este artículo han de ser consideradas como taxativas¹⁷³.

1.1. Delimitación positiva: inclusiones.

9. En este sentido, y pasando a especificar el significado de la expresión "relación administrativa o estatutaria", están incluidos en el ámbito de la Ley los siguientes colectivos: 1º) los funcionarios públicos; 2º) el personal estatutario; y 3º) el personal contratado en régimen de derecho administrativo.

1.1.1. Los funcionarios públicos.

10. Están comprendidos en la expresión "relación administrativa" los funcionarios públicos en su acepción jurídica normal, esto es, los funcionarios públicos que están en una "situación legal y reglamentaria"- los a veces denominados funcionarios públicos en "régimen estatutario"- y que comprende, según el artículo 3º de la ley de funcionarios Civiles del Estado

¹⁷³. DEL REY GUANTER, S., "Libertad..", cit., pág. 72.

Evolución

(L.F.C.E.), tanto a los funcionarios de carrera¹⁷⁴ como a los de empleo, los cuales pueden ser tanto interinos¹⁷⁵ como eventuales¹⁷⁶.

11. Precisamente, en relación a estos últimos es conveniente reflexionar algo más en torno a la anterior afirmación. Dicho personal venía definido en el art. 5.1 de la L.F.C.E. como "aquellos que desempeñan puestos de trabajo considerados como de confianza o de asesoramiento especial, no reservados a funcionarios de carrera". Este artículo fué expresamente derogado por el art. 20.2 de la L.M.R.F.P., en el que se define al personal eventual como aquel que ejerce "funciones expresamente calificadas de confianza o asesoramiento especial y (cuyo) nombramiento y cese, que serán libres, corresponda exclusivamente a los Ministros y a los Secretarios del Estado y, en su caso, a los Consejeros de Gobierno de las Comunidades Autónomas y a los Presidentes de las Corporaciones Locales", cesando "automáticamente cuando cese la autoridad a la que preste su función de confianza o asesoramiento".

¹⁷⁴. Vid. la definición de los mismos en el art. 4 de dicha ley. Sobre los rasgos distintivos de los funcionarios de carrera Vid. ENTRENA CUESTA, R., Curso de Derecho Administrativa, V. 1/2, Organización administrativa, Madrid, 1.990, págs. 314 y ss.

¹⁷⁵. El art. 5.2 de la L.F.C.E. los define como aquellos que, "por razón de necesidad o urgencia, ocupan plazas de plantilla en tanto no se provean por funcionarios de carrera". Dado el carácter "administrativo" de la relación que une a este personal con la Administración, es evidente su inclusión en la L.O.L.I.S.

¹⁷⁶. En el mismo sentido, DEL REY GUANTER, S., "Libertad..", cit., pág. 72.

Evolución

La cuestión que se plantea es si este personal está o no incluido en antecitada expresión legal y, consiguientemente, en la L.O.L.I.S. A este respecto, conviene recordar que la L.F.C.E. los consideraba como funcionarios públicos, siendo uno de los tipos funcionariales junto al funcionario de carrera y al interino -éste último, junto al eventual, formaban el tipo de funcionario de "empleo", artículo 3.2-. La L.M.R.F.P. parece haber prescindido voluntaria y deliberadamente de la calificación de este personal como funcionarial, pues no los denomina, a diferencia de la L.F.C.E., como "funcionarios eventuales". No obstante, también es verdad que otras normas posteriores, como es el caso del artículo 104.2 de la L.B.R.L., siguen denominando "funcionario" a este personal. En todo caso, la solución al problema planteado, ha de deducirse no tanto de cuestiones terminológicas como de la naturaleza de su relación. y, en este sentido, hay que notar que ésta tiene carácter "administrativo", por lo que es evidente su inclusión en la L.O.L.I.S.

Sin embargo, las características de los servicios que prestan aconsejarían una solución distinta al resto de funcionarios públicos en materia de libertad sindical. De su configuración como personal "de confianza o de asesoramiento especial" se deduce su mayor proximidad a la parte "empleadora" -Administración Pública- que al resto de los funcionarios y, consiguientemente, la imposibilidad de asimilarlo, a los efectos de la libertad sindical,

Evolución

a la parte funcionarial¹⁷⁷.

12. Idéntica objeción, y con mayor razón, puede señalarse al reconocimiento de la libertad sindical de los "funcionarios políticos" o altos cargos", pues éstos asumen funciones directivas propias de la parte empleadora. En el ordenamiento jurídico español, reciben tal consideración esencialmente los cargos de Director General y superior¹⁷⁸. El nivel de Director general es el que separa a los cargos políticos de los puestos ocupados por los funcionarios de carrera. Es en la actualidad la línea divisoria entre el límite final de la carrera funcionarial en sentido estricto -subdirección general, nivel 30- y el punto inicial de los puestos que son ocupados por personal -sean o no funcionarios de carrera- en base a motivaciones no exclusivamente profesionales.

Evidentemente, si dichos cargos no son ocupados por funcionarios de carrera, éstos están excluidos del ámbito de la L.O.L.I.S.¹⁷⁹, ya que en el ordenamiento jurídico español no tienen la consideración de funcionarios quienes actúan por su condición

¹⁷⁷. Así, DEL REY GUANTER, S., "Libertad..", cit., pág. 88.

¹⁷⁸. Vid. BAENA DEL ALCAZAR, M., Curso de Ciencia de la Administración, Vol. I, Madrid, 1.985, págs. 225 y ss.

¹⁷⁹. DEL REY GUANTER, S., "Libertad..", cit., pág. 88, parece mantener la solución contraria, ya que afirma que los cargos que no son ocupados con funcionarios de carrera se encuentran comprendidos en el art. 3.2 de la L.O.L.I.S.

Evolución

política y no en el ejercicio de una profesión¹⁸⁰.

La objeción reseñada sólo cobra sentido si dicho personal es extraído entre los funcionarios de carrera. Pues bien, la L.O.L.I.S. ni afirma ni niega, al menos, de modo expreso la eventual exclusión del ámbito subjetivo del derecho de sindicación de estos funcionarios públicos. Sin embargo, el art. 3.2 realiza una mención expresa a los mismos de la que se deduce, a sensu contrario, su inclusión en el ámbito de aplicación de la L.O.L.I.S. En efecto, dicho precepto establece que "quienes ostenten cargos directivos o de representación en el sindicato en que estén afiliados, no podrán desempeñar simultáneamente, en las Administraciones Públicas cargos de libre designación de categoría de Director General o asimilados, así como cualquier otro de rango superior". Se establece, de este modo, una limitación a la libertad de representación del sindicato en el que están afiliados, en el sentido de que no podrán simultanear el cargo en la Administración con el cargo directivo o de representación sindical, debiendo optar entre uno y otro durante el periodo de ejercicio¹⁸¹. Sin embargo, esta limitación no afecta a la libertad de afiliación del funcionario político y, además, no alcanza al personal eventual.

¹⁸⁰. Así, ENTRENA CUESTA, R., op. cit., pág. 315.

¹⁸¹. Sobre el alcance de esta limitación ver SALA FRANCO, T. y ALBIOL MONTESINOS, I., op. cit., pág. 595.

Evolución

De este modo, se puede concluir que el art. 1.2 de la L.O.L.I.S no distingue por razón del cargo ocupado o del tipo de servicio prestado por el funcionario público¹⁸². Parece entonces que esta ley resulta plenamente aplicable a todo funcionario público con independencia del nivel jerárquico que ocupe o del trabajo que desarrolle.

En el momento presente, y ante el silencio de la L.O.L.I.S., un sector de la doctrina laboral¹⁸³ defiende la vigencia del R.D. 1.522/1.977, de 17 de junio, el cual dispone en su art. 1.2 que "se exceptúa de lo establecido en este artículo a los funcionarios de carrera en situación de excedencia especial, en los casos de nombramiento por Decreto para cargo político o de confianza de carácter no permanente", aclarando el párrafo siguiente del mismo artículo y apartado que tal excepción consiste en la "suspensión temporal de su condición de afiliado a las organizaciones profesionales a que pudiera pertenecer". La vigencia de esta norma, si bien no resolvería totalmente el problema, en cuanto que se circunscribe a una mera suspensión de carácter temporal en la afiliación sindical del funcionario de carrera y no abarca todas las posibilidades de funcionarios de alta dirección con

¹⁸². DEL REY GUANTER, S., "Libertad..", cit., pág. 87.

¹⁸³. Así, DEL REY GUANTER, S., "Libertad..", cit., págs. 87 y ss; FERNANDEZ LOPEZ, M^a.F. y CRUZ VILLALON, J., "Los sindicatos en la Función Pública: régimen jurídico y representaciones sindicales en el centro de trabajo", Seminario sobre relaciones colectivas en la Función Pública, Sevilla, 1.989, pág. 207; GARATE CASTRO, J., op. cit., pág. 17.

Evolución

competencias en materia de personal -sólo abarca a los funcionarios que accedan a cargo de Director General o superior, y no a los restantes posibles en el organigrama administrativo y excluye al "personal eventual"-¹⁸⁴, podría ser la respuesta al problema anterior.

Esta vigencia, sin embargo, cuenta en su contra con la vocación que tiene la L.O.L.I.S. de erigirse en cuerpo normativo ordenador del derecho de sindicación, mediante una compleja serie de reglas de remisión y reenvío a otras normas concretas que la precisan y desarrollan en relación con ciertas categorías de personal, como se desprende ya de su propia Exposición de Motivos. De ahí que, en principio, toda norma anterior cuya materia se solape con lo regulado en la L.O.L.I.S., y que no haya sido expresamente declarada en vigor por ésta puede considerarse tácitamente derogada al entrar en vigor la ley de desarrollo del art. 28.1 C.E.¹⁸⁵ Y ello, además, se refuerza si se tiene en cuenta el dato de que la L.O.L.I.S., si bien no se pronuncia expresamente sobre la eventual exclusión de los funcionarios políticos, si lo hace tácitamente en su art. 3.2.

13. En definitiva, la L.O.L.I.S. no distingue entre los

¹⁸⁴. Así, DEL REY GUANTER, S., "Libertad..", cit., pág. 88; GARATE CASTRO, J., op. cit., pág. 17.

¹⁸⁵. Así, FERNANDEZ LOPEZ, M^a. F. y CRUZ VILLALON, J., op. cit., pág. 206.

Evolución

funcionarios por razón del cargo ocupado o del servicio desempeñado. Esta solución es criticable porque los funcionarios eventuales y sobre todo, los altos cargos van a tener que representar en múltiples ocasiones los intereses de la Administración, de forma que su afiliación sindical puede repercutir negativamente no sólo en la independencia del sindicato al que pertenecen, sino en la misma autenticidad de dicha representación de intereses de la Administración¹⁸⁶. A este respecto, conviene notar que también para la Administración Pública en cuanto empleador, y respecto a los funcionarios públicos rige el principio de independencia de las organizaciones sindicales de estos últimos en relación a aquélla, tal como establece el artículo 13 de la L.O.L.I.S. Dicha independencia ha de verse no sólo en el sentido de no ingerencia de la Administración en cuanto tal respecto a dichas organizaciones, sino también de delimitación de aquellos niveles jerárquicos cuya situación sindical deba de verse determinadamente afectada por su obligación de representar los intereses de la Administración Pública ante los funcionarios públicos, más que a la inversa.

Por ello, sería necesaria una normativa específica que delimitara con precisión la línea divisoria entre qué funcionarios

¹⁸⁶. Llama la atención sobre este hecho DEL REY GUANTER, S., "Libertad..", cit., pág. 87.

Evolución

representan a la Administración y cuáles no¹⁸⁷. Normativa que gozaría, por lo demás, con el refrendo internacional¹⁸⁸. Así, aun cuando la L.O.L.I.S. haya renunciado a realizar la reseñada delimitación, la normativa de desarrollo subsiguiente debería reconsiderar el tema, principalmente a efectos de independencia sindical y de genuina negociación colectiva.

1.1.2. El personal estatutario.

14. Normalmente, con esta denominación se alude a los colectivos incluidos en el art. 45 de la L.G.S.S. cuando indica que "la relación entre las entidades gestoras.. y el personal a su servicio se regulará por los estatutos de personal o por el estatuto general". Con respecto a este personal, la disposición adicional núm. 16 de la L.M.R.F.P. prevé su homologación a los funcionarios de la Administración del Estado. Sin embargo, el personal sanitario y no sanitario del I.N.S.A.L.U.D no aparece incluido entre el personal estatutario en la citada disposición adicional ni, consecuentemente, entre el personal de esta misma índole que resulta homologado con el de la Administración Civil del

¹⁸⁷. DEL REY GUANTER, S., "Libertad..", cit., pág. 87; SAGARDOY BENGOCHEA, J.A., "Ambito subjetivo de la Ley Orgánica de Libertad Sindical", Claridad, núm. 8, 1.985, pág. 24.

¹⁸⁸. En efecto, el art. 1.2 del Convenio nº 151 de la O.I.T., en relación más con la actividad sindical que con la libertad de sindicación propiamente dicha, indica que "la legislación nacional deberá determinar hasta que punto las garantías previstas en este Convenio se aplican a los empleados de alto nivel que, por sus funciones, se consideran normalmente que poseen poder decisorio o desempeñan cargos directivos o a los empleados cuyas obligaciones son de naturaleza altamente confidencial". Vid. DEL REY GUANTER, S., Estado.., cit., pág. 121.

Evolución

Estado mediante el Real Decreto 2664/1.986, de 19 de diciembre¹⁸⁹. Estos mantienen su carácter estatutario y, por tanto, es a ellos a quienes se refiere la L.O.R.A.P. con la referida expresión¹⁹⁰.

1.1.3. El personal contratado en régimen de derecho administrativo.

15. Este colectivo esta formado, según el art. 6 de la L.F.C.E., por los contratados para "la realización de trabajos específicos, concretos y de carácter extraordinario o de urgencia" y los que lo son para "la colaboración temporal en las tareas de la respectiva dependencia administrativa (....) cuando por exigencias especiales de la función no puedan atenderse adecuadamente por los funcionarios de carrera de que disponga el Organismo". Dado el carácter "administrativo" de la relación que une a este personal con la Administración es evidente su inclusión en la L.O.R.A.P. Sin embargo, hay que tener en cuenta que, a raíz de la vigencia de la L.M.R.F.P., "no podrán celebrarse por las Administraciones Públicas contratos de colaboración temporal en régimen de derecho administrativo" (Dispo. Adicional núm. 4).

¹⁸⁹. Vid. ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J.L., Instituciones de Seguridad Social, Madrid, 1.990, pág. 378; MARTINEZ ABASCAL, V.A., "El planteamiento jurisdiccional de los conflictos colectivos en la función pública", R.L., núm. 2, 1.988, pág. 49; AYERRA LAZCANO, J.M.^a, "El personal estatutario de la Administración de la Seguridad Social", A.L., núm. 45, 1.989, págs. 595 y ss.

¹⁹⁰. Así, AYERRA LAZCANO, J.M.^a, op. cit., pág. 602.

Evolución

Las antiguas funciones que se cubrían con los contratos administrativos serán ahora instrumentadas jurídicamente a través de la legislación de los contratos del Estado o de los contratos civiles o mercantiles. Así, "los contratos a celebrar excepcionalmente por las Administraciones Públicas con personal para la realización de trabajos específicos y concretos no habituales se someterán a la legislación de contratos del Estado, sin perjuicio de la aplicación de la normativa civil o mercantil" (disp. adicional 4ª L.M.R.F.P.). Esta disposición ha sido objeto de desarrollo por el R.D. 1465/1.985, de 1 de julio, sobre contrataciones para trabajos específicos y concretos, no habituales, en la Administración del Estado, sus Organismos Autónomos y la Seguridad Social. El art. 4.8 de esta disposición reglamentaria, al indicar que en estos contratos habrá que incluirse una "indicación de la naturaleza administrativa del contrato, así como de la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa", podría dar pie a entender que los contratados por este sistema están incluidos en la L.O.L.I.S. No obstante, el carácter excepcional que, en teoría, ha de revestir esta modalidad de contratación, su temporalidad -no superior a un año, según el artículo 4.3 de mencionado Decreto- y, sobre todo, su asimilación a los contratos de obras -artículo 1 del mismo Decreto- parece

Evolución

dificultar extremadamente su inclusión en la L.O.L.I.S¹⁹¹.

1.2. Delimitación negativa: exclusiones.

1.2.1. Las Fuerzas Armadas y la Guardia Civil.

16. El art. 1.3 establece que "quedan exceptuados del ejercicio de este derecho los miembros de las Fuerzas Armadas y de los Institutos Armados de carácter militar" (entre los que ha de incluirse la Guardia Civil, según la legislación correspondiente¹⁹²). La triple opción conferida constitucionalmente al legislador ordinario (no exceptuar, exceptuar o limitar el derecho) ha sido despejada en favor de la excepción del derecho¹⁹³. Estos funcionarios ni están incluidos en al L.O.L.I.S ni tampoco les está reconocida la libertad sindical.

1.2.2. Los Jueces, Magistrados y Fiscales.

¹⁹¹. En base a estos argumentos DEL REY GUANTER, S., Comentarios a la Ley de Organos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones Públicas, I.N.A.P., Madrid, 1.988, págs. 40 y 41, llega a la conclusión de que estos colectivos están excluidos de la expresión "relación de carácter administrativo o estatutario" del art. 1.1 de la L.O.R.A.P.

¹⁹². En efecto, el art. 9.2 de la Ley 2/1.986, de 13 de marzo, sobre Fuerzas y Cuerpos de seguridad la define como "instituto armado de naturaleza militar dependiente del Ministerio del Interior"

¹⁹³. La exclusión de las Fuerzas Armadas venía también confirmada en los arts. 181 y 182 de las Reales Ordenanzas (Ley 85/1.987, de 28 de diciembre) que prohíben a esos miembros la participación en sindicatos y asociaciones con finalidad reivindicativa, así como la realización de actividades sindicales y el ejercicio de "formas directas o indirectas de huelga". En relación con la Guardia Civil, la L.O.F.C.S. también la excluye del derecho de sindicación ("Los miembros de la Guardia Civil no podrán pertenecer a...sindicatos": art. 15.2).

Evolución

17. En esta segunda categoría también deben incluirse a los Jueces, Magistrados y Fiscales, los cuales, según el art. 1.4 de la L.O.L.I.S., "no podrán pertenecer a sindicato alguno mientras se hallen en activo". Sin embargo, a diferencia de los miembros de las F.F.A.A. y de la Guardia Civil, estos funcionarios si pueden fundar y afiliarse a asociaciones.

18. El régimen de asociación profesional, por lo que se refiere a Jueces y Magistrados, se contiene en el art. 401 de la Ley Orgánica 6/1.985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Dicho régimen, desde la perspectiva de la libertad sindical, presenta las siguientes limitaciones:

1ª) Existe una expresa limitación en sus fines, ya que sólo podrán constiuirse para "la defensa de los intereses profesionales de sus miembros en todos los aspectos y la realización de actividades encaminadas al servicio de la Justicia en general"

2ª) Se prohíben las vinculaciones de estas asociaciones "con partidos políticos o sindicatos", pero no se dice nada respecto a posibles vinculaciones con otras asociaciones profesionales de funcionarios públicos, lo cual no deja de ser sumamente

Evolución

relevante¹⁹⁴.

3ª) Se establece una apriorística determinación de su ámbito territorial y personal, pues su ámbito será nacional y sólo podrán estar formadas por miembros de estos colectivos.

4ª) Hay una serie de requisitos rigurosos preestablecidos, para su constitución: " para su validez constitucional, las Asociaciones deberán contar con la adhesión de al menos el 15 por 100 de quienes pudieran formar parte de las mismas".

5ª) Por lo demás, serán de aplicación supletoria las normas reguladoras del derecho de asociación en general.

Parecidas limitaciones a las señaladas vienen establecidas por los arts. 54 y 59 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (Ley 50/1.981, de 30 de diciembre).

1.2.3. La Policía.

19. También quedan fuera del ámbito normativo de la L.O.L.I.S. "los miembros de Cuerpos y Fuerzas de Seguridad que no

¹⁹⁴. Así, DEL REY GUANTER, S., "Libertad..", cit., pág. 75. Sobre estas asociaciones, vid., FERNANDEZ FARREES, G., "Las asociaciones profesionales de Jueces y Magistrados", R.E.D.A., núm. 35, 1.982, págs. 623 y ss.

Evolución

tengan carácter militar", a los cuales el art. 1.5 les reconoce el "derecho de sindicación", pero cuyo ejercicio "se regirá por su normativa específica, dado el carácter armado y la organización jerarquizada de estos Institutos". El régimen jurídico de la libertad sindical de estos colectivos se contiene en la Ley 2/1.986, de 13 de marzo, sobre Fuerzas y Cuerpos de seguridad. Incluidos en este apartado están los miembros del Cuerpo Nacional de Policía (integrado por el antiguo Cuerpo Superior de Policía y la Policía Nacional), definido como "instituto armado de naturaleza civil, dependiente del Ministerio del Interior" (art. 9.a)). También están comprendidos los miembros de la policía de las C.C.A.A, pues son igualmente definidos como "institutos armados, de naturaleza civil, con estructura y organización jerarquizada" (arts. 41.2 y 52.1, respectivamente). Sin embargo, respecto a las relaciones colectivas de tales policías -a excepción de la prohibición de huelga-, la L.O.F.C.S. se remite a la normativa autonómica¹⁹⁵.

No están incluidos, en cambio, los miembros de los Cuerpos de Policía Local. En efecto, el art. 52.2 de la L.O.F.C.S. declara que, en relación a los derechos sindicales, "y en atención a la especificidad de las funciones de dichos Cuerpos, les será de

¹⁹⁵. FERNANDO PABLO, M., "Policía y libertad sindical: desarrollo constitucional y desarrollo estatutario", R.V.A.P., núm.18, 1.987, pág. 49, afirma, en cambio, que lo que resulte ser finalmente las "bases del régimen estatutario" de los funcionarios públicos, en lo que se refiere a la libertad sindical es íntegramente aplicable, con tal carácter a los Cuerpos de policía de las C.C.A.A.

Evolución

aplicación la Ley que se dicte en cumplimiento de lo establecido en la disposición adicional segunda, apartado 2 de la Ley Orgánica 11/1.985, de libertad sindical". La normativa a la que se remite el citado artículo se refiere, en principio, sólo a los órganos unitarios de representación de los funcionarios públicos, con lo que surge la duda sobre la aplicación o no de la normativa referente al derecho de libertad sindical, en tanto que estas continuas remisiones normativas han podido arrojar cierta duda sobre la inclusión o no de estos Cuerpos en al L.O.L.I.S. Sin embargo, del tenor del artículo 52.2 de la L.O.F.C.S. y del hecho de que en ella no se contemple ningún tipo de regulación de la libertad sindical, a excepción del derecho de huelga, hace evidente que, si se excluye este derecho, los artículos de la L.O.L.I.S si son aplicables a aquéllos¹⁹⁶. Consiguientemente, los sindicatos de policía local podrán federarse y confederarse a Confederaciones de otros Cuerpos funcionariales e incluso de personal no funcionario.

20. En consecuencia, la regulación de la libertad sindical de la L.O.F.C.S. se centra esencialmente en el Cuerpo Nacional de Policía. La base constitucional del tratamiento diferenciado de la libertad sindical de este colectivo se encuentra en el art. 28.1.

¹⁹⁶. Así, DEL REY GUANTER, S., Comentarios..., cit., pág. 46; GARATE CASTRO, J., op. cit., pág. 13.

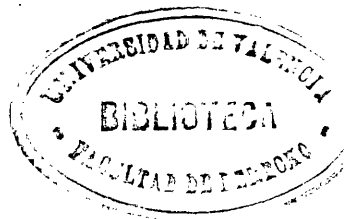
Evolución

C.E.¹⁹⁷. En efecto, dicho artículo remite el exacto encuadramiento de ciertos colectivos policiales a la definición y regulación que de los mismos desarrolle la Ley orgánica prevista en el art. 104.2 de la propia Constitución. La L.O.F.C.S. les asigna el carácter de Instituto Armado de naturaleza civil y no de "Instituto Armado o Cuerpo sometido a disciplina militar", por lo que el legislador sólo puede establecer peculiaridades en su libertad sindical. Sin embargo, el legislador puede, dentro de las peculiaridades que permite la Constitución en relación a los funcionarios públicos, establecer a su vez peculiaridades en relación a los miembros de este Cuerpo¹⁹⁸. De esta forma, no es contrario al texto constitucional la exclusión que realiza el art. 1.5 de la L.O.F.C.S., exclusión que se realiza en base al "carácter armado y la organización jerarquizada de estos institutos". De ahí que la exigencia de ley orgánica que contempla el art. 104 C.E. hiciera de la L.O.F.C.S. el lugar adecuado para regular la libertad sindical de los Cuerpos policiales, satisfaciendo así las exigencias de rango legal que a estos efectos también exige el art. 28.1 de la C.E.

Si bien, desde luego, cabrían plantearse dudas razonables

¹⁹⁷. Ver DEL REY GUANTER, S., "Los derechos colectivos en la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de seguridad", R.T., núm. 84, 1.986,..", págs. 66 y ss; FERNANDO PABLO, M., "Policía y libertad sindical: desarrollo constitucional y desarrollo estatutario", R.V.A.P., núm. 18, 1.987, págs. 27 y ss.

¹⁹⁸. Así, DEL REY GUANTER, S., "Los derechos..", cit., pág. 68.



Evolución

acerca del carácter de "peculiaridades" o de "limitaciones" de la específica regulación contenida en la L.O.F.C.S.¹⁹⁹. En todo caso, las normas internacionales permiten que la legislación nacional deterne (limitando en su caso) el alcance aplicativo de la libertad sindical a la policía.

21. La L.O.F.C.S. establece un régimen muy peculiar de la libertad sindical, tanto en un sentido orgánico como dinámico, en el que destacan los siguientes aspectos:

1º) Existen dos limitaciones de la libertad sindical desde la perspectiva orgánica: - las organizaciones sindicales han de estar formadas exclusivamente por miembros del C.N.P. y no pueden federarse o confederarse con organizaciones sindicales que no sean exclusivas de este tipo de funcionarios; - las organizaciones sindicales han de tener una dimensión territorial de carácter nacional (art. 18.2 L.O.F.C.S.).

2º) La L.O.F.C.S., al igual que la L.O.L.I.S., distingue entre "las organizaciones sindicales legalmente constituidas" y las "organizaciones sindicales representativas". Según el art. 22.1 de la Ley, por organizaciones representativas hay que entender aquellas que, en las últimas elecciones al Consejo de Policía,

¹⁹⁹. Así, GARATE CASTRO, J., op. cit., pág. 13; SALA FRANCO, T y ALBIOL MONTESINOS, I., op. cit., pág. 605.

Evolución

"hubieran obtenido, al menos, un representante en dicho Consejo, o en dos de las Escalas el 10 por 100 de los votos emitidos en cada una de ellas". La característica fundamental de esta regulación sobre la representatividad sindical en relación con los arts. 6 y 7 de la L.O.L.I.S. no es tanto el criterio escogido -en última instancia, en ambos casos se toman como referencia los resultados obtenidos en elecciones a determinados órganos en las que participan todos los funcionarios-, sino el hecho de que se trata de una "representatividad" propia, desconectada con la que establece la L.O.L.I.S. Como consecuencia de la prohibición de federación o confederación que establece el art. 18.2 de la L.O.F.C.S., la representatividad obtenida por los cauces de la L.O.L.I.S. no tiene trascendencia alguna en la que establece la L.O.F.C.S. y, a la inversa, la conseguida por esta última no cuenta para nada a efectos de la primera²⁰⁰.

3º) Desde la perspectiva de la actividad sindical, y a diferencia del derecho a la negociación colectiva reconocido por la L.O.L.I.S. a los funcionarios públicos incluidos en su art. 1º.2, tales organizaciones se limitan a "colaborar en la determinación de las condiciones más adecuadas para la prestación de los servicios y en la elaboración de las disposiciones que afecten a los asociados" y a "participar, a través de los procedimientos de

²⁰⁰. Así, DEL REY GUANTER, S., "Los derechos colectivos..", cit., pág. 77; GARCIA MURCIA, J., Organizaciones..., cit., pág. 103.

Evolución

consulta que se establezcan, en la determinación de las condiciones de empleo de sus asociados" (art. 4).

4º) Finalmente, hay una prohibición terminante de ejercer el derecho de huelga o "acciones sustitutivas del mismo o concertadas con el fin de alterar el normal funcionamiento de los servicios" (art. 6.3 L.O.F.C.S.).

1.2.4. El personal funcionario de las Cortes Generales.

22. Por último, y aunque la L.O.L.I.S. no lo contempla expresamente como excepción, hay que hacer referencia al personal funcionario de las Cortes Generales²⁰¹. Para este personal no hay previsión alguna en el art. 28.1 de la Constitución ni en el art. 1 de la L.O.L.I.S. Pese a ello, el Estatuto del Personal de las Cortes Generales de 26 de junio de 1.989, modificado por el Acuerdo de las Mesas del Congreso de los Diputados y del Senado de 17 de enero de 1.991, establece reglas específicas para el ejercicio de la libertad sindical de estos funcionarios. A este respecto, el art. 29.4 dispone que "el ejercicio por los funcionarios de las Cortes Generales de los derechos de sindicación, representación, participación, negociación colectiva y huelga se inspirará en los

²⁰¹. En el mismo sentido, GARCIA MURCIA, J., "Libertad sindical y representatividad sindical de los sindicatos en la Función Pública", Seminario sobre las relaciones colectivas en la Función Pública", Sevilla, 1.989, pág. 15f.

Evolución

critérios de la regulación establecida por la ley para los funcionarios" y que las Mesas del Congreso de los Diputados y del Senado, en sesión conjunta "adaptarán dicho régimen al ámbito de la Administración parlamentaria". En lo no previsto en estas disposiciones resulta de aplicación lo dispuesto en la L.O.L.I.S. y normas de desarrollo²⁰².

la base constitucional del tratamiento diferenciado de la libertad sindical de este personal se encuentra en los arts. 28.1 y 72.1 de la Constitución. Constitucionalmente, el personal funcionario de las Cortes Generales se integra en el apartado de "funcionarios" del art. 28.1 de la Constitución. respecto a los que la ley puede establecer peculiaridades en su libertad sindical. Pero el legislador, al igual que con los miembros del C.N.P., dentro de las "peculiaridades" que permite la Constitución en relación a los funcionarios públicos, puede establecer a su vez especialidades en relación al personal funcionario de las Cortes Generales, que se justifican en la autonomía organizativa del Parlamento y en las especiales características de la organización parlamentaria. De ahí, y dado que el art. 72.1 de la Constitución establece que las Cámaras regularán el Estatuto del Personal de las Cortes generales, éste sea el lugar adecuado para ordenar la libertad sindical de estos funcionarios.

²⁰². GARCIA MURCIA, J., op. ult. cit., pág. 159.

Evolución

23. La libertad sindical, tanto en un sentido orgánico como dinámico, va a poseer tres características esenciales diferenciadoras de la del resto de funcionarios públicos:

1ª) Para que las organizaciones sindicales correspondientes queden "formalmente constituidas" y gozen de "plena capacidad jurídica" han de proceder a su inscripción en el "Registro de Organizaciones sindicales de las Cortes Generales" (art. 30).

2ª) Aunque estas organizaciones sindicales, a diferencia de las de los miembros del C.N.P., pueden mantener vinculaciones orgánicas con las organizaciones sindicales del resto de funcionarios públicos, los resultados obtenidos por ellas en la Junta de Personal de las Cortes Generales no tienen trascendencia a la hora de determinar a nivel estatal o autonómico las organizaciones sindicales más representativas -arts. 6 y 7 de la L.O.L.I.S.- y, por lo tanto, tampoco, existe tipo alguno de representatividad "refleja" o por "irradiación" -arts. 6.2.b) y 7.1.b.) de la L.O.L.I.S.-.

3ª) Desde la perspectiva de la actividad sindical, el Estatuto modula la normativa general en materia de representación unitaria y participación en la determinación de las condiciones de trabajo.

24. En definitiva, y a modo de conclusión, la L.O.L.I.S. se

Evolución

aplica a: 1º) Los funcionarios al servicio de la Administración del Estado (personal funcionario de la Administración Civil del Estado y sus Organismos Autónomos, personal civil de la Administración Militar y sus Organismos Autónomos²⁰³, personal funcionario y estatutario al servicio de la Administración de la Seguridad Social y personal funcionario al servicio de la Administración de Justicia²⁰⁴), 2º) Los Funcionarios al servicio de la Administración de las C.C.A.A. y sus Organismos Autónomos; y 3º) Los funcionarios al servicio de las E.E.L.L. y sus Organismos Autónomos, incluidos los miembros de los Cuerpos de Policía Local.

1. Ambito objetivo de la L.O.L.I.S respecto a los funcionarios públicos.

25. El legislador emplea el término "trabajadores" en su acepción sociológica-amplia o material, y no en su sentido técnico-

²⁰³. La exclusión de los miembros de las F.F.A.A. (art. 1.3) y de la prohibición de ejercitar la actividad sindical en el interior de los establecimientos militares (Dispo. Adicional 3), se deriva, a sensu contrario, la inclusión de los funcionarios civiles de la Administración Militar en el ámbito subjetivo de la L.O.L.I.S. Así, MARTINEZ ABASCAL, V.A., "Alcance..", cit., pág. 468; DESDENTADO BONETE, A., "Una nota..", cit., pág. 52. En cambio, SAGARDOY BENGOCHEA, J.A., "Ambito subjetivo ..", cit., pág. 20, entiende que la L.O.L.I.S, al prohibirles ejercitar la actividad sindical en los establecimientos militares, les exceptúa de modo indirecto de su campo de aplicación.

²⁰⁴. Si inclusión viene confirmada por la exclusión de los Jueces, Magistrados y fiscales del ámbito de aplicación de la ley Además, el art. 470 de la L.O.P.J. señala que el personal al servicio de la Administración de Justicia distinto al anterior "ejercerá libremente el derecho de sindicación de acuerdo con lo previsto en la legislación general el Estado".

Evolución

jurídico-formal²⁰⁵. La L.O.L.I.S configura un concepto autónomo de trabajador, porque a los efectos de esta norma trabajador "es el que la ley ha deseado -voluntad legis- que lo sea y ha logrado un concepto espúreo mixto en el que se han mezclado conceptos y realidades, criterios formales y materiales"²⁰⁶. A continuación, por simple comodidad expositiva opta por utilizar a lo largo de todo su articulado el término "trabajadores", evitándose una continua enumeración de los distintos colectivos incluidos en su ámbito subjetivo.

Esta asimilación general del funcionario al trabajador, no representa una modificación directa de la actual separación radical que a nivel individual existe entre trabajadores con contrato de trabajo y funcionarios públicos. Sin embargo, en el plano colectivo dicha asimilación marca una uniformidad material en el régimen jurídico de ambos colectivos que, como subraya la doctrina, excluye cualquier especialidad que no esté expresamente autorizada por ley²⁰⁷. Por consiguiente, el contenido normativo de la L.O.L.I.S, salvo aquellos aspectos en los que se prevean peculiaridades, es plenamente aplicable a los funcionarios públicos en su integridad.

²⁰⁵. DEL REY GUANTER, S., "Libertad..", cit. pág. 71; SAGARDOY BENGOCHEA y DURAN LOPEZ, El proyecto de Ley orgánica de Libertad Sindical, Madrid, 1.984, pág. 2.

²⁰⁶. SAGARDOY BENGOCHEA, "El ámbito de aplicación de la L.O.L.I.S", R.F.D.U.C., núm. 7, 1.985, pág. 120

²⁰⁷. DESDENTADO BONETE, A., "Una nota sobre ...", cit., pág. 5.

Evolución

26. De acuerdo con el razonamiento precedente, el contenido normativo de la L.O.L.I.S. resulta totalmente aplicable a la libertad sindical de los funcionarios públicos en lo que se refiere a²⁰⁸: 1º) las facultades en que se concreta la libertad sindical (art. 2); 2º) régimen jurídico sindical (arts. 4 y 5); 3º) regulación de la mayor y suficiente representatividad sindical (arts. 6 y 7); 4º) la acción sindical en el ámbito de la empresa: las secciones sindicales de empresa o de centro de trabajo y sus derechos (art. 8); los derechos de los cargos sindicales electivos (art. 9); los delegados sindicales y sus derechos (art. 10); y 5º) tutela de la libertad sindical y la represión de las conductas antisindicales (arts. 12 y 15).

Así pues, el art. 2 es plenamente aplicable en el sector funcional. De esta manera, según el art. 2.1.d) de esta disposición legal "la libertad sindical de los funcionarios públicos comprende: (....) el derecho a la actividad sindical" y, por su parte, según el art. 2.2.d) del citado texto legal, las organizaciones sindicales de los funcionarios públicos tienen derecho a "el ejercicio de la actividad sindical en la empresa o fuera de ella, que comprenderá en todo caso, el derecho a la negociación colectiva, al ejercicio de derecho de huelga, al planteamiento de conflictos individuales y colectivos (....) en los

²⁰⁸. Vid. SALA FRANCO, T. y ALBIOL MONTESINOS, I., op. cit., pág. 598.

Evolución

términos previstos en las normas correspondientes".

De este modo, se regula en una misma ley, y con importantes bases sustanciales comunes, la libertad sindical de los funcionarios públicos y trabajadores con contrato de trabajo, lo cual es un dato relevante si se tiene en cuenta la tendencia que había existido en el ordenamiento jurídico español sobre este punto a utilizar instrumentos jurídicos formal y materialmente distintos respecto a ambos colectivos²⁰⁹. Sin embargo, el establecimiento de un marco jurídico de la actividad sindical con derechos fundamentales comunes para trabajadores y funcionarios no implica que no existan diferencias en el ejercicio de los mismos. El propio art. 2.2.d) indica que tales derechos se ejercitarán "en los términos previstos en las normas correspondientes".

3. El derecho a la negociación colectiva de los funcionarios públicos.

3.1. El marco jurídico de la negociación colectiva.

27. El art. 2.2.d) de la L.O.L.I.S reconoce abiertamente el derecho a la negociación colectiva de los funcionarios públicos. De este modo, la cuestión referente al fundamento constitucional de

²⁰⁹. Sobre la conformidad constitucional del tratamiento "conjunto y unificado" de la libertad sindical de trabajadores y funcionarios ver, por todos, DEL REY GUANTER, S., "Libertad..", cit., págs. 76 y ss.

Evolución

este derecho pierde parte de su interés. En efecto, esta disposición legal, en cuanto norma configuradora específica de un derecho fundamental, forma parte del denominado "bloque de constitucionalidad"²¹⁰, por lo que es utilizable como parámetro de la legitimidad constitucional de la ley que desarrolle tal derecho.

Además de este artículo, el marco jurídico del derecho a la negociación colectiva en el ámbito funcional previsto en la L.O.L.I.S. viene constituido fundamentalmente por las siguientes disposiciones: a) el art. 6.3.c), donde se establece que los sindicatos más representativos gozarán de capacidad representativa a todos los niveles para "participar como interlocutores en la determinación de las condiciones de trabajo en las Administraciones públicas a través de los oportunos procedimientos de consulta o negociación"; b) el artículo 8º.2.b), a cuyo tenor "las secciones sindicales de los sindicatos más representativos y de los que tengan representación (...) en los órganos de representación que se establezcan en las Administraciones públicas (...) tendrán (derecho a) la negociación colectiva, en los términos establecidos en su legislación específica"; y c) la disposición adicional segunda 2, donde se señala que "en el plazo de un año y en desarrollo de lo previsto en el art. 103.3 de la Constitución, el

²¹⁰. SALA FRANCO, T. y ALBIOL MONTESINOS, I., op. cit., pág. 609 y ss, extraen esta conclusión a partir de la doctrina del Tribunal Constitucional según la cual la alegación del derecho de libertad sindical violado en el recurso de amparo puede entenderse hecha cuando se alega lesión de lo dispuesto en la L.O.L.I.S.

Evolución

Gobierno remitirá a las Cortes un proyecto de Ley en el que se regulen los órganos de representación".

27. Sobre este marco jurídico de la negociación se pueden realizar las siguientes reflexiones:

1ª- El reconocimiento de un auténtico derecho a la negociación colectiva parece claro pese a que el apartado c) del art. 6.3 se refiera a la participación "como interlocutores en la determinación de las condiciones de trabajo en las Administraciones públicas a través de los oportunos procedimientos de consulta o negociación", como algo distinto de la negociación colectiva mencionada en el apartado b) del mismo número²¹¹, adoptando así la terminología más imprecisa del Convenio nº 151 de la O.I.T. De esta manera, y dejando a un lado la interpretación que se ha hecho antes de que el derecho a negociar estuviera ya en el art. 28.1, lo cierto es que a partir de la L.O.L.I.S no cabe seguir hablando de que la Administración tiene toda la gama de posibilidades que le ofrece la sentencia del Tribunal Constitucional²¹². Se produce un claro reconocimiento de un derecho a negociar, lo que representa el abandono de la tesis unilateral y del poder de supremacía.

²¹¹. Ver, por todos, DEL REY GUANTER, S., "Libertad..", cit., pág. 111; LOPEZ GANDIA, J., "La negociación colectiva de los funcionarios", Revista de treball, núm. 8, 1.988, pág. 13.

²¹². DESDENTADO BONETE, A., "Una nota..", cit., pág. 52; LOPEZ GANDIA, J., "La negociación.." Revista.., cit., pág. 13.

Evolución

2ª- Se reconoce el derecho de negociación a las organizaciones sindicales, sin distinción a estos efectos entre relaciones de carácter laboral y relaciones de carácter administrativo. Ello no quiere decir, sin embargo, que el ejercicio de este derecho deba necesariamente desarrollarse en los mismos términos en los sectores laboral y funcionarial. El propio artículo 2.2.d) indica que tales derechos se ejercitarán "en los términos previstos en las normas correspondientes", normas que, frente a esa primera equiparación entre todos los titulares de la libertad sindical, deberán establecer las especialidades para los funcionarios públicos frente a los trabajadores por cuenta ajena²¹³. La propia L.O.L.I.S. da cuenta de ellas en el art. 6.3.c) en el que ya no se habla de "negociación colectiva", sino de participación "en la determinación de las condiciones de trabajo en las Administraciones Públicas".

3ª- La L.O.L.I.S no regula en detalle la negociación colectiva. A pesar de la opinión sustentada acerca de la "indefinición en que queda la negociación de los funcionarios" en la L.O.L.I.S, esta norma, ni por el rango -ley orgánica- ni por el contenido -libertad sindical-, es el lugar adecuado para la regulación en detalle de la negociación colectiva de los funcionarios públicos. A este respecto la disposición adicional 2ª prevé la elaboración de una ley que regule los órganos de

²¹³. ST.C.O. 98/1.985, de 29 de julio, f.j. nº 1.

Evolución

representación de las Administraciones Públicas y, por ende, los procedimientos de consulta y negociación previstos en la L.O.L.I.S. Mientras no aparezca esta ley el derecho de negociación de los funcionarios se ha de ceñir al marco jurídico previsto en la L.M.R.F.P.²¹⁴

4ª- Aunque la L.O.L.I.S precise de articulación y desarrollo, la ley que lo haga está condicionada por el reconocimiento claro de un derecho a negociar, esto es, por el abandono, como se ha señalado, de la tesis unilateral y del poder de supremacía. Podrá establecer "peculiaridades" en su ejercicio, pero no podrá negarlo o desconocerlo. La negociación colectiva forma parte del contenido esencial de la L.O.L.I.S- dejando a un lado si es contenido esencial a efectos del art. 28.1- y no puede ser reducido o limitado por una legislación que regule las "peculiaridades" de este derecho de manera tal que la Administración acabe recuperando el poder de supremacía²¹⁵. En ese caso, hay que afirmar que las normas referidas irían contra el espíritu y contra la letra de la L.O.L.I.S - que es orgánica, frente al carácter ordinario de aquellas-²¹⁶ y, según la tesis aquí sostenida, contra la Constitución.

²¹⁴. Así, DEL REY GUANTER, S., "Libertad..", cit., pág. 146.

²¹⁵. Ver, por todos, DEL REY GUANTER, S., "Libertad..", cit., pág. 112; LOPEZ GANDIA, J., "La negociación..", Revista..., cit., pág. 13.

²¹⁶. ILASCO ESTEVE, A., op. cit., pág. 526.

Evolución

5ª- La L.O.L.I.S., aunque parte del presupuesto de la existencia de una pluralidad de Administraciones, no ha previsto que dicha pluralidad deba reflejarse en un tratamiento formal y sustancialmente distinto de la negociación colectiva en cada una de las Administraciones Públicas²¹⁷. Ahora bien, dado el reparto de competencias en materia funcional designado en la Constitución y en los Estatutos de Autonomía, ello no puede servir de obstáculo para que, una vez establecidas unas bases comunes mínimas respecto a dicha negociación que asegure una "fundamental igualdad" en las distintas Administraciones, se proceda por el propio Estado y las Administraciones Autonómicas, a una especificación de las peculiaridades de la negociación colectiva en su respectivo ámbito.

3.2. Las líneas generales de la negociación colectiva.

29. La L.O.L.I.S no regula el derecho de negociación colectiva, pero contiene algunas indicaciones generales al respecto, que habrán de ser especificadas en la normativa de desarrollo sobre la negociación colectiva en este ámbito. En este sentido, establece determinadas líneas maestras en relación con los siguientes temas: 1º) sujetos negociadores; 2º) contenido de la negociación; y 3º) eficacia jurídica negocial.

²¹⁷. DEL REY GUANTER, S., "Libertad..", cit., pág. 113.

Evolución

3.2.1. Los sujetos negociadores.

30. Dado el contenido de esta disposición legal -libertad sindical- las indicaciones al respecto se refieren exclusivamente a la parte negociadora por el lado de los funcionarios. En este sentido, se pueden realizar cuatro reflexiones fundamentales:

Primera, se reconoce el derecho de negociación a las organizaciones sindicales de los funcionarios públicos, quedando excluidas otras formas organizativas, tales como las asociaciones de funcionarios, los cuerpos de funcionarios o representaciones unitarias²¹⁸. No obstante, se plantea la cuestión de si otra norma puede operar una ampliación subjetiva del ejercicio de este derecho en el ámbito funcional, pues tal extensión no ha sido ni podía ser realizada por esta disposición legal²¹⁹.

Segunda, aunque el art. 2.2.d.) de la L.O.L.I.S. reconoce el derecho de negociación colectiva a todos los sindicatos registrados según la ley, los arts. 6.3.d) y 7 de la misma sitúan el derecho a participar en la determinación de las condiciones de trabajo en las Administraciones Públicas a través de los oportunos procedimientos de consulta o negociación entre las prerrogativas de los sindicatos

²¹⁸. DEL REY GUANTER, S., Estado..., cit., pág. 169.

²¹⁹. DEL REY GUANTER, S., "Libertad..", cit., pág. 110.

Evolución

más representativos y de los simplemente representativos en la función pública. De esta manera, se aprecia la existencia de una antinomia entre lo dispuesto en ambos artículos, que deberá ser resuelta por la ley que articule el derecho de negociación colectiva en la función pública. Lo que si es seguro es que los sindicatos con determinados niveles de representatividad si van a participar en la negociación (arts. 6 y 7 L.O.L.I.S.)²²⁰.

Tercera, se reconoce el derecho de negociación a las secciones sindicales pertenecientes a los sindicatos más representativos y a los que tienen presencia en los órganos unitarios de los funcionarios públicos. En consecuencia, estas secciones sindicales, cuando su ámbito de actuación coincida con el de las unidades de negociación que se constituyan en la Función Pública, tendrán garantizado el derecho a negociar; en cuyo caso, su participación consistirá en la designación de sus representantes en el foro de negociación²²¹.

Cuarta, el derecho a la negociación colectiva, al venir explícitamente reconocido en la L.O.L.I.S., pasa a formar parte del contenido total del derecho fundamental de libertad sindical de los

²²⁰. DEL REY GUANTER, S., Estado..., cit., pág. 169.

²²¹. En la misma línea, FERNANDEZ LOPEZ, M^a.F. y CRUZ VILLALON, J., "Los sindicatos en la Función Pública: régimen jurídico y representaciones sindicales en el centro de trabajo", en A.A.V.V., Seminario sobre relaciones colectivas en la Función Pública, Sevilla, 1.989, pág. 235.

Evolución

funcionarios. Y esta observación no es baladí. En efecto, como hemos visto anteriormente, el Tribunal Constitucional ha dicho que si, a propósito de la negociación colectiva está en juego la actividad de un sindicato, y se aprecia un ataque al derecho de libre sindicación, se podrá instar la protección especial dispensada a este último. Sin embargo, esta doctrina es formulada con ocasión de la obstaculización del derecho a la negociación colectiva laboral; derecho que, en opinión del Tribunal Constitucional, forma parte del "contenido esencial" de la actividad sindical²²². Sin embargo, a juicio del mismo Tribunal, del derecho de sindicación de los funcionarios no deriva como consecuencia necesaria la negociación colectiva. Es más, el derecho a la negociación colectiva de los funcionarios no encuentra fundamento constitucional. Por consiguiente, desde esta perspectiva habría que concluir que el entorpecimiento del derecho a la negociación colectiva funcional no constituye o no entraña un atentado al derecho de libertad sindical.

Hay que subrayar, sin embargo, que, según el Tribunal Constitucional, "es perfectamente claro que los sindicatos pueden recibir del legislador más facultades y derechos que engrosan el núcleo esencial del art. 28.1 de la Constitución y que no

²²² Vid., entre otras, las S.T.C.O. 4/1.983, de 28 de enero, 37/1.983, de 11 de mayo y 104/1.987, de 17 de junio. Sobre la estrecha conexión entre la libertad sindical y la negociación colectiva laboral, ver ALONSO OLEA, M., "Lajurisprudencia lenta y suave del Tribunal Constitucional", R.A.P. núm. 102-105, 1.983, págs. 101 y ss.

Evolución

contradican el texto constitucional"²²³. De modo, que, en definitiva, el derecho fundamental "resulta integrado no sólo por su contenido esencial, sino también por esos derechos o facultades básicas que las normas crean y pueden alterar o suprimir, por no afectar al contenido esencial del derecho"²²⁴. Según ello, lesiones del derecho fundamental de libertad sindical pueden encontrarse en las que se produzcan desconociendo derechos establecidos en la L.O.L.I.S. aunque no estuviesen expresamente recogidos en el art. 28.1 de la C.E.²²⁵.

In consecuencia, cualquiera que sea la posición adoptada respecto de la cuestión relativa al fundamento constitucional del derecho a negociar de los funcionarios, al venir éste reconocido en la L.O.L.I.S, el desconocimiento o negación por parte de la Administración de este derecho constituirá una lesión del derecho fundamental de la libertad sindical, y, por lo tanto, su restaración podrá recabarse ante los tribunales a través de las vías previstas para la tutela de este último.

²²³. S.T.C.O. 39/1.986, de 31 de marzo.

²²⁴. S.T.C.O. de 25 de enero de 1.988.

²²⁵. Así, la S.T.C.O. 106/1.984, de 16 de noviembre, afirma que: "en determinados supuestos la cuestión constitucional queda planteada aún sin referencia alguna a la Constitución, mediante la simple invocación de la infracción de una norma legal que de manera evidente contenga la configuración concreta de un derecho constitucionalmente garantizado, pero respecto de cuyo contenido concreto la Constitución se remita, de modo explícito implícito, a normas de rango legal" (S.S.T.C.O. 9/1.988, de 5 de enero y de 22 de marzo de 1.988). La S.T.C.O. 61/1.989, de 3 de abril, afirma que el "ámbito de protección en amparo del derecho fundamental (art. 53.2 C.I.) {...} incluye el efectivo goce del derecho en el marco de su regulación legal". Vid. ALBIOL MONTEINOS, I., "Tutela de la libertad sindical", A.L., núm. 6, 1.989, pág. 67.

Evolución

En este sentido, la propia L.O.L.I.S., en su art. 13 tipifica como actividad antisindical, que permite recabar la tutela judicial a través del amparo ordinario, la lesión de los "derechos de libertad sindical", debiéndose entender por tales los comprendidos en el art. 2 de la propia L.O.L.I.S.²²⁶. Pero como se ha señalado anteriormente, el incumplimiento de las normas que regulen el derecho a la negociación colectiva sólo podrá considerarse como violación del derecho de libertad sindical al que se refiere el art. 2.2.d) de la L.O.L.I.S cuando represente un atentado contra la existencia del sindicato en cuanto interlocutor y tienda a imposibilitar el establecimiento o a destruir la propia relación negocial.

3.2.2. El contenido de la negociación.

31. El art. 6.3.b) de la L.O.L.I.S señala que el objeto de la negociación consiste en la "determinación de las condiciones de trabajo". Por consiguiente, deben entenderse reproducidas aquí las observaciones que anteriormente se han hecho sobre el significado de esta expresión al analizar el alcance constitucional del derecho a la negociación colectiva "laboral".

3.2.3. La eficacia jurídica negocial.

²²⁶. DEL REY GUANTER, S., "La conducta antisindical: principios generales a la luz de la Ley orgánica de Libertad Sindical", R.L., núm. 2, 1.987.

Evolución

32. La L.O.L.I.S., en su art. 6.3.c), habla de procedimientos de "consulta o negociación". La utilización de la disyuntiva "o" podría inducir a considerar que la normativa de desarrollo tendría una triple opción de regular o bien sólo procedimientos de consulta, o bien procedimientos de negociación, o bien ambos tipos de procedimientos simultáneamente. Sin embargo, las posibilidades se reducen a las dos últimos. La razón de ello es que la ordenación del procedimiento de consulta con exclusión de la negociación colectiva iría en contradicción con el art. 2.2.d), donde se reconoce taxativamente que la negociación colectiva es un derecho integrante de la actividad sindical de los funcionarios²²⁷.

La utilización diferenciada de los términos de "consulta" y "negociación", por una simple aplicación de las más elementales reglas de hermeneútica jurídica indica que se trata de dos figuras jurídicas distintas. Esta separación quiere decir fundamentalmente que ambas figuras tendrán no ya pautas procedimentales distintas, sino también distintos tipos de eficacia jurídica²²⁸. Así, mientras la consulta, en la acepción normal de este término, no implica la existencia de una tendencia a llegar a acuerdos ni vinculación jurídica de la Administración respecto de la opinión de la representación sindical sobre el tema consultado, en la negociación

²²⁷. DEL REY GUANTER, S., Estado..., cit., pág. 147; DESDENTADO BONETE, A., "Una nota...", cit., pág. 54.

²²⁸. Ver DEL REY GUANTER, S., Estado..., cit., págs. 117 y ss.

Evolución

colectiva tendrá que darse, en cambio, no sólo una tendencia a hacer posible el acuerdo, sino también a que a este último se le dote de un determinado tipo de eficacia jurídica, por muy diferente que ésta sea de la reconocida por el E.T. a los convenios colectivos.

III. LA LEY 9/1.987, DE 13 DE MAYO, DE ORGANOS DE REPRESENTACION, DETERMINACION DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO Y PARTICIPACION DEL PERSONAL AL SERVICIO DE LAS ADMINISTRACIONES PUBLICAS.

33. Tras no pocos titubeos en su elaboración finalmente fué promulgada la Ley 9/1.987. En efecto, en cumplimiento de lo indicado en la disposición adicional segunda de la L.O.L.I.S, el Gobierno presentó un proyecto de ley en plazo -B.O.G.G. de 28 de diciembre de 1.985-, pero su tramitación se vería interrumpida por la disolución de las Cámaras -abril de 1.986- De ahí que hubiera una nueva remisión -B.O.G.G. de 13 de diciembre de 1.986- de proyecto que, esta vez si, y de forma rápida, vió culminar sus trámites parlamentarios -la presentación del proyecto se realizó el 5 de marzo de 1.987²²⁹.

La negociación colectiva había sido ya abordada en la

²²⁹. Diario de sesiones del Congreso de los Diputados, núm. 35, 1.987.

Evolución

L.M.R.F.P. y L.O.L.I.S.; pero, y sin perjuicio de su trascendencia, se trataba de una regulación sumamente incidental y que se limitaba a establecer precisamente determinadas líneas maestras en las que tendría que desenvolverse una normativa de desarrollo; normativa que no es otra que esta disposición legal. Con ello se concluye un largo y difícil proceso de gestación normativa, cuya culminación representaba una de las tareas pendientes más importantes del ordenamiento jurídico español. Se completa, de este modo, un proceso normativo en varios tiempos o por partes que, admitiendo naturalmente valoraciones críticas sobre su acierto técnico y oportunidad política, se ajusta a la Constitución.

34. La necesidad de esta Ley venía dada tanto por el mandato contenido en la disposición adicional segunda de la L.O.L.I.S, consistente en la remisión al Parlamento de un proyecto de ley regulador de los órganos de representación de los funcionarios de las Administraciones Públicas, y ello aun cuando en esta disposición se omite toda referencia a la negociación colectiva²³⁰, como por la ratificación por España de los Convenios de la O.I.T. nº 151 y 154²³¹. Precisamente, la propia exposición de la L.O.R.A.P. hace referencia a tales disposiciones normativas como

²³⁰. MARTINEZ ABASCAL, V.A., "Contenido..", cit., pág. 314.

²³¹. Vid., por todos, DEL REY GUANTER, S., Comentarios..., cit., pág. 26; ESCUDERO RODRIGUEZ, R., "Comentarios a la Ley 9/1.987", R.L., núm. 15, 1.987, pág. 63.

Evolución

motivos determinantes de la necesidad de esta ley. Concretamente, la exposición se refiere a tales Convenios en el sentido de que "ambos llevan a considerar la urgencia de determinar con claridad en un texto legal (...) aquello que deba ser de aplicación a los funcionarios públicos en cuanto a los órganos de representación". No obstante, lo cierto es que, si por "órganos de representación" se está haciendo referencia exclusivamente a los contemplados en el capítulo II de la L.O.R.A.P., la conexión de aquellos convenios con este tema es indirecta, en tanto que en ninguno de los dos éste se trata de forma detallada. Aún admitiendo que en el Convenio núm 151 se incluya en la expresión "organización de empleados públicos" a los órganos unitarios que regula la L.O.R.A.P. -lo que es sumamente dudoso, el único aspecto sobre los mismos que se trata es el de las "facilidades" y, por lo que se refiere al Convenio nº 154, como su propio título indica, está exclusivamente centrado en la negociación colectiva. En conclusión, la relevancia de ambos convenios de la O.I.T. respecto a la L.O.R.A.P. no se centra en los "órganos de representación", sino en los procedimientos para participar en la determinación de las condiciones de empleo²³².

1. Las características generales de la ley.

35. Para situar adecuadamente la Ley objeto de comentario es

²³². Así, DEL REY GUANTER, S., Comentarios..., cit., pág. 26.

Evolución

preciso señalar los rasgos carecterísticos de la misma. Expuestos de forma sintética, éstos serían los siguientes:

1º- En primer lugar, y desde un punto de vista material, como indica la exposición de motivos "no regula...la presente Ley (las) materias ya recogidas en la Ley Orgánica (de libertad Sindical)". Esta aclaración, que puede deducirse de un mero repaso a los epígrafes de la L.O.R.A.P., sirve para realizar un afirmación que conviene tener presente desde un principio en el análisis de esta ley. En efecto, la L.O.L.I.S. es plenamente aplicable, en todos sus títulos, a los funcionarios. Por ello y por el rango legal exigido al tratamiento normativo de la libertad sindical que contempla el artículo 28.1 de la Constitución, con la L.O.R.A.P., no se está ante una "ley de sindicación de los funcionarios públicos". Esta Ley no realiza un desarrollo directo de la libertad sindical de los funcionarios, materia a ubicar en el art. 28.1 de la Constitución y que ya fué regulada de manera unitaria en la L.O.L.I.S. Por el contrario, la Ley 9/1.987, desarrolla determinadas manifestaciones derivadas del mismo y de ahí que sea una ley ordinaria y no orgánica, en concreto, sus órganos de representación unitaria en las diferentes Administraciones Públicas, los mecanismos de participación del personal a su servicio en órganos colegiados de las mismas y el derecho de reunión en los centros de trabajo. Si hubiera que establecer algún paralelismo con la normativa del

Evolución

sector laboral, el punto de referencia es evidentemente el E.T., en sus Tít. II y III²³³. Sin embargo, no puede ignorarse la estrecha interdependencia entre la L.O.L.I.S. y la Ley 9/1.987, puesto que ésta última especifica ciertas cuestiones prefiguradas en aquella y necesitadas de una expresa y ulterior regulación para completar el diseño esbozado por ella en materia de derechos colectivos de los funcionarios públicos²³⁴.

2º- En segundo lugar, esta ley forma parte del Estatuto de la Función Pública, previsto en el art. 103.3 de la Constitución²³⁵. Se trata evidentemente de un desarrollo parcial del mismo, lo cual confirma lo ya indicado por el Tribunal Constitucional cuando afirma que la expresión "ley" en dicho artículo "no implica la necesidad... (de) un único instrumento legislativo" en la ordenación de aquel régimen estatutario (S.T.C. 98/1.985, de 29 de julio, f.j. núm. 1). En términos generales, esta ley representa para un importante núcleo de funcionarios públicos, lo que los títulos II y III del E.T. significan para los trabajadores por cuenta ajena.

²³³. Subrayan esta paralelismo, entre otros, DEL REY GUANTER, S., Comentarios., cit., pág. 26; RODRIGUEZ PIÑERO, M., "Dualismo representativo en el empleo público", R.L., núm. 18, 1.987, pág. 4.

²³⁴. Subrayan esta conexión, entre otros, BLASCO ESTEVE, A., op. cit., pág. 528; RODRIGUEZ ESCUDERO, R., "Comentarios..", cit., pág. 64.

²³⁵. ESCUDERO RODRIGUEZ, R., "Comentarios..", cit., pág. 64; PIÑAR MAÑAS, J.L., "Las estructuras..", cit., pág. 54.

Evolución

3º- En cuanto parte del régimen estatutario de los funcionarios, la regulación desarrollada por la L.O.R.A.P., tiene, no en todo, pero si en su mayor parte, carácter de base a efectos del artículo 149.1.18 de la Constitución. La disposición final de la Ley declara la práctica totalidad de sus preceptos como normas básicas y, en consecuencia, "de aplicación para todas las Administraciones públicas". Este carácter básico y su conjugación, tal como se indica en la exposición de motivos, con la potestad autoorganizatoria de las Comunidades Autónomas, fué, sin duda, uno de los aspectos más polémicos durante los trámites parlamentarios del proyecto.

Desde un punto de vista formal, no cabe duda de que la Ley es absolutamente respetuosa con la más reciente jurisprudencia constitucional en relación con las normas básicas, pero es más que dudoso que materialmente ocurra lo mismo, pues hay preceptos que, incomprensiblemente, no se consideran básicos pese a su contenido claramente aplicable como tal a las Comunidades Autónomas, mientras que otros resultan sin duda excesivamente reglamentistas como para poder ser considerados materialmente básicos y no simplemente supletorios de los que en su caso pudiesen aprobar las Comunidades Autónomas²³⁶. Ello no obstante, esta Ley deja ciertos márgenes de

²³⁶. Así, CASAS BAAMONDE, M^a.E., "Los derechos sindicales..", cit., pág. 86; PIÑAR MAÑAS, J.L., "Las estructuras de participación y representación del personal al servicio de las Administraciones Públicas", R.E.D.A., núm. 65, 1.990, pág. 54.

Evolución

concreción legislativa a las Comunidades Autónomas cuyo alcance será preciso determinar en cada caso.

Las leyes autonómicas sobre la Función Pública, sin embargo, apenas prestan atención al tema de los derechos colectivos de los funcionarios, en general, y de la negociación colectiva, en particular. Debe significarse que las C.C.A.A. no tenían la posibilidad de intervenir en estos ámbitos en el periodo que media entre la entrada en vigor de la L.O.L.I.S. y la aprobación de la L.O.R.A.P. Por ello, estas leyes, que en su mayoría son anteriores o coetáneas a esta última, se limitan, en imitación del art. 3.2.b) de la L.M.R.F.P., a efectuar un reconocimiento implícito de la negociación colectiva en la Función Pública autonómica. Las que son posteriores, aparte de reproducir el art. 3.2.b) de la L.M.R.F.P., incluyen, expresamente, entre los derechos de los funcionarios, el derecho a participar en la determinación de las condiciones de trabajo, si bien remitiéndose acto seguido a las disposiciones que, con carácter general, se dicten para todos los funcionarios de todas las Administraciones. Así, por ejemplo, el art. 48.2.a) del Decreto Legislativo 1/1.990, de 26 de julio, que aprueba el texto refundido de la Ley de la Función Pública de Extremadura, reconoce el derecho de los funcionarios al "libre ejercicio de los derechos y libertades sindicales de conformidad con la legislación en esta materia y (en particular) a la consulta y negociación de las

Evolución

condiciones de trabajo".

La Comunidad Autónoma del País Vasco si cuenta con una regulación propia. El art. 69.1.e) de la Ley 6/1.989, de 6 de julio, de la Función Pública del País Vasco, reconoce el derecho de los funcionarios "a la información y participación en la determinación de las condiciones de trabajo a través de las organizaciones sindicales y órganos de representación, mediante los procedimientos establecidos al efecto". Tales procedimientos vienen regulados en el Decreto 304/1.987, de 6 de octubre, de Organos de Representación, regulación del proceso electoral, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones Públicas de la Comunidad Autónoma del País Vasco, modificado por el Decreto 228/1.990, de 6 de octubre. Esta disposición reglamentaria se limita, sin embargo, a adaptar la regulación estatal a las especialidades impuestas por la peculiar organización de esta Comunidad Autónoma. En todo lo demás la regulación es escasa.

Este silencio legal, sin embargo, no cierra el paso a las C.C.A.A., que, en el ejercicio de las competencias que sobre esta materia han asumido en su respectivo Estatuto de Autonomía, podrán en el futuro legislar sobre las bases estatales. Incluso los propios agentes de la negociación colectiva podrán complementar la

Evolución

regulación estatal de carácter básico, dado que la negociación colectiva es una materia susceptible de la negociación.

2. Ambito subjetivo.

16. El Capítulo primero de la L.O.R.A.P., que comprende los arts. 1 y 2, está dedicado a la delimitación de los sujetos a los que se dirige la ordenación en ella contenida. De esta forma, el art. 1 establece quienes están incluidos en la norma, mientras que el artículo 2 contempla los colectivos excluidos. En principio, la interpretación de estas disposiciones requiere de las correspondientes remisiones a los diferentes apartados del art. 1 de la L.O.L.I.S. donde se especifica el ámbito subjetivo de la libertad sindical en ella regulada respecto a los funcionarios públicos, en tanto que la L.O.R.A.P. desarrolla el derecho a la negociación colectiva que aquella reconoce a los funcionarios incluidos en su ámbito de aplicación.

1.1. Delimitación positiva: inclusiones.

17. La L.O.R.A.P., de acuerdo con lo dispuesto en su art. 1.1, regula "los órganos de representación y la participación, así como los procedimientos de determinación de las condiciones de trabajo, del personal que preste sus servicios en las distintas

Evolución

Administraciones Públicas, siempre que esté vinculado a las mismas a través de una relación de carácter administrativo o estatutario", texto que ha de ser entendido en relación con el art. 2 de la L.O.L.I.S. Así, se trata no sólo de los funcionarios de carrera y del personal estatutario²³⁷, sino también de los funcionarios interinos y del personal contratado temporalmente en régimen de derecho administrativo²³⁸.

38. Precisamente, el art. 16.1 y la disposición transitoria 2 de la L.O.R.A.P. contienen menciones expresas en relación a estos dos últimos, de las que se deduce claramente su inclusión en el ámbito subjetivo de la Ley. Así, el art. 16.1 dispone que "la relación de servicio con la Administración no se verá alterada por el acceso del personal interino a la condición de representante", de donde se deduce, a sensu contrario, su inclusión no sólo a efectos de representación unitaria²³⁹, sino también a efectos de participación en la determinación de las condiciones de trabajo. En efecto, como se verá, el criterio de selección de la legitimación

²³⁷. Con respecto al personal estatutario, hay que indicar que su inclusión en el ámbito de aplicación de la L.O.R.A.P. puede suponer un paso atrás en relación con la negociación colectiva informal que ya había empezado a producirse sin las limitaciones que ahora introduce esta ley (así, por ejemplo, en el sector sanitario del I.N.S.A.L.U.D. existen Acuerdos como el de 21-4-83 sobre retribuciones al que la jurisprudencia había reconocido fuerza obligatoria). Vid. DEL REY GUANTER, S., Comentarios..., cit., pág. 40; LOPEZ GANDIA, J., "El personal estatutario y las fuentes de regulación de sus condiciones de trabajo", A.L., núm. 23, 1.990, pág. 277.

²³⁸. DEL REY GUANTER, S., Comentarios..., cit., págs. 37 y ss

²³⁹. DEL REY GUANTER, S., Comentarios..., cit., pág. 38.

Evolución

negocial es el de la representatividad sindical medida en base al índice de audiencia electoral, por lo que la intervención estos funcionarios en la conformación de los órganos unitarios significa que los mismos están comprendidos en la base representable por los sindicatos presentes en los foros de negociación. Por su parte, la disposición transitoria segunda dispone que "hasta tanto se cumpla la disposición final primera de la Ley 30/1.984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, el personal contratado de colaboración temporal en régimen de derecho administrativo que se encuentre prestando servicio le será de aplicación, a todos los efectos lo dispuesto en la presente Ley".

39. Por lo que se refiere al personal eventual y al funcionario político, la cuestión no está clara en el contexto de la ley. Como se ha visto con anterioridad, las características de la prestación de servicios de estos colectivos desaconsejan su asimilación al resto de funcionarios a efectos del ejercicio de los derechos colectivos. Por ello, y aun cuando la L.O.L.I.S, desafortunadamente, no haya separado las partes a efectos del ejercicio de la libertad sindical, la normativa de desarrollo debería hacerlo a efectos de la negociación colectiva, institución en la que se han de dilucidar claramente los intereses en conflicto y, naturalmente, los representantes que han de defenderlos.

Evolución

En principio, estos colectivos no aparecen mencionados en el art. 2 de la ley, por lo que, dado el carácter cerrado y taxativo de la lista de exclusiones contenida en este precepto, habría que concluir que si están comprendidos en el ámbito de esta disposición legal. Las dudas surgen a partir de lo dispuesto en los apartados b) y c) del art. 16.2 de la ley, donde se les niega la condición de elector y de elegible en las elecciones a Juntas y Delegados de personal y, consiguientemente, se les excluye del sistema de representación unitaria. La cuestión que se plantea es si debe extenderse dicha exclusión al conjunto de la L.O.RA.P. y, en especial, a su Capítulo IV.

En este sentido, conviene notar que en el ordenamiento jurídico laboral se prevé idéntica medida en relación con el personal directivo. En efecto, el art. 16 del R.D. 1382/1.985 establece que "sin perjuicio de otras formas de representación, el personal de alta dirección no participará como elector ni como elegible en los órganos de representación unitaria regulados en el Tít. II del E.T.", lo que comporta su exclusión del sistema de negociación colectiva estatutario²⁴⁰. Pero como éstos gozan de los derechos de libertad sindical y negociación colectiva reconocidos

²⁴⁰. FERNANDEZ, M.^a.F. y RODRIGUEZ PIÑERO, M., "La relación laboral especial del personal de alta dirección y el Real Decreto 1382/85", R.L., núm. 6, 1.988, pág. 31; SALA FRANCO, T., La relación laboral de los altos cargos directivos de las empresas, Bilbao, 1.990, pág. 93; VALDES DAL-RE, F., "Negociación colectiva y representación del personal directivo", R.L., núm. 2, 1.988, pág. 69.

Evolución

en los arts. 28.1 y 37.1 de la Constitución, pueden desarrollar una negociación colectiva extraestatutaria²⁴¹.

En esta misma línea, se ha defendido que la exclusión del personal eventual y de los funcionarios políticos del sistema de representación unitaria comporta su exclusión del conjunto de la L.O.R.A.P., sobre todo por lo que se refiere a la negociación colectiva²⁴². Esta tesis, sin embargo, requiere una mayor reflexión. Por ahora, basta con indicar que con esta exclusión es evidente que el legislador ha querido separar las partes a efectos de la negociación, en el sentido de que los representantes funcionariales en el seno de la mesa negociadora no podrán extraerse de estos grupos, que serán los que representarán a la Administración. Lo que no está tan claro es que también conlleve su exclusión de las base representable por los sindicatos presentes en la mesa de negociación. Sobre estas cuestiones se volverá más tarde al analizar la representación de la Administración y los ámbitos de las unidades de negociación, a cuyo momento se remite ahora el análisis.

40. El apartado 2 del art. 1 también se refiere a los "Secretarios Judiciales, Médicos Forenses, Oficiales, Auxiliares y

²⁴¹. *Ibíd.*

²⁴². Así, DEL REY GUANTER, S., *Comentarios...*, cit., págs. 39 y ss.

Evolución

Agentes Judiciales, así como los miembros de los Cuerpos que puedan crearse, por ley, para el auxilio y colaboración con los jueces y tribunales". En este sentido, la mención expresa de estos Cuerpos de funcionarios públicos no era precisa, en tanto que es clara su inclusión genérica en el apartado 1, pero seguramente el legislador la ha creído conveniente para evitar todo tipo de equívoco al respecto, pues el art. 2.1.b) excluye a los miembros de la Carrera judicial²⁴³.

41. Finalmente, por simple comodidad expositiva²⁴⁴, la L.O.R.A.P. opta en el apartado tercero por un término único -funcionario público- con el que pueda designar genéricamente a los distintos colectivos enumerados en los dos anteriores, evitándose así una continua enumeración de los mismos.

2.2. Delimitación negativa: exclusiones.

42. El art. 2 opera una serie de exclusiones que, en unos casos -apartados a y b- son deducibles de las prohibiciones que, al respecto, contienen la L.O.L.I.S y otras disposiciones legales y, en otros -apartado c y de- resultan de la separación legislativa impuesta por la L.O.L.I.S. Hay en este artículo dos tipos de

²⁴³. DEL REY GUANTER, S., Comentarios..., cit., pág. 41.

²⁴⁴. DEL REY GUANTER, S., Comentarios..., cit., pág. 41.

Evolución

exclusiones²⁴⁵. Mientras las previstas en los apartados a), b) y c) son constitutivas, pues se trata en este caso de funcionarios públicos; la exclusión del apartado d), en cambio, es claramente declarativa, en base al art. 1.1 de la ley. Por lo demás, se trata de una lista de exclusiones cerrada y taxativa, de forma que todos aquellos funcionarios públicos no incluidos en la misma han de considerarse, en principio, incluidos en la L.O.R.A.P²⁴⁶. Por último, aunque la ley no lo contempla como excepción, hay que hacer referencia al personal funcionario de las Cortes Generales, sometidos al correspondiente Estatuto.

En vista de todo ello, las exclusiones son susceptibles de las siguientes ordenación:

2.2.1. Las Fuerzas Armadas y la Guardia Civil

43. La primera exclusión viene determinada por los "miembros de las Fuerzas Armadas y de los Institutos armados de carácter militar". Se trata de los mismos colectivos a los que la L.O.L.I.S. excluye de su regulación y a los que un conjunto de normas específicas excluyen de la libertad sindical, haciendo uso de la discrecionalidad que, en este punto, deja al legislador ordinario

²⁴⁵. Vid. DEL REY GUANTER, S., Comentarios..., cit., pág. 42.

²⁴⁶. DEL REY GUANTER, S., Comentarios..., cit., pág. 42.

Evolución

el art. 28.1 de la Constitución. En consecuencia, su exclusión deriva de la previa exclusión de los mismos de la libertad sindical.

La prohibición de organizarse sindicalmente para fines de reivindicación profesional y de desarrollar actividades en este sentido, va a significar la absoluta heteronomía estatal en materia de intereses profesionales, con exclusión de cualquier atisbo de autonomía colectiva²⁴⁷. Así, partiendo de la base de que el Estado vela por los intereses de las Fuerzas Armadas, no sólo se prohíbe a sus miembros participar en sindicatos y asociaciones con finalidad reivindicativa sino que tampoco "podrán condicionar en ningún caso, el cumplimiento de sus cometidos a una mejor satisfacción de sus intereses personales o profesionales ni recurrir a ninguna de las formas directas o indirectas de huelga" (art. 181 de la Ley 85/1.978).

2.2.2. Los Jueces, Magistrados y Fiscales.

44. Una segunda exclusión de la L.O.R.A.P. viene dada por los "Jueces, Magistrados y Fiscales", la cual se realiza "sin perjuicio del ejercicio de sus derechos de asociación profesional, de

²⁴⁷. MARTINEZ ABASCAL, V.A., "Alcance..", cit., pág. 467; SALA FRANCO, T y ALBIOL MONTESINOS, I., op. cit., pág. 568.

Evolución

conformidad con lo dispuesto en el art. 401 de la Ley Orgánica del Poder Judicial". Su exclusión también es una consecuencia derivada de una negación de la libertad sindical, aunque operada en términos distintos a la de las Fuerzas Armadas. En efecto, estos funcionarios públicos, según el art. 401 de la L.O.P.J. - y art. 54 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal-, si pueden fundar y afiliarse a asociaciones profesionales, siempre que tengan como fines "la defensa de los intereses profesionales de sus miembros en todos los aspectos y la realización de actividades encaminadas al servicio de la justicia en general".

Lo indicado en esta última norma significa que tales funcionarios públicos, a diferencia de los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Guardia Civil tienen la posibilidad de desarrollar determinadas actividades de defensa profesional ante la Administración. Pero éstas ni se desarrollarán orgánicamente a través de representaciones unitarias o de sindicatos ni a través de los derechos de negociación colectiva y consulta que contempla la L.O.R.A.²⁴⁸. En principio, por tanto, será un tipo muy peculiar de defensa de intereses, fundamentalmente a través de la vía consultiva²⁴⁹. Y, aun cuando, estas actividades lleguen a plasmarse

²⁴⁸. MARTINEZ ABASCAL, V.A., "Alcance..", cit., pág. 468; DEL REY GUANTER, S., Comentarios..., cit., pág. 44.

²⁴⁹. MARTINEZ ABASCAL, V.A., op. ult. cit., pág. 468.

Evolución

en acuerdos intra o extra-asociativos, éstos se desarrollarán en el marco del régimen asociativo establecido en el art. 22 C.E., quedando al margen del art. 28.1 C.E. y de los medios de acción consustanciales con el reconocimiento del derecho de libertad sindical²⁵⁰.

2.2.3. La Policía.

45. La tercera exclusión viene dada por los Cuerpos de Fuerzas de Seguridad regulados en la L.O.F.C.S., a excepción de los Cuerpos de Policía Locales, esto es, por consiguiente, el Cuerpo Nacional de Policía y las Policías de las Comunidades Autónomas. Ahora bien, conviene recordar que la L.O.F.C.S. contiene la regulación del derecho de libertad sindical de tales Cuerpos, por lo que la L.O.R.A.P. puede ser de aplicación supletoria según el art. 2.2 de esta disposición legal²⁵¹.

Los artículos 21 y 22.1 de la L.O.L.I.S. recogen los derechos de participación de las organizaciones sindicales en la determinación de las condiciones de prestación de servicio. El primero de ellos, a diferencia del segundo, se refiere a toda

²⁵⁰. MARTINEZ ABASCAL, V.A., "Alcance..", cit., pág. 468.

²⁵¹. GARCIA MURCIA, J., "Libertad sindical y representatividad de los sindicatos en la Función Pública", en A.A.V.V, Seminario sobre las relaciones colectivas en la Función Pública, Sevilla, 1.989, pág. 159.

Evolución

organización sindical legalmente constituida en los términos previstos en la propia ley, esto es, con independencia de su nivel de representatividad²⁵². Tal derecho consiste en "formular propuestas y elevar informes o dirigir peticiones a las Autoridades competentes, así como a ostentar la representación de sus afiliados ante los órganos competentes de la Administración Pública". Se está en presencia de lo que se puede denominar como "consulta potestativa", porque la Administración, además de su obligación - pasiva- de recibir tales propuestas, informes o peticiones, no tiene el deber de solicitarlas²⁵³.

Por su parte, el art. 22.1 reconoce a las organizaciones sindicales representativas el derecho de "participar como interlocutores en la determinación de las condiciones de prestación del servicio de los funcionarios, a través de los procedimientos establecidos al efecto". Pero la determinación de estas vías de participación necesita de una normativa de desarrollo al respecto, normativa que en la actualidad aún no ha sido publicada²⁵⁴. Precisamente en relación a este último punto, no está claro en el contexto de la L.O.F.C.S. el rol que corresponde a los sindicatos y al Consejo de Policía, en tanto que una función de éste es "la

²⁵². DEL REY GUANTER, S., "Los derechos..", cit., pág. 75.

²⁵³. DEL REY GUANTER, S., op. ult. cit., pág. 75.

²⁵⁴. DEL REY GUANTER, S., "Los derechos..", cit., pág 76.

Evolución

participación en el establecimiento y las condiciones de prestación del servicio de los funcionarios" (art. 25.2.b) L.O.F.C.S.)²⁵⁵. Además, hay que notar que este precepto no hace referencia alguna a la negociación colectiva²⁵⁶. Así, la L.O.F.C.S., a diferencia de la L.O.R.A.P., aunque es evidente que establece la consulta en este ámbito, no se pronuncia sobre el tema de la negociación colectiva, y si ésta última, en caso de existir, será ejercida en el seno del Consejo de Policía o por los sindicatos. En todo caso, la L.O.F.C.S. configura un modelo de relaciones colectivas acentuadamente más centralizado que la L.O.R.A.P., basándose para ello seguramente en las funciones a desempeñar por los Cuerpos y Fuerzas de seguridad (art. 11) y sus principios básicos de actuación (jerarquía, subordinación, etc., art. 5).

46. La excepción a esta exclusión viene determinada por los Cuerpos de Policía. En efecto, el art. 2.1.c) de la L.O.R.A.P., de conformidad con lo dispuesto en el art. 53.2. de la L.O.F.C.S., incluye dentro de su ámbito de aplicación a los miembros de los Cuerpos de la Policía Local²⁵⁷. De este modo, las condiciones de trabajo de estos policías se determinarán a través de los sistemas

²⁵⁵. DEL REY GUANTER, S., "Los derechos colectivos..", cit., pág. 81.

²⁵⁶. DEL REY GUANTER, S., "Los derechos colectivos..", cit., págs. 82-83; MARTINEZ ABASCAL, V.A., "Alcance..", cit., ág. 469.

²⁵⁷. Vid. DEL REY GUANTER, S., Comentarios..., cit., pág. 45; MARTINEZ ABASCAL, V.A., "Alcance..", cit., pág. 469.

Evolución

de consulta y negociación previstos en la ley para los funcionarios públicos²⁵⁸.

2.2.4. El personal funcionario al servicio de las Cortes Generales.

47. A pesar del silencio de la L.O.R.A.P., esta disposición legal no resulta de aplicación directa al personal funcionario al servicio de las Cortes Generales. De acuerdo con el art. 31 del Estatuto de las Cortes Generales "la participación del personal de las Cortes Generales y la determinación de sus condiciones generales de trabajo se llevará a cabo en los términos previstos en el presente Estatuto, a través de los siguientes órganos: a) La Junta de Personal; b) La mesa negociadora".

Los artículos siguientes modalizan la normativa general contenida en la L.O.R.A.P. en cuanto a los derechos de representación unitaria y participación en la determinación de las condiciones de trabajo. Una de las notas más importantes puede ser la separación formal que se opera entre los sistemas de representación unitaria y negociación colectiva de este personal y

²⁵⁸. MARTINEZ ABASCAL, V.A., "Alcance..", cit., pág. 470, critica la introducción de la negociación colectiva en relación con este colectivo por la vía de la L.O.R.A.P. a esta categoría de funcionarios porque no respeta el principio de igualdad entre los distintos Cuerpos de Policía y porque, al estar estos funcionarios privados del derecho de huelga, pueden surgir serios problemas en el momento en que se rompan las negociaciones.

Evolución

los del resto de funcionarios, como consecuencia de la separación formal que se opera entre los órganos unitarios y mesas de negociación de unos y otros.

Otra particularidad es la parcial confusión que se produce entre la Junta de Personal y la Mesa negociadora, y ello porque mientras en la L.O.R.A.P. ambos órganos se encuentran nítidamente diferenciados, aquí la Mesa negociadora aparece como una ampliación de la Junta de Personal a la que se incorporan con voz, pero sin voto, "un representante que tenga la condición de funcionario de las Cortes Generales por cada uno de los sindicatos más representativos a nivel estatal (art. 6.2 L.O.L.I.S.), siempre que hayan presentado una candidatura a las elecciones a la Junta de Personal y no hayan obtenido un puesto en la misma y por cada candidatura que haya obtenido representación en la Junta de Personal" (art. 35.1.b.). La razón de esta modificación estriba en la coincidencia tanto del colectivo a quienes representan uno y otro órgano como del interlocutor de la Administración que, de seguirse literalmente las indicaciones de la L.O.R.A.P., conduciría a una duplicidad inútil cuando no entorpecedora del diálogo y negociación entre Administración y funcionarios.

Por lo demás, y exclusión hecha de estas particularidades, en nada se separa el Estatuto de la L.O.R.A.P. a la que, expresamente,

Evolución

se remite como derecho supletorio (Disposición Adicional sexta).

2.2.5. El personal laboral.

48. A pesar del equívoco título de la ley ("personal al servicio de las Administraciones Públicas"), ésta no es aplicable al personal laboral, a excepción de sus arts.. 39 y 41 (art. 2.1.d L.O.R.A.P.). El personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas tiene en el E.T. y demás normas laborales la regulación de sus derechos colectivos. Así, la negociación de este colectivo discurre por el cauce previsto en el Tít. II del E.T.. Aunque lo cierto es que la aplicación de esta normativa plantea numerosos problemas de legitimación negocial, contenido negocial e, incluso, procedimiento, y cuya solución ha llegado a crear verdaderas normas especiales sobre la materia²⁵⁹.

49. En conclusión, la L.O.R.A.P. se aplica al personal al servicio de la Administración del Estado, al personal de las C.C.A.A. y de la Administración local, siempre que su relación jurídica sea de carácter administrativo o estatutario y no pertenezca a alguno de los tres colectivos reseñados. Concretando lo anterior en relación con la esfera estatal, están comprendidos en el ámbito subjetivo de esta ley: 1º) los funcionarios de la

²⁵⁹. Ver SALA FRANCO, T., Incidencia..., cit., pág. 56 y ss.

Evolución

Administración civil del Estado y sus Organismos Autónomos; 2º) los funcionarios civiles de la Administración militar y sus Organismos Autónomos²⁶⁰; 3º) el personal funcionario y estatutario de la Seguridad Social, y 4º) ciertos colectivos de la Administración de Justicia. A este respecto, conviene notar que su ámbito es más amplio que el normativo de la L.M.R.F.P., pues comprende también al personal estatutario de la Seguridad Social y al personal funcionario de la Administración de Justicia. Mientras la inclusión de los segundos va a suponer la introducción de la contratación colectiva en la determinación de sus condiciones de trabajo; la de los primeros, en cambio, puede suponer un paso atrás en relación con la negociación colectiva informal que había empezado a producirse con anterioridad a esta ley²⁶¹.

3. Ambito objetivo.

50. La L.O.R.A.P. consta de 43 artículos divididos en cinco capítulos que tratan, respectivamente, del "Ambito de aplicación" (I), "De los órganos de representación" (II), de la "Participación en la determinación de las condiciones de trabajo" (III), "De la

²⁶⁰. Por tanto, debe entenderse implícitamente derogado el art. 5 del R.D. 500/1.978, donde tan sólo se reconocía a las asociaciones sindicales de este personal el derecho a participar en la determinación de las condiciones de empleo de sus asociados "a través de los procedimientos de consulta y colaboración que se establezcan. Así, MARTINEZ ABASCAL, V.A, "Alcance..", cit., pág. 468.

²⁶¹. Vid. LOPEZ GANDIA, J., "La negociación..", Revista.., cit., pág. 15.

Evolución

participación" (IV), y, finalmente, "Del derecho de reunión" (V). A ello ha de añadirse cinco disposiciones adicionales, siete disposiciones transitorias y una disposición final.

Una consideración global de dicha estructura pone de manifiesto dos rasgos de la misma, uno por lo que se incluye y otro por lo que deja de incluir.

3.1. Delimitación positiva: materias incluidas.

51. Respecto a las materias que regula la L.O.R.A.P., el núcleo principal está dedicado a tres tipos de participación del personal funcionario y estatutario de las Administraciones Públicas: el Capítulo 2º que denomina "de los órganos de representación", estructura uno órganos de representación unitaria similares a los Comités de Empresa y Delegados de Personal; el Capítulo 3º intitulado "participación en la determinación de las condiciones de trabajo", regula los órganos y procedimientos de negociación en la Función Pública; y el Capítulo 4º establece lo que en sentido estricto se conoce como participación institucional en los órganos directivos de los entes públicos, pues prevé que en ciertos órganos de la Administración de carácter colegiado, y con competencias consultivas en temas de personal, se integren también representaciones sindicales del personal.

Evolución

52. Aunque esta vías de participación presentan algunas conexiones entre si, existen notables diferencias entre las mismas. Así, las Juntas y Delegados de Personal son configurados en la línea tradicional de instituciones de "participación", como órganos de mera consulta e información en la gestión del personal²⁶². La Ley les niega la competencia de negociación, reservada en exclusividad a los sindicatos, lo que permite un deslinde claro entre las funciones de esta vía de participación y la prevista en el Capítulo 4º.

53. Mayores similitudes presentan entre si las vías de participación establecidas en los Capítulos II y IV, lo que puede inducir a confusión; confusión propiciada desde la propia Ley al utilizar la misma palabra, "participación", en los títulos de ambos Capítulos. En efecto, existe un cierto paralelismo de las materias sobre las que informa el C.S.F.P. y las que son objeto de negociación y consulta por las mesas de negociación, así como de los sindicatos presentes en aquel y en éstas²⁶³. En realidad, tan participación en la determinación de las condiciones de trabajo es

²⁶². Ver, por todos, RODRIGUEZ PIÑERO, M., "La "participación del personal" en el empleo público", R.L., núm. 19, 1.987, pág. 2; CRUZ VILLALON, J., "Juntas y Delegados de Personal: concepto, ámbito de actuación y competencias", en A.A.V.V., Seminario sobre relaciones colectivas, Sevilla, 1.989, págs. 95 y ss.

²⁶³. Vid. DEL REY GUANTER, S., Comentarios..., cit., págs. 255 y ss; RODRIGUEZ PIÑERO, M., "La participación..", cit., págs. 2 y 3.

Evolución

la prevista en el Capítulo IV como la regulada en el Capítulo III²⁶⁴. Sin embargo, la primera constituye una manifestación de la participación institucional de los sindicatos, y no del derecho de negociación colectiva. Por ello, el objeto de la presente investigación se va a centrar en los sistemas de participación en la determinación de las condiciones de trabajo diseñados en el Capítulo III. Ello no obstante, en algún momento de este estudio será inevitable traer a colación la participación contemplada en el Capítulo IV, pues las competencias del C.S.F.P. se solapan con las de las mesas de negociación²⁶⁵.

3.2. Delimitación negativa: materias excluidas.

54. Respecto a las materias que no incluye, y junto a la ausencia de las de carácter estrictamente sindical, apropiadamente remitida a la L.O.L.I.S., destaca el hecho de que la L.O.R.A.P. no trata todo lo relacionado con los conflictos colectivos y con los medios para su solución -si se exceptúa el artículo 38 respecto a la mediación en la negociación colectiva-.

La anterior ausencia, notable especialmente por lo que se refiere al derecho de huelga, ha podido deberse a distintos

²⁶⁴. Así, DEL REY GUANTER, S., Comentarios..., cit., pág. 31.

²⁶⁵. BLASCO ESTEVE, A., op. cit., pág. 528.

Evolución

factores²⁶⁶. Así, sin duda, ha influido la reserva de ley orgánica existente en materia de huelga, por lo que su ordenación no podía ser realizada por esta disposición legal. Tampoco han debido ser ajenas a tal ausencia la propia complejidad del tema y la conexión que se ha realizado entre las normativa de los conflictos colectivos en el sector laboral y aquéllas sobre este tema en la Función Pública. De esta forma, a pesar de que los conflictos colectivos en la Función Pública parece que han de contar con más peculiaridades legales aún que la negociación colectiva, el legislador parece haber unido la suerte de su regulación con la del sector laboral, lo que se ha traducido en un vacío normativo ciertamente problemático, con graves consecuencias para el desarrollo de la negociación colectiva, habida cuenta la tan estrecha relación que existe entre los medios de solución con la huelga como de ambos con la negociación colectiva.

.55. Ante esta situación, se ha defendido que la negociación colectiva tiene un extenso campo de actuación en materia de conflictos colectivos y ello en dos vertientes esenciales²⁶⁷. Por una parte, el ejercicio del derecho de huelga en la Función Pública -procedimiento, limitaciones durante la vigencia del acuerdo o pacto, servicios mínimos,..etc-, y, por otra, las medidas de

²⁶⁶. Ver, DEL REY GUANTER, S., Comentarios..., cit., pág. 30.

²⁶⁷. DEL REY GUANTER, S., Comentarios..., cit., pág. 215.

Evolución

solución de los conflictos colectivos.

56. Sin embargo, como se analiza con detalle más tarde, el ejercicio del derecho de huelga pertenece al ámbito material reservado a la ley, y, además, a la ley orgánica, por lo que la regulación de la mayor parte de los extremos antes indicados queda vedada a la autonomía colectiva. Por ello, mientras continúe la abstención normativa estatal, la única salida es la aplicación del R.D.L.R.T. En este sentido, doctrina y jurisprudencia, se muestran favorables a que en situaciones de huelga de los funcionarios entre en juego el R.D.L.R.T., aunque en atención a basamentos de apoyo distintos. Para unos, el R.D.L.R.T. es aplicable por analogía en base a lo dispuesto en el art. 4.1 del C.c.²⁶⁸; para otros, en cambio, esta disposición legal no puede aplicarse ni directamente ni por analogía, pues ello supondría la creación de derecho "ex novo" que no se contempla en el art. 4º.1 del C.c.²⁶⁹, y, en consecuencia, la jurisprudencia sólo puede utilizar el R.D.L.R.T. para suplir el vacío como "directriz" o "marco de referencia"

²⁶⁸. CANO MATA, A., "La huelga de funcionarios", R.A.P., núm. 93; 1.980, pág. 142; DIEZ SANCHEZ, J.J., op. cit., págs. 86-87;

EMBED IRUJO, A., "La problemática actual de la huelga de los funcionarios", A.A.V.V, El trabajo en la Constitución, Instituto de Relaciones laborales de la Universidad de Zaragoza, 1.982, págs. 266. Vid., entre otras, las S. del T.S. de 26 de abril de 1.985; 7 de diciembre de 1.985; 10 de mayo de 1.986 y 19 de enero de 1.988.

²⁶⁹. BORRAJO DACRUZ, E., "El derecho de huelga de los funcionarios públicos en la sentencia del T.C.O. de 8 de abril de 1.981", R.E.D.C., núm. 2, 1.981, pág. 145-145. En la misma línea, GARCIA BLASCO, J., "El derecho de huelga en España: calificación y efectos jurídicos", Barcelona, 1.983, pág. 45; FERNANDEZ FARRERES, "Sobre la ilegalidad de la retención de haberes a los funcionarios públicos con ocasión del derecho de huelga", R.A.P., núm. 99, 1.982, pág. 274.

Evolución

orientador de resoluciones²⁷⁰. En definitiva, el R.D.L.R.T. debe entrar en juego en estos supuestos, cualquiera que sea la manera en que deba ser utilizado, si bien "con las salvedades impuestas razonablemente por la peculiaridad de sus condiciones estatutarias"²⁷¹.

Esta solución no deja de ser paradójica, pues una norma que de por sí ha sido considerada inadecuada para la regulación de la huelga en el sector laboral, es aplicada en un ámbito para el que no fué elaborada (cfr. art. 1 del R.D.L.R.T.) y, en el que la huelga ha de contar con más peculiaridades legales que la negociación²⁷². Sin embargo, es la única salida posible, pues, de no ser así, los funcionarios ejercitarían su derecho a la huelga sin más limitaciones que las previstas en el art. 28.1 de la C.E., lo que, probablemente, iría contra el principio de igualdad establecido en el art. 14 de la C.E.²⁷³

²⁷⁰. En este sentido, BORRAJO DACRUZ, E., op. cit., pág. 145-146; GARCIA BLASCO, J., "El derecho de huelga..", cit., pág. 45; SALA FRANCO, T. y GOERLICH PESET, J.M^a, op. cit., pág. 667.

²⁷¹. En este sentido, CANO MATA, A., op. cit., pág. 142; EMBID IRUJO, A., op. cit., pág. 266. Algunas resoluciones judiciales aplican "con las especificaciones que postula la relación funcional, el marco general de aquel Decreto-Ley" y otras, valiéndose de la normativa existente "que faculta el recurrir a la analogía" aplican dicha "con respecto al personal funcional o estatutario, al estar vigente el art. 10, párrafo 2", del mismo. Así, entre otras, las S.S.T.S. de 25 de noviembre de 1.985, de 10 de mayo y 23 de septiembre de 1.986.

²⁷². DEL REY GUANTER, S., "Evolución..", cit., pág. 63.

²⁷³. Así, SALA FRANCO., T y GOERLICH PESET, J.M^a, op. cit., pág. 670.

Evolución

57. La autonomía colectiva tiene un margen mayor de desenvolvimiento en materia de solución de conflictos colectivos²⁷⁴. Pero no se pueden ignorar las dificultades que el desarrollo de los medios de solución de los conflictos colectivos encuentra en el sistema funcional. Por lo pronto, son medios que, por razones que no se pueden ahora desarrollar, cuentan con unos antecedentes muy escasos en el sector laboral, de forma que a diferencia de lo que ha ocurrido en otros ámbitos -por ejemplo, representación unitaria-, las relaciones colectivas funcionariales no pueden beneficiarse de la experiencia anterior del sistema laboral²⁷⁵. Además, la relación entre una Administración fuerte como la española, carente de una cultura de la negociación en las relaciones con sus trabajadores, y unos sindicatos especialmente débiles en este ámbito no es la más adecuada para la autoprotección y la autocomposición de los conflictos colectivos²⁷⁶.

58. En fin, existe un vacío normativo en materia de huelga y conflictos colectivos, que va a repercutir negativamente en el desarrollo de la actividad negocial. Los derechos de sindicación,

²⁷⁴. Ver GONZALEZ ORTEGA, S., "Los medios de solución de los conflictos colectivos en la Función Pública", en A.A.V.V., Seminario sobre relaciones colectivas en la Función Pública, Sevilla, 1.989, págs. 411 y ss.

²⁷⁵. DEL REY GUANTER, S., "Evolución..", cit., pág. 63.

²⁷⁶. CASTIÑEIRA FERNANDEZ, J., "La tutela de la libertad sindical en la Función Pública", en A.A.V.V., Seminario sobre relaciones colectivas en la Función Pública, Sevilla, 1.989, pág. 255.

Evolución

negociación, huelga y adopción de medidas de conflicto colectivo están íntimamente unidos entre sí, hasta el punto de formar una interrelación de derechos en la que las deficiencias normativas de uno de ellos puede viciar todo el sistema que los instrumentaliza válidamente.

4. La participación en la determinación de las condiciones de trabajo.

59. Hechas las anteriores consideraciones sobre la naturaleza y contenido de la ley, momento es ya de entrar en el concreto objeto de análisis. Como antes se precisó, en este trabajo no corresponde revisar los derechos colectivos de los funcionarios en su globalidad, sino tan sólo una de sus manifestaciones, cual es la participación en la determinación de sus condiciones de trabajo.

4.1. Valoración global.

4.1.1. Desde un punto de vista sustantivo.

60. Por lo pronto, deben hacerse algunas consideraciones sobre el propio título de la Ley y del epígrafe de su Capítulo III. Sin perjuicio, de que se vuelva con posterioridad al tema, es necesario subrayar la reticencia mostrada por el legislador a

Evolución

incorporar a los mismos lo que, indudablemente, constituye la innovación fundamental de la misma en el sistema jurídico español, a saber, la negociación colectiva en la Función Pública²⁷⁷. Tanto los términos "participación" como "determinación de las condiciones de trabajo" -éste último ya usado en la L.O.L.I.S. y posiblemente proveniente del convenio nº 151 O.I.T.- son lo bastante amplios para que no puedan considerarse como sinónimos o equivalentes al de negociación colectiva. Más concretamente, tan participación en la determinación de las condiciones de trabajo es la regulada en el capítulo IV de la Ley como aquéllas previstas en su capítulo III, aunque mantengan diferencias sustanciales. De ahí que hubiera parecido más oportuno que en la identificación de la ley se hubiera ya utilizado la expresión "negociación colectiva", sobre todo cuando el legislador no ha mostrado ningún reparo en emplearla en el propio contenido del Capítulo III. En realidad, con esta calculada ambigüedad en el uso de los términos se quiere subrayar las distancias que corren entre esta "participación" y un auténtico derecho de negociación colectiva²⁷⁸.

61. Los rasgos fundamentales de los sistemas de participación

²⁷⁷. Subrayan este hecho, entre otros, DEL REY GUANTER, S., Comentarios..., cit., pág. 31; ESCUDERO RODRIGUEZ, R., "Comentario a la Ley 7/1.99", R.L., núm., 1.990, pág. 90; LOPEZ GANDIA, J., "La negociación...", Revista..., cit., pág. 9.

²⁷⁸. Ver, entre otros, GARCIA FERNANDEZ, M., "Representatividad y negociación colectiva en el sector público", A.L., 1.988. pág. 2.467; LOPEZ GANDIA, J., "La negociación...", Revista..., cit., pág. 9.

Evolución

diseñados en la ley son los siguientes:

1º- En primer lugar, establece dos sistemas de participación de los funcionarios en la determinación de sus condiciones de trabajo en atención a las distintas materias: 1º) El sistema de consulta; 2º) El sistema de negociación colectiva. La doble alternativa que la L.O.L.I.S abre al legislador ha sido, despejada finalmente en favor del establecimiento de ambos tipos de procedimientos simultáneamente. La elección entre una u otra vía de participación no se hace depender de la voluntad de las partes sino de la índole de la materia a regular²⁷⁹. Existen sustanciales diferencias de régimen jurídico entre ambos sistemas de participación. No sólo tienen pautas procedimentales diversas, sino también y, sobre todo, distintos tipos de eficacia jurídica.

2º- En segundo lugar, la regulación efectuada en la materia difiere notablemente de lo dispuesto en el el Tít. III del E.T.²⁸⁰. En efecto, a diferencia de lo que sucede con la regulación de la representación unitaria, que ha tomado como referencia la ordenación desarrollada por el E.T., la L.O.R.A.P. se separa del tít. III del E.T. Y ello no sólo en el plano técnico-jurídico, sino

²⁷⁹. RODRIGUEZ PIÑERO, M., "La negociación..", cit., pág. 4.

²⁸⁰. Vid., por todos, DEL REY GUANTER, S., Comentarios..., cit., pág. 29; LOPEZ GANDIA, J., "La negociación..", Revista..., cit., págs. 16 y ss.

Evolución

también en las opciones sustanciales o de fondo. Las distancias que separan la negociación colectiva estatutaria y los sistemas de participación previstos en la L.O.R.A.P. se reflejan en todos los aspectos de la negociación: estructura negocial, sujetos negociadores, proceso negocial, contenido, eficacia de los acuerdos, ..., etc. El legislador ha efectuado una lectura restrictiva de las peculiaridades a las que alude el art. 28.1 C.E., pues si hay algunas zonas en las que las diferencias se justifican por la singular posición de la Administración Pública como sujeta negocial, en otras se produce una regulación con un carácter claramente limitativo²⁸¹. Al término de este estudio difícilmente se reconocerá este sistema como de negociación colectiva.

3º- En tercer lugar, el Capítulo III de la L.O.R.A.P. constituye el desarrollo integral de la previsión constitucional en materia de negociación, en cumplimiento del doble mandato constitucional establecido en los arts. 28.1 y 103.3 C.E. Y este desarrollo legislativo, a diferencia del Tít. III del E.T., que sólo representa un desarrollo parcial del art. 37.1 C.E., constituye el único régimen normativo existente sobre la negociación colectiva en la Función Pública, de forma que no caben

²⁸¹. ESCUDERO RODRIGUEZ, R., "Comentarios a la Ley 9/1.987"..., cit., pág. 64; GARCIA FERNANDEZ, M., op. cit., pág. 2.472; MARTINEZ ABASCAL, V.A., "Alcance..", cit., pág. 462.

Evolución

Pactos y Acuerdos negociados al margen de las previsiones de esta ley. El art. 37.1 contiene una amplia garantía del derecho a la negociación colectiva (en particular desde el punto de vista de los sujetos a quienes se reconoce el derecho) y un explícito reconocimiento de la "fuerza vinculante" del convenio colectivo, por lo que el E.T., donde se restringe la legitimación negocial a las representaciones estables de trabajadores y empresarios, y no a todas ellas, se ve obligado a aceptar implícitamente la existencia de otra vía de negociación colectiva, que se desarrolla al amparo de las previsiones constitucionales²⁸². En cambio, en el art. 28.1 no se contiene un estatuto que sea de por sí suficiente para enmarcar jurídicamente el sistema de negociación, necesitando de un desarrollo legal. Y la L.O.R.A.P., a diferencia del E.T., no reconoce, ni expresa ni tácitamente, la posibilidad de negociar al margen de los sistemas de negociación en ella establecidos²⁸³. Sólo caben los Pactos y Acuerdos y, en su defecto, los Reglamentos (art. 37 L.O.R.A.P.), lo que no deja de ser otra peculiaridad del sistema de negociación colectiva funcional.

²⁸². Ver SALA FRANCO, T., "Los convenios..", cit., págs. 43 y ss.; VALDES DAL-RE, F., "Configuración ..", cit., págs. 39-40. Ver, entre otras, las S.S.T.C.O. 73/1.984, de 11 de julio y 108/1.989, de 8 de junio, donde se señala que la legítima opción legislativa en favor de un convenio de eficacia general no agota la virtualidad del precepto constitucional. Un posición peculiar sobre este tema mantiene DURAN LOPEZ, F., "El Estatuto de los trabajadores y la negociación colectiva", R.L., núm. 15, 1990, pág. 16 y ss.

²⁸³. En idéntico sentido, CRUZ VILLALON, J., "Juntas..", cit., pág. 91; LOPEZ GANDIA, J., "La negociación..", Revista.., cit., pág. 16.

Evolución

4.1.2. Desde un punto de vista técnico-jurídico.

62. Una consideración global del Capítulo III de la L.O.R.A.P. pone de manifiesto cuatro rasgos esenciales de esta regulación, cuya constatación es conveniente en orden a comprender alguno de los problemas que los capítulos que siguen han debido afrontar.

63. A este respecto, la primera nota distintiva que presenta el referido capítulo hace referencia a su "dimensión reguladora". Sobresale de inmediato su sumariedad -9 artículos, para ser exactos²⁸⁴. Este tratamiento tan escaso y, hasta cierto punto, simple de que ha sido objeto el tema de la negociación contrasta con la extensión y complejidad de las disposiciones dedicadas a la representación unitaria. Lo anterior, como se verá, se va a manifestar en uno de los aspectos más negativos del Capítulo III, a saber, en las lagunas tan importantes que deja respecto a la ordenación de determinados puntos²⁸⁵. Las incógnitas se evidencian si se somete el texto legal a un tratamiento sistemático con las categorías al uso en el análisis de la negociación colectiva. Es el caso de todo lo relacionado con la legitimación para formar

²⁸⁴. DEL REY GUANTER, S., "Evolución..", cit., pág. 52.

²⁸⁵. Subrayan las lagunas de la ley, entre otros, DEL REY GUANTER, S., "Evolución..", cit., pág. 53; GARCIA FERNANDEZ, M., op. cit., pág. 2.467; OJEDA AVILES, A., "Los derechos de representación y negociación de los funcionarios públicos según la Ley 7/1.990", R.L., núm. 8, 1.988, pág. 24.

Evolución

válidamente la comisión negociadora, así como la requerida para la válida adopción de los acuerdos en su seno. También es el caso de todo lo relacionado con el proceso negocial, desde los motivos que puedan alegarse para no iniciar el proceso negocial hasta los aspectos básicos de la negociación de buena fe.

Ciertamente, incluso, cuando, como es en el caso del derecho de negociación colectiva, se defiende una determinada autolimitación en la regulación legal del proceso negocial en favor de la autonomía colectiva, el legislador se ha excedido en su contención. Las lagunas señaladas no se pueden justificar con el argumento de que su concreción pertenece a la esfera de la normativa reglamentaria o convencional. Son aspectos que cumplen todas y cada una de las condiciones para tener una ordenación legal al respecto: son de orden público negocial, necesitan ser homogéneos a todo el sistema y deben ser sustraídos en cada proceso negocial. Por consiguiente, se está ante pura y sencillamente ausencias de ordenación que resultan difíciles de explicar desde un punto de vista estrictamente técnico. De esta forma, se corre el riesgo de que las partes negociadoras se centren en cuestiones meramente procedimentales, desviando su atención de los temas auténticamente trascendentales. Además, el hecho de que una de las partes sea la Administración pública envuelve un trasunto de ordenamientos entrelazados, laboral y administrativo, que adensa el

Evolución

problema de las lagunas de la ley.

64. Pero, y esta es la segunda característica a resaltar, la normativa de la L.O.R.A.P. sobre la negociación colectiva no se caracteriza sólo por importantes ausencias, sino también por acentuadas ambigüedades, en el sentido de existir extremos que admiten varias interpretaciones²⁸⁶. Por poner el ejemplo más claro, la eficacia jurídica de los convenios colectivos regulados en el E.T. no ofrece la menor duda: son de eficacia normativa general en base a los dispuesto en el art. 82.3. Sin embargo, este es un tema al menos discutible en el ámbito de la L.O.R.A.P. Aunque se pueden avanzar argumentos en favor de la interpretación más verosímil, existen razones en favor de otras posibles tesis. En todo caso, lo cierto es que se ha dejado en una zona de claroscuro un tema respecto al que el legislador tendría que haber zanjado todo tipo de dudas. Los posibles inconvenientes derivados de una posición cierta al respecto pueden ser menores comparados con los que puede plantear semejante ambigüedad.

65. Una tercera característica es el desmarque con la legislación laboral. Como se ha señalado, la regulación de la L.O.R.A.P. difiere notablemente de la del E.T. A lo anterior, debe añadirse la circunstancia de que el contexto normativo en el que se

²⁸⁶. DEL REY GUANTER, S., "Evolución..", cit., pág. 53; GARCIA FERNANDEZ, M., op. cit., pág. 2.472.

Evolución

insertan ambas disposiciones legales es muy distinto. Todo ello impide realizar un trasvase interpretativo automático de las disposiciones del E.T. referentes a la negociación colectiva a las de la L.O.R.A.P. Así, aunque deba tomarse al E.T. como punto de referencia en el análisis de la ordenación desarrollada por la L.O.R.A.P., no es posible caer en la tentación de realizar una lectura de ésta en clave excesivamente laboralista²⁸⁷.

66. Finalmente, hay que notar que, pese a la total ausencia de remisiones a otras disposiciones normativas, no hay que incurrir en una visión parcial sobre la negociación colectiva. El estudio de esta institución no puede abordarse, exclusivamente, a partir de lo dispuesto en la L.O.R.A.P., sino que se ha de tomar en consideración una pluralidad de normas heterogéneas. De un lado, todas aquellas que contemplan los derechos del Estatuto funcional a que se refiere el art. 103.3 de la Constitución (L.F.C.E., L.M.R.F., L.O.L.I.S., Leyes de la Función Pública de las C.C.A.A., L.B.R.L..., etc.)²⁸⁸. Se trata de un Estatuto que no sólo no está aun plenamente delimitado, sino que comprende normas que, en puntos importantes, no mantienen una armonía total, al obedecer

²⁸⁷. Subrayan este riesgo, entre otros, RODRIGUEZ PIÑERO, M., Prologo en, Comentarios, cit., pág. 7; GARCIA FERNANDEZ, M., op. cit., pág.

²⁸⁸. RODRIGUEZ PIÑERO, M., Prólogo en Comentarios..., cit., pág. 10.

Evolución

su elaboración a sujetos y proyectos ordenadores distintos²⁸⁹. Por otro lado, la presencia de la Administración en la negociación colectiva determina la necesidad de tomar en consideración las normas que disciplinan su actuación (L.R.J.A.E., L.P.A., Estatutos de Autonomía, ..., etc.). El elevado número de normas y la configuración heterogénea e, incluso, inacabada de las mismas, dificultan acentuadamente la labor interpretativa del Capítulo III de la Ley, en tanto que su contenido sólo puede ser comprendido en toda su extensión en relación con todo ese conjunto normativo. En fin, al intérprete se le impone la difícil y ardua tarea de armonizar esta maraña normativa.

IV. LA LEY 7/1.990, DE 19 DE JULIO, SOBRE NEGOCIACION COLECTIVA Y PARTICIPACION EN LA DETERMINACION DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO DE LOS EMPLEADOS PUBLICOS.

67. La Ley 7/1.990, de 19 de julio, sobre negociación colectiva y participación en la determinación de las condiciones de trabajo de los empleados públicos modifica determinados extremos de la Ley 9/1.987. Han bastado tres años para que el rodaje de la ley pusiera de relieve que la fórmula contenida en su Capítulo III era, sencillamente, inviable. Desde este punto de vista, ello viene a corroborar que la institución de la negociación colectiva también

²⁸⁹. RODRIGUEZ PIÑERO, M., op. ult. cit., pág. 10.

Evolución

está en la función pública en continuo cambio y en permanente proceso de extensión.

68. Esta Ley participa de los mismos rasgos que se han considerado como propios de la L.O.R.A.P. La singularidad se encuentra en su origen, pues es una ley contratada o convenida, producto de la recepción legislativa de un acuerdo previo entre organizaciones sindicales y el Gobierno²⁹⁰. Efectivamente, incorpora al ordenamiento el contenido fundamental del "Acuerdo sobre el derecho a la negociación colectiva de los funcionarios públicos suscrito por el Gobierno y los sindicatos de mayor representatividad a nivel estatal el día 1 de febrero de 1.990 ("B.O.E." 18 de junio).

La Ley no es una mera transcripción del mismo, ya que el proceso de elaboración parlamentaria ha introducido ciertas modificaciones. Así, por ejemplo, han quedado fuera del texto legal determinadas afirmaciones incluidas en el preámbulo del Acuerdo: así, las referentes a la normalización del ejercicio del derecho a la negociación colectiva, "sin restricción alguna y al reconocimiento de que el mismo constituye un contenido básico del derecho a la libertad sindical y de que se trata del

²⁹⁰. Subrayan este hecho DEL REY GUANTER, S., "La nueva regulación de la negociación colectiva y de la solución de los conflictos colectivos en la función pública", R.L., núm. 11, 1.991, pág. ; ESCUDERO RODRIGUEZ, R., "Comentarios a la Ley 7/1.990"., cit., pág. 89.

Evolución

establecimiento del derecho pleno a la negociación colectiva de los empleados públicos". El legislador ha preferido ser más cauteloso a la hora de aludir a la fundamentación del derecho regulado y, a su vez, ha evitado realizar declaraciones sobre el alcance jurídico del mismo²⁹¹.

69. Aunque las disposiciones adicionales y derogatoria de la ley incorporan novedades sobre diversos aspectos de los órganos de representación unitaria, las modificaciones más importantes se refieren a la negociación colectiva y a la participación en la determinación de las condiciones de trabajo de los empleados públicos. De todas ellas sobresale de inmediato la mención a una dualidad que no constaba, expresamente, ni en el título de la Ley 9/1.987, ni en el epígrafe de su Capítulo III. Como se indicó anteriormente, la L.O.R.A.P., en su formulación inicial, no se refirió en ellos al derecho de "negociación colectiva" de funcionarios públicos, sino a la participación en la determinación de sus condiciones de trabajo. En cambio, el título de la nueva Ley y el epígrafe de su Capítulo III aluden tanto a la negociación colectiva como a la "participación en la determinación de las condiciones de trabajo de los empleados públicos"²⁹². Parece

²⁹¹. ESCUDERO RODRIGUEZ, R., op. ult. cit., pág. 90.

²⁹². DEL REY GUANTER, S., op. ult. cit., pág. 9; ESCUDERO RODRIGUEZ, R., op. ult. cit., pág. 90; PALOMAR OLMEDA, A., "Comentarios a la ley por la que se regula la negociación colectiva y la participación en la determinación de las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos (Ley 7/90, de 19 de julio)", A.A.,

Evolución

superarse, de este modo, el miedo que traslucía la Ley 9/1.987.

70. Todo ello pudiera ser valorado como un importante avance en el reconocimiento de una más plena formulación del derecho a la negociación colectiva de tales colectivos. Pero las innovaciones terminológicas señaladas no se corresponden con una modificación del modelo establecido en 1.987, sino más bien con la ampliación del alcance material de la negociación llevada a cabo en detrimento del de la consulta. Así, es en el hecho de haber ampliado el ámbito material de la negociación donde está la base de la adecuación de los términos utilizados²⁹³. La mayoría de los rasgos que caracterizan el sistema de negociación establecido en 1.987 se mantienen. Se trata, por tanto, de una reforma parcial que afecta de forma desigual a la regulación de la negociación y de la consulta, que no desvirtúa en términos generales, el modelo establecido en el 1.987, salvo en la importante parcela del contenido de la negociación²⁹⁴.

Además de esta modificación se encuentran en la Ley 7/1.990

núm. 23, 1.991, pág. 296.

²⁹³. ESCUDERO RODRIGUEZ, R., op. ult. cit., pág. 91

²⁹⁴. ESCUDERO RODRIGUEZ, R., op. ult. cit., pág. 91; PALOMAR OLMEDA, A., op. ult. cit., págs. 300 y ss. Más optimista se presenta DEL REY GUANTER, S., op. ult. cit., pág. 9, al decir que el nuevo título refleja el "espíritu de la reforma", que es dar plena carta de naturaleza al derecho de negociación colectiva en la Función Pública.

Evolución

otras novedades de menor interés, cuya incidencia y alcance será preciso determinar en cada caso.

71. Por lo demás, sigue sin dar solución a los problemas que planteaba la Ley 9/1.987, desaprovechando, de este modo, una inmejorable ocasión para superar las acentuadas ausencias y ambigüedades que planteaba la Ley en su versión original. Es más, la Ley no asume casi ninguna de las escasas reglas procedimentales que recogía el Acuerdo. Es el caso de la obligación gubernamental de convocar a las partes al menos con cuatro meses de antelación a la entrada del proyecto de Ley cuando se tratará de cuestiones dependientes de los Presupuestos Generales del Estado. También es el caso de las obligaciones de poner en conocimiento de los sindicatos la información necesaria y la documentación suficiente para el desarrollo de la negociación, así como las de negociar bajo los principios de buena fe, mutua lealtad y respeto y sometimiento a la Constitución.

TITULO II

LA ORGANIZACION ADMINISTRATIVA.

Indice

CAPITULO I: EL REPARTO DE PODERES NORMATIVOS EN MATERIA ORGANIZATIVA Y FUNCIONARIAL.

I. EL SISTEMA DE DISTRIBUCION COMPETENCIAL ENTRE EL ESTADO, LAS C.C.A.A. Y LAS E.E.L.L. EN MATERIA ORGANIZATIVA Y FUNCIONARIAL.

1. Las competencias normativas del Estado, de las C.C.A.A. y de las E.E.L.L.

1.1. Las competencias normativas del Estado.

1.2. Las competencias normativas de las C.C.A.A.

1.2.1. En materia organizativa.

1.2.2. En materia funcionarial.

A) La Función Pública autonómica.

a) El ámbito competencial asumible en la Constitución.

b) Los Estatutos de Autonomía.

1º- Los Estatutos tramitados por la vía del art. 151.

2º- Los Estatutos tramitados por la vía del art. 143.

c) Los poderes normativos autonómicos en la L.M.R.F.P.

B) La Función Pública Local.

a) El ámbito competencial asumible en la Constitución.

b) Los Estatutos de Autonomía.

1º- Los Estatutos tramitados por la vía del art. 151.

2º- Los Estatutos tramitados por la vía del art. 143.

1.3. El poder de ordenanza.

2. Las relaciones entre los poderes normativos del Estado, de las C.C.A.A. y de las E.E.L.L.

2.1. Las relaciones competenciales.

2.1.1. La concurrencia normativa entre el Estado y las C.C.A.A.: normación básica y normación de desarrollo.

A) La normación básica.

B) El "desarrollo normativo".

C) La instrumentación normativa.

a) Las bases estatales.

b) El desarrollo normativo autonómico.

2.1.2. Las relaciones entre los poderes normativos del Estado, las C.C.A.A. y las E.E.L.L.

2.2. Las relaciones de cooperación.

2.2.1. El auxilio.

2.2.2. La coordinación.

Indice

II. EL SISTEMA DE DISTRIBUCION COMPETENCIAL ENTRE LOS ORGANOS CON POTESTAD NORMATIVA DENTRO DE CADA ESFERA EN MATERIA ORGANIZATIVA Y FUNCIONARIAL.

1. Estatal.

- 1.1. La reserva de ley en materia organizativa.
- 1.2. La reserva de ley en materia funcionarial.
 - 1.1.1. La extensión horizontal de las reservas de ley.
 - 1.1.2. La extensión vertical de las reservas de ley.
 - A) Las relaciones individuales de trabajo.
 - B) Las relaciones colectivas de trabajo.
 - a) La reserva de ley orgánica.
 - b) La reserva de ley ordinaria.

2. Autonómica.

3. Local.

CAPITULO II: LA FUNCION PUBLICA.

I. ADMINISTRACION DEL ESTADO.

1. La legislación estatal en materia de Función Pública.

- 1.1. El alcance básico de la legislación estatal.
 - 1.1.1. Los preceptos de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 7 de febrero de 1.964 básicos por su naturaleza.
 - 1.1.2. Los preceptos de la Ley 30/1.984 y de la Ley 23/1.988 expresamente declarados básicos.
 - 1.1.3. Preceptos básicos en diversas leyes generales relativas a la Función Pública.
 - A) Ley 53/1.984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades.
 - B) Ley 9/1.987, de 12 de mayo, de Organos de Representación. Determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones Públicas.
 - 1.1.4. Preceptos básicos en diversas leyes sectoriales.
 - A) La Ley Orgánica 1/1.990, de 3 de octubre, sobre Ordenación General del Sistema Educativo.
 - B) La Ley Orgánica 11/1.983, de 25 de agosto, de Reforma Universitaria.
 - C) La Ley 14/1.986, de 25 de abril, General de Sanidad.
- 1.2. El alcance normativo de la legislación estatal.
 - 1.2.1. La Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 7 de febrero de 1.964.
 - 1.2.2. La Ley 30/1.984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública.
 - 1.2.3. La Ley 53/1.984, 26 de diciembre, de Incompatibilidades.
 - 1.2.4. La Ley 9/1.987, de 12 de mayo.
 - 1.2.5. Valoración global.

2. La distribución de competencias entre los órganos administrativos en materia de personal.

- 2.1. Red orgánica con competencias de carácter decisorio y

Indice

ejecutivo.

- 2.1.1. El Gobierno.
 - A) Competencias generales.
 - B) Competencias específicas.
 - C) Competencias dispersas en la L.M.R.F.P.
- 2.1.2. El Ministro para las Administraciones Públicas.
 - A) Competencias generales.
 - B) Competencias específicas.
 - C) Ampliación de las competencias por vía reglamentaria.
- 2.1.3. El Ministro de Economía y Hacienda.
- 2.1.4. La Comisión Interministerial de Retribuciones.
- 2.1.5. Los Ministros.
- 2.1.6. Los Delegados del Gobierno y los Gobernadores Civiles.
- 2.2. Red orgánica con atribuciones fundamentalmente consultivas, de propuesta y asesoras.
 - 2.2.1. El Consejo Superior de la Función Pública.
 - 2.2.2. La Comisión de Coordinación de la Función Pública.
 - 2.2.3. La Comisión Superior de Personal.
- 2.3. Valoración global.
 - 2.3.1. La centralización en la dirección del personal funcional.
 - 2.3.2. La complejidad orgánica.
 - 2.3.3. La interdependencia entre política y Administración.

3. La estructura de la Función Pública.

II. ADMINISTRACION DE LAS C.C.A.A.

1. Las Leyes de la Función Pública de las C.C.A.A.
2. La Administración de personal.
3. La estructura de la Función Pública autonómica.

III. ADMINISTRACION LOCAL.

1. La normativa aplicable.
2. La administración de personal.
 - 2.1. Las competencias estatales.
 - A) Del Gobierno.
 - B) Del Ministro para las Administraciones Públicas.
 - 2.2. Las competencias de las Entidades Locales.
 - A) Del Pleno.
 - B) Del Alcalde o Presidente.
3. La estructura de la Función Pública local.

CAPITULO I

EL REPARTO DE PODERES NORMATIVOS EN MATERIA
ORGANIZATIVA Y FUNCIONARIAL.

1. Encarar de modo lógico y comprensible el examen del sistema de relaciones colectivas en la Función Pública, en general, y del modelo de negociación colectiva, en particular, requiere, a nuestro parecer, situar ese ámbito en el marco de la organización de las Administraciones Públicas. Ello por una doble razón, en primer lugar, porque las características que perfilan este sistema van a tener su causa explicativa esencial en las características y problemas presentes en la Administración Pública en cuanto empleador. Si en el ámbito laboral no se ha dejado de acentuar la importancia del empleador en la comprensión, configuración y dinámica de las relaciones colectivas¹, ello es más cierto incluso en el sector funcionarial. En efecto, por voluntad del constituyente el legislador ordinario debe adaptar el derecho a la negociación colectiva de los funcionarios a la organización de las Administraciones Públicas. Las especiales características de éstas se van a manifestar así en todos los frentes de la negociación colectiva, abarcando todas las facetas de la actividad negocial:

¹. DEL REY GUANTER, S., Estado, Sindicatos y Relaciones colectivas en la Función Pública, I.N.A.P., Madrid, 1.986, pág. 36.

desde la iniciación de la negociación hasta la interpretación y aplicación de los Acuerdos y Pactos alcanzados. Por ello, a la hora de examinar y valorar en su justa medida la regulación legal de este derecho es decisivo el conocimiento previo de la organización administrativa, por lo que el estudio de ésta debe preceder como presupuesto al de la negociación colectiva.

En segundo término y como consecuencia de lo anterior, porque ciertas consideraciones que se efectuarán a lo largo de este trabajo en torno al referido sistema de negociación colectiva, resultarían de difícil comprensión si no se las conectara con alguna o algunas de aquellas características.

2. En este línea, y teniendo en cuenta que lo que se negocia, realmente, es el desarrollo reglamentario del estatuto de los funcionarios públicos, se ha creído conveniente estudiar con carácter previo el reparto de poderes normativos en materia funcional y organizativa entre el Estado, las C.C.A.A. y las E.E.L.L., y entre los órganos con potestad normativa dentro de cada una de estas esferas. Con ello se pretende delimitar materialmente el ámbito competencial de la Administración del Estado, de las C.C.A.A y de las E.E.L.L. en tales materias y, con ello, el ámbito de la negociación colectiva en cada una de estas esferas.

Tras ello pasaremos a una consideración aislada de la Función Pública estatal, autonómica y local, centrando nuestro interés en

La organización -

varias cuestiones y, singularmente, las siguientes: 1ª) La Legislación aplicable en materia funcionarial y, muy especialmente, su alcance normativo, pues este análisis va a situarnos en la óptica adecuada para comprender la regulación legal de la estructura negocial; 2ª) La distribución de competencias entre los órganos administrativos en materia de personal, porque nos permitirá identificar los órganos que van a desempeñar un papel, más o menos relevante, en la negociación y delimitar materialmente el ámbito de los Acuerdos y Pactos, en tanto que los primeros versan sobre materias cuya regulación corresponde al órgano de gobierno correspondiente y los segundos se corresponden con el ámbito competencial del órgano que los suscribe; 3ª) La estructura de la Función Pública, ya que nos permitirá identificar los círculos de intereses profesionales que pueden ser tutelados y regulados en un Acuerdo o Pacto.

Una vez analizados los principales rasgos distintivos de la organización de las Administraciones Públicas, estaremos en mejores condiciones para poder calibrar la incidencia general de la misma en el sistema de negociación colectiva funcionarial y, posteriormente, analizar de modo más específico los rasgos de éste a la luz de la normativa vigente en esta materia.

I. EL SISTEMA DE DISTRIBUCION COMPETENCIAL ENTRE EL ESTADO,

LAS C.C.A.A. Y LAS E.E.L.L. EN MATERIA ORGANIZATIVA Y FUNCIONARIAL.

L.O.R.A.P. institucionaliza unos procedimientos de consulta y de negociación colectiva para canalizar la participación de los funcionarios en la elaboración de las normas que disciplinan sus condiciones de trabajo. A continuación, delimita los contenidos materiales que han de ser objeto de consulta o, en su caso, de negociación. Tales contenidos hacen referencia, principalmente, a la relación de servicio que liga al funcionario público con la Administración. Las potestades orgánicas de ésta quedan, en principio, excluidas del ámbito material de la negociación. Sin embargo, dada la estrecha conexión existente entre las relaciones orgánica y de servicio de los funcionarios, la L.O.R.A.P. establece la consulta obligatoria cuando las consecuencias de las decisiones de las Administraciones que afectan a sus potestades de organización repercutan sobre las condiciones de trabajo del funcionariado.

Es preciso, pues, delimitar el ámbito competencial del Estado, de las C.C.A.A. y de las E.E.L.L. en estas materias, para establecer así el campo sobre el que luego va a incidir la normativa de cada uno de ellos y, por ende, de los acuerdos alcanzados en las Mesas de negociación que se constituyan en su respectivo ámbito.

1. Las competencias normativas del Estado, de las C.C.A.A. y

de las E.E.L.L.

1.1. Las competencias normativas del Estado.

5. El Estado dispone de competencias normativas sobre su propia Administración y Función Pública. La disponibilidad del Estado sobre su propio aparato organizativo y funcional es evidente, no precisando de un título competencial expreso de reconocimiento².

Pero, además, también le corresponde establecer "las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del régimen estatutario de sus funcionarios" (art. 149.1.18 C.E.). De ello deriva, como ha precisado el Tribunal Constitucional, una doble competencia estatal: "primera, competencia para regular los aspectos básicos de la situación de los funcionarios públicos; es decir, de la denominada relación de servicio, contenido indiscutible del régimen estatutario, y segunda, competencia para regular los aspectos esenciales de la organización de la burocracia de las Administraciones Públicas, pues la expresión "Régimen Jurídico" contenida en el precepto constitucional no se refiere exclusivamente al procedimiento y el régimen de recursos {...} y ha de entenderse incluida también en ella la regulación básica de la

². TORNOS MAS, J., "La Función Pública en las Comunidades Autónomas (Condicionamientos previos y marco normativo de la potestad legislativa)", R.V.A.P., núm. 7, 1.983, pág. 120.

organización de todas las Administraciones Públicas"³.

6. Ahora bien, para delimitar la competencia estatal es necesario concretar las referencias materiales que se contienen en el art. 149.1.18 de la Constitución. En este sentido, es obligado detenerse en las expresiones "régimen estatutario" y "régimen jurídico de las Administraciones Públicas".

A este respecto, debe reconocerse que la expresión "régimen estatutario de sus funcionarios" es susceptible de interpretaciones diversas. Así, para un sector de la doctrina esta expresión apunta a la relación jurídico funcional en sentido estricto⁴. Ello incluiría el nacimiento de la relación (ingreso), su contenido (los derechos y deberes que junto a otros aspectos incorporan los puntos capitales de las retribuciones y las incompatibilidades), la modificación de la relación (situaciones administrativas) y la extinción de las mismas. Lo que pase de aquí (la determinación de las clases y cuerpos de funcionarios, categorías, sistema de provisión de los puestos, ascensos y traslados) no constituye el régimen estatutario, sino la organización de la Función Pública,

³. S.T.C.O. 28/1.983, de 5 de agosto.

⁴. Ver, por todos, TORNOS MAS, J., op. cit., pág. 140. No obstante el mismo autor reconoce que, dado que el Estado también es competente para fijar las bases del "régimen jurídico de las Administraciones Públicas", las C.C.A.A. también deben respetar los principios básicos que fije el Estado en este ámbito cuando incidan en la relación orgánica funcional. Aunque aquí la opción política debe ser mucho mayor para las C.C.A.A.

que es cosa distinta y depende de los criterios políticos y organizativos.

Otro sector doctrinal⁵, a partir de una interpretación comparativa y a la luz de los precedentes en nuestro derecho, concluye que en la expresión régimen estatutario se encuadra no sólo lo concerniente a la relación de servicio en sentido estricto, sino también las cuestiones relativas a los sistemas de cuerpos o de puestos de trabajo, adscripción, forma de articular la carrera, formación, ..., etc.

Esta idea es la que, si bien de forma incidental, parece mantener el Tribunal Constitucional en su sentencia 99/1.987, de 11 de junio, al señalar que en la expresión "relación de servicio" o "régimen estatutario" "ha de entenderse comprendida, en principio, la normación relativa a la adquisición y pérdida de la condición de funcionario, a las condiciones de promoción en la carrera administrativa y a las situaciones que en esta puedan darse, a los derechos y deberes y responsabilidad de los funcionarios y a su régimen disciplinario, así como a la creación e integración, en su caso, de Cuerpos y Escalas funcionariales y al modo de provisión de puestos de trabajo al servicio de las Administraciones Públicas...".

⁵. Ver, por todos, PARADA VAZQUEZ, J.R., Derecho Administrativo. Organización y empleo público, Madrid, 1.990, págs. 364 y ss.

En cuanto a la materia relativa al "régimen jurídico de las Administraciones Públicas, el Tribunal Constitucional, como hemos visto, se pronuncia en su sentencia de 24 de julio de 1.981 en relación con la Ley catalana de las Diputaciones, y si bien el supuesto material era diverso (regulación del régimen local), el razonamiento, es igualmente válido⁶. Régimen jurídico no es tan sólo el procedimiento y régimen de recursos ni alcanza a englobar tampoco todo el derecho administrativo. Tal expresión permite en cambio reconocer al Estado la fijación de principios o criterios básicos en materia de organización y competencia de general aplicación en todo el Estado.

1.2. Las competencias normativas de las C.C.A.A.

6. A la hora de delimitar las posibilidades normativas que se abren a cada Comunidad Autónoma en materia organizativa y funcionarial, los puntos de referencia son la Constitución y los diferentes Estatutos de Autonomía. La determinación del alcance competencial de las Comunidades Autónomas a la hora de ordenar estas materias encuentra su principal punto de confrontación en los preceptos constitucionales que establecen las reglas de reparto de poderes entre el Estado y las C.C.A.A. en relación a las mismas. A partir del texto constitucional, y en virtud del principio dispositivo que rige en nuestro sistema de configuración del Estado de las autonomías, habrá que atender a lo que establezcan los

⁶. TORNOS MAS, J., op. cit., pág. 142.

Estatutos de Autonomía⁷.

En consecuencia, vamos a examinar a continuación la interpretación que se ha dado a las expresiones constitucionales que condicionan el alcance de las competencias normativas autonómicas para proceder, ulteriormente, a establecer una tipología de estas competencias.

1.2.1. En materia organizativa.

7. La potestad organizativa suele considerarse como uno de los atributos fundamentales de la verdadera autonomía en cuanto superadora de la mera descentralización administrativa. Así, lo entendió la Constitución, que en su art. 148.1.1 contiene la norma más explícita al respecto, al señalar que las C.C.A.A. podrán asumir competencias en materia de "organización de sus instituciones de autogobierno"; idea que se repite en el art. 147, donde se establece que la "organización y sede de las instituciones autonómicas" es uno de los contenidos obligados de los Estatutos.

8. En esta línea todos los Estatutos de autonomía inician la relación de competencias exclusivas de la respectiva C.A. haciendo

⁷. Si las C.C.A.A. no recogen en sus normas estatutarias un poder que la Constitución les permite asumir, entra en juego la cláusula residual prevista en el art. 149.3 de la Constitución, en virtud de la cual dicho poder pasa a ser de titularidad estatal, produciéndose una equiparación entre las competencias no asumidas y las no asumibles mientras dure la validez de aquellas y no sean modificadas.

La organización

referencia a la competencia para organizar sus propias "instituciones de autogobierno"⁸.

1.2.2. En materia funcionarial.

A) La Función Pública autonómica.

9. Si la cuestión referente a las competencias autonómicas en materia de organización no reviste especial dificultad, existiendo un tratamiento uniforme sobre el tema en los distintos Estatutos, no sucede lo mismo en materia funcionarial. Las prescripciones constitucionales han sido objeto de interpretaciones y aplicaciones diversas en los distintos textos estatutarios, razón por la cual es aconsejable desentrañar, con carácter previo, el alcance y significado de las mismas.

a) El ámbito competencial asumible en la Constitución.

⁸. art. 10.2 del Estatuto vasco aprobado por ley orgánica 3/1.979; art. 9.1 del E. catalan (ley orgánica 4/1.979); art. 27.1 del E. gallego (ley orgánica 1/1.981); art. 13.1 del E. andaluz (ley orgánica 6/1.981); art.10.1a) del E. asturiano (ley orgánica 7/1.981); art. 22.1 del E. cántabro (ley orgánica 8/1.981); art. 8.1.1) del E. riojano (ley orgánica 3/1.982); art. 10.1.a) del E. murciano (ley orgánica 4/1.982); art. 31.1 del E. valenciano (ley orgánica 5/1.982); art. 35.1.1º del E. aragonés (ley orgánica 8/1.982); art. 31.1.a) del E. de Castilla- La Mancha (ley orgánica 9/1.982); art. 29.1 del E. canario (ley orgánica 10/1.982); art. 49.1.a) de la ley orgánica 13/1.982, de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra; art. 10.1 del E. de Baleares (ley orgánica 2/1.983); art. 7.1 del E. extremeño (ley orgánica 1/1.983); art. 37.1 del E. de Madrid (ley orgánica 3/1.983); art. 30.1 del E. de Castilla-León (ley orgánica 4/1.983).

La organización

10. El marco normativo de referencia está conformado por lo dispuesto en el art. 149.1.18 de la Constitución en el que se reconoce como competencia exclusiva del Estado la determinación de "las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del régimen estatutario de sus funcionarios, que en todo caso garantizarán un tratamiento común ante ellas". Por su parte, el art. 148 de la Constitución, donde se recoge el conjunto de competencias y de materias que pueden asumir todas las C.C.A.A. no hace referencia alguna al tema funcional.

11. A partir de estas previsiones, la doctrina formula dos interpretaciones distintas en torno al margen de actuación permitido a las normas estatutarias en esta materia.

Según una primera interpretación sólo los Estatutos tramitados por la vía del art. 151 de la Constitución pueden asumir competencias normativas de desarrollo de las bases estatales⁹. La Constitución reserva al Estado la determinación de las bases del régimen estatutario de los funcionarios y, en consecuencia, estas Comunidades Autónomas pueden asumir el desarrollo normativo de dichas bases. Las restantes, en cambio, no pueden asumir competencias normativas en materia funcional, pues la misma no

⁹. En este sentido, TORNOS MAS, J., "La Función...", cit., pág. 133.

La organización

se comprende en el art. 148 de la Constitución.

Según una segunda interpretación, los Estatutos tramitados por la vía del art. 143 de la Constitución también pueden asumir competencias normativas en materia funcionarial, porque ésta es reconducible a la "organización de sus instituciones de autogobierno" y, en particular, a la creación y organización de su respectiva Administración Pública, una materia sobre la que todas las C.C.A.A. pueden asumir competencias (art. 148.1.1 C.E)¹⁰. De este modo, acudiendo a la teoría de las competencias implícitas y, en especial, a la de las materias conexas¹¹, se entiende que el legislador constitucional, al permitir a todas las C.C.A.A. la asunción de competencias en materia de autoorganización, les está posibilitando también la regulación de su respectiva Función Pública, dada la estrecha conexión que guardan ambas materias. Y ello porque las C.C.A.A. han de disponer de poderes suficientes para disciplinar ordenadamente sectores completos de la realidad.

¹⁰. CARRASCO CANALS, L., "La Función Pública española en la actualidad", R.A.P., núm. 12, 1.983, pág. 73; CASTELLS ARTECHE, J.M., Proceso de construcción y desarrollo de la Función Pública Autonómica, Madrid, 1.987, pág. 48; GIMENEZ ABAD, M., "La Función Pública española en el marco de los estatutos de autonomía y la L.O.A.P.A.", D.A., núm. 196, 1.982, pág. 113; PIÑAR MAÑAS, J.L., "El nuevo sistema retributivo de los funcionarios y su aplicación", R.A.P., núm. 111, 1.986, pág. 316.

¹¹. Sobre las competencias implícitas MUÑOZ MACAHADO, S., Derecho Público de las Comunidades Autónomas, Tomo I, Madrid, 1.982, págs. 377 y ss.

La organización

Sin embargo, tal interpretación no es de recibo porque confunde la competencia para crear y regular la propia Administración pública, expresión que incide en el tema marcadamente organizativo, con la ordenación del régimen estatutario de los funcionarios¹². No se puede confundir este último con el sistema o modelo organizativo de la Administración Pública, y ello aún cuando ambos están estrechamente vinculados, pues sin duda la estructura de aquella condiciona la de esta última¹³.

12. Esta es, por otra parte, la postura sostenida por el Tribunal Constitucional. Este, que normalmente resuelve los conflictos de competencias atendiendo a las determinaciones expresas de la Constitución y de los Estatutos, ha rechazado este razonamiento en el fundamento jurídico nº 6 de la sentencia 165/1.986, de 18 de diciembre, donde resuelve el conflicto positivo de competencia planteado por el Gobierno en relación al Decreto 37/1.983, de 22 de junio, de la Comunidad Autónoma de Cantabria, modificado por Decreto 50/1.983 de 3 de agosto, en el que se regulaba el ejercicio del derecho de representación colectiva del personal funcional de la Diputación Regional de Cantabria.

¹². Véase TORNOS MAS, J., "La Función..", cit., pág. 133.

¹³. Vid. TORNOS MAS, J., "La Función...", cit., págs. 139 y ss.

La organización

El Tribunal Constitucional formula en esta sentencia dos importantes afirmaciones sobre este tema:

En primer lugar, que "a la expresión de "instituciones de autogobierno" no puede asignársele un alcance mayor que el que deriva de la Constitución (art. 152.1.) y del propio Estatuto (art. 7), por lo que la mencionada competencia ha de entenderse referida a la organización de la Asamblea Regional, el Consejo de Gobierno y la Presidencia" y que "no cabe entender que la potestad de autoorganización puede extenderse hasta abarcar en su seno {...} el régimen estatutario de sus funcionarios"

En segundo lugar, la competencia de la Comunidad para regular la relación de servicio y el régimen estatutario de sus funcionarios tampoco deriva de su competencia para crear y estructurar su propia Administración Pública, "pues, aun cuando esta materia -la funcionarial- está vinculada a la estructura de la Administración autonómica, posee una naturaleza estrictamente organizativa".

13. A modo de conclusión, los Estatutos tramitados por la vía del art. 143 de la Constitución no pueden, en principio, asumir competencias normativas en la materia objeto de examen, pues no pueden superar el techo competencial marcado por el art. 148.1. En

La organización

este sentido, el mencionado Tribunal afirma que: "el hecho de que la Comunidad de Cantabria haya accedido a la autonomía por la vía del art. 143 de la Constitución hace que no aparezca en su estatuto, como ocurre en el de las otras Comunidades de mayor nivel autonómico, un título específico en materia de función pública, derivado del art. 148.1.18 de la Norma fundamental".

Sin embargo, es necesario denunciar la ambigüedad de las expresiones empleadas por el legislador constitucional, que han dado pie a que algunos Estatutos tramitados por la vía del art. 143, partiendo de una interpretación "sui géneris" de las mismas, hayan incluido el régimen estatutario de sus funcionarios en el listado de materias sobre las que las C.C.A.A. disponen de poderes normativos.

b) Los Estatutos de Autonomía.

14. Una vez formuladas estas observaciones procede el análisis del contenido de los diferentes Estatutos de Autonomía al objeto de determinar qué C.C.A.A. han asumido competencias normativas sobre este tema. Con el objetivo de facilitar esta labor es conveniente agruparlos en dos grandes bloques según hayan sido tramitados por la vía del art. 151 o, en su caso, por la del 143 de la Constitución.

La organización

1º- Los Estatutos tramitados por la vía del art. 151.

15. Dentro del primer bloque señalado destaca la Ley orgánica de Amejoramiento y Reintegración del Régimen Foral de Navarra, donde se reconoce competencia exclusiva a esta Comunidad en virtud de su régimen foral en lo relativo al "régimen estatutario de los funcionarios públicos de la Comunidad Foral respetando los derechos y obligaciones esenciales que la legislación básica del Estado reconozca a los funcionarios públicos" (art. 49.1.18). El Estatuto de Autonomía del País Vasco recoge como competencia exclusiva "el estatuto de los funcionarios del País Vasco y de su Administración Local, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 149.1.18 de la Constitución" (art. 10.4).

También han asumido competencias en esta materia, si bien con una formulación diferente, los Estatutos de Cataluña (art. 10.11), Galicia (art. 28.1) y Andalucía (art. 15.1.1). Todos ellos sitúan la competencia en materia de Función Pública entre las de desarrollo legislativo y ejecución "en el marco de la legislación básica del Estado y, en su caso, en los términos que la misma establezca".

Un supuesto peculiar lo constituyen los Estatutos de Valencia y de Canarias. Estos, tramitados por la vía del art. 143, no

La organización

podían, en principio, asumir competencias de desarrollo legislativo y ejecución en materia funcional. Sin embargo, los arts. 32.1.1 y 32.2 asumen en favor de su respectiva Comunidad esta competencia; excesos que son convalidados por la L.O.T.R.A.V.A. y la L.O.T.R.A.C.A, respectivamente¹⁴. En efecto, estas leyes, aprobadas el mismo día que los Estatutos de Autonomía de Valencia y Canarias, han transferido a estas C.C.A.A. las competencias legislativas y ejecutivas incluidas en sus Estatuto que superaban el límite competencial del artículo 148.1 C.E. y las han igualado, por tanto, con las competencias máximas del art. 149.1 C.E., que en principio, no podían alcanzar, hasta que hubieran transcurrido cinco años desde la aprobación del Estatuto.

16. La doctrina ha señalado que esta diversidad de formulaciones estatutarias desemboca, a su vez, en diferentes contenidos competenciales para estas C.C.A.A. Sin embargo, y sin perjuicio de que se analice esta cuestión con posterioridad, lo destacable en este momento es que todas ellas han asumido competencias normativas en materia de Función Pública autonómica. Ahora bien, existe una diferencia entre las Comunidades Autónomas valenciana y de canaria por una parte, y las restantes Comunidades de este primer grupo. Estas últimas han asumido la competencia normativa en sus respectivos Estatutos, lo que les garantiza la

¹⁴. TORNOS MAS, J., "La Función...", cit., pág. 134.

La organización

autonomía en esta parcela, dada la rigidez y la superlegalidad de los Estatutos, que los pone totalmente a cubierto frente a cualquier iniciativa de las instancias centrales, incluso de las leyes orgánicas o de armonización, pues, excluye, radicalmente, "arrepentimientos" o rectificaciones que pudiese pretender ulteriormente el Estado Central¹⁵. En cambio, la L.O.T.R.A.V.A. y la L.O.T.R.A.C.A. si podrían ser revocadas "ad nutum" por las mismas Cortes que las otorgaron, mediante ley orgánica, anulando las transferencias de competencias normativas en materia funcional¹⁶.

2º- Los Estatutos tramitados por la vía del art. 143.

17. Estos Estatutos no podían superar el techo competencial fijado en el art. 148.1 de la C.E., y, en consecuencia, no podían asumir competencias normativas sobre la materia objeto de examen.

18. No obstante ello, los Estatutos de Extremadura, Baleares

¹⁵. Ver, GARCIA ENTERRIA, E., "Las Leyes del artículo 150.2 de la Constitución como instrumento de ampliación del ámbito competencial autónómico", R.A.P., núm. 116, 1.988, págs. 10 y ss.

¹⁶. A este respecto, GARCIA DE ENTERRIA, E., "Las Leyes..", cit., págs. 25 y ss, a la pregunta de si las Cortes podrían derogar la L.O.T.R.A.V.A. y la L.O.T.R.A.C.A., responde que, aunque en un orden abstracto no hay duda alguna de que el Estado que transfiere o delega puede revocar ambas operaciones, esa revocación tiene que justificarse en alguna causa derivada del propio mecanismo de la relación entre los dos poderes.

La organización

y Murcia han situado de forma expresa el tema funcional entre las competencias de desarrollo legislativo y ejecución en el marco de la legislación básica del Estado¹⁷.

19. Por su parte, los Estatutos de Aragón, Cantabria, Castilla-La Mancha, La Rioja, Castilla-León y Madrid no recogen, al menos, de forma expresa competencias de desarrollo legislativo y ejecución en materia funcional. Sin embargo, un sector de la doctrina científico-administrativa, partidario de la segunda de las interpretaciones señaladas en relación a las previsiones constitucionales sobre el tema, defiende, a partir del análisis sistemático de estos Estatutos, la competencia normativa y ejecutiva de estas C.C.A.A. sobre la materia examinada en base a los siguientes argumentos: en primer lugar, porque se trata de una materia reconducible a la "organización de sus instituciones de autogobierno", materia sobre la que todas ellas han asumido competencia exclusiva; en segundo lugar, porque según sus Estatutos corresponde a la respectiva Comunidad la creación y estructuración de su propia Administración Pública dentro de los principios generales y normas básicas del Estado¹⁸, y, además, porque disponen

¹⁷. Art. 8.10 del Estatuto extremeño; art. 11.3 del Estatuto de Baleares; y art. 52 del de Murcia.

¹⁸. Art. 43 del Estatuto aragonés; art. 35 del Estatuto cántabro; art. 25 del riojano; art. 38.2 del madrileño; y art. 31.1 del de Castilla-León.

La organización

la aplicación provisional de la normativa estatal sobre funcionarios públicos mientras la respectiva Comunidad no regule su Función Pública¹⁹.

A partir de una interpretación sistemática de estas prescripciones se concluye, desde esta posición doctrinal, que estas C.C.A.A. han asumido en sus respectivos Estatutos competencias normativas en materia funcional. Sin embargo, esta tesis choca con la interpretación restrictiva que el Tribunal Constitucional ha formulado en la sentencia señalada anteriormente, donde afirma que la Comunidad Autónoma Cantabra se encuentra constitucional y estatutariamente incapacitada para desarrollar normativamente la legislación básica del Estado sobre el régimen estatutario de los funcionarios. Aunque este pronunciamiento se constriñe al caso enjuiciado en concreto, no cabe duda que también es válido en relación a estas Comunidades Autónomas pues todas ellas han accedido a la autonomía por la vía del art. 143 de la C.E.

20. Finalmente, el Estatuto de Asturias no contiene ninguna referencia, ni explícita ni implícita, al tema funcional, por lo

¹⁹. Disposiciones transitorias octava del Estatuto aragonés y novena del Estatuto cántabro y del riojano.

La organización

que es evidente que no ha asumido competencias en esta materia²⁰.

21. Del análisis del tratamiento del tema del funcionariado en los diversos Estatutos de Autonomía se desprende la existencia de una gran variedad de soluciones, muchas de ellas imprecisas y técnicamente poco correctas²¹. Variedad que provoca graves dudas al intérprete: ¿Todas las Comunidades Autónomas están dotadas de competencias legislativas en materia funcional?; ¿Tienen éstas el mismo grado de intensidad?

c) Los poderes normativos autonómicos en la L.M.R.F.P.

22. El cuadro descrito viene a ser complementado por el art. 11 de la L.M.R.F.P., donde se establece que "las Comunidades Autónomas procederán a ordenar mediante ley de sus respectivas Asambleas Legislativas, su Función Pública propia". Desentrañar su alcance y significado es una labor complicada pues se trata de un precepto sumamente confuso, más allá de su aparente simplicidad. Así, en principio, podrían admitirse en teoría hasta tres interpretaciones diferentes.

²⁰. La doctrina es unánime sobre este punto. Vid., por todos, CARRASCO CANALS, L., "La Función..", cit., 299.

²¹. GIMENEZ ABAD, M., "La Función..", cit., pág. 113.

La organización

Primera, que la L.M.R.F.P. ordena al legislador autonómico regular su respectiva Función Pública, siempre y cuando el tema funcionarial haya sido incluido en su respectivo Estatuto entre las competencias normativas o, en su caso, las haya recibido directamente del Estado a través de una ley marco o de una ley orgánica de transferencias. Desde esta perspectiva, la L.M.R.F.P. respetaría el reparto competencial operado por la Constitución y los diferentes textos estatutarios, no atribuyendo título competencial alguno.

La segunda interpretación posible consistiría en considerar que el legislador, a partir de una interpretación no restrictiva de los Estatutos tramitados por la vía del art. 143, presupone que todos ellos han asumido competencias normativas en materia de Función Pública. De este modo, este precepto vendría a diluir las ambigüedades de los Estatutos²².

La tercera de las interpretaciones posibles sería la de considerar que el indicado precepto contiene una habilitación en favor de las C.C.A.A. para que regulen su propia Función Pública.

²². En este sentido se pronuncian CASTELL ARTECHE, J. M., *Proceso...*, cit., pág. 159; GIMENEZ ABAD, M., "Problemas y perspectivas de la organización de la Administración y la Función Pública de las Comunidades Autónomas. El caso de Aragón", en A.A.V.V., *Jornadas de Estudio sobre la Administración y Función Pública en el Estado autonómico*, Zarautz, 1.986, pág. 116.

La organización

23. La interpretación más correcta es la tercera, pues las dos primeras conducen a unos resultados absurdos. Los puntos débiles de la primera son los siguientes: en primer lugar, que el legislador, de haber querido decir esto, hubiera formulado una salvedad; en segundo lugar, que las C.C.A.A. pueden ejercer su competencia normativa de desarrollo sin esperar la promulgación de la norma básica estatal, pues ésta no funciona como remoción de un límite al ejercicio del poder autonómico.

La segunda de las interpretaciones posibles del precepto en cuestión es rechazable de plano pues no es conforme con la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional, según la cual, al menos, la Comunidad de Cantabria carece de competencias de desarrollo normativo de las bases estatales.

Por todo ello, la interpretación más adecuada es la tercera. No obstante, esta tesis encuentra un obstáculo jurídico, cuya superación requiere un esfuerzo adicional. En efecto, como ha subrayado tanto la doctrina²³ como la jurisprudencia²⁴, las leyes básicas carecen de eficacia atributiva de competencias. No confieren a las C.C.A.A. ningún poder que éstas no tengan ya por el

²³. LOPEZ BENITEZ, M., "Doctrina del Tribunal Constitucional sobre las leyes básicas", R.E.A.L., núm. 235-236, 1.987, pág. 586.

²⁴. S.T.C.O. 22/1.983, de 7 de abril.

La organización

juego combinado de la Constitución y de sus respectivos Estatutos.

Consecuentemente, la L.M.R.F.P., en su condición de norma básica, no atribuye a las C.C.A.A. ninguna competencia en materia funcional. Sin embargo, si fuera posible reconducir este precepto a alguno de los supuestos de ampliación extraestatutaria previstos en los párrafos 1 y 2 del art. 150 de la Constitución, si sería admisible la interpretación propugnada. Cuestión que dependerá de cuál sea el instrumento normativo necesario para operar tales ampliaciones.

En este sentido, hay que indicar que el art. 11 de la L.M.R.F.P. no puede ser considerado, en ningún caso, un supuesto de transferencia o delegación de poderes normativos operado por la vía del art. 150.2, pues esta ampliación debe efectuarse, necesariamente, a través de una ley orgánica.

La Constitución no precisa, en cambio, cual debe ser la instrumentalización normativa de las delegaciones legislativas del art. 150.1. Un sector de la doctrina científica, atrapado, quizás en exceso, por la mención que el precepto contiene a la ley marco, afirma que es éste y no otro el instrumento normativo que debe

La organización

emplearse²⁵. Desde esta posición es evidente que el art. 11 de la L.M.R.F.P. no podría contener una delegación de competencias legislativas pues no es una ley marco en sentido estricto. Sin embargo, la doctrina mayoritaria se inclina por la flexibilidad en su posible articulación²⁶. Así, se acepta la utilización de una ley marco, de una ley de bases o, en su caso, de una ley ordinaria directamente aplicable a los ciudadanos y no solo dirigida a las Comunidades Autónomas y vinculante para ellas. E, incluso, se admite la formulación de cláusulas delegatorias puntuales incluidas en una regulación estatal completa sobre una materia²⁷.

24. De este modo, no existe ningún inconveniente en admitir que el art. 11 de la L.M.R.F.P. contiene, dados los términos en que está redactado, una habilitación en favor de las C.C.A.A. para que

²⁵. AJA FERNANDEZ, E., y otros, El sistema jurídico de las Comunidades Autónomas, Madrid, 1.985, pág. 174; GARRIDO FALLA, F., "El desarrollo legislativo de las normas básicas y leyes marco estatales por las Comunidades Autónomas" R.A.P., núm. 94, 1.986, págs. 28 y s.s.

²⁶. Vid. GARCIA DE ENTERRIA, E., Estudios sobre las autonomías territoriales, Madrid, 1.985, pág. 348; MUÑOZ MACHADO, S., Derecho..., cit., pág. 464.

²⁷. GARCIA DE ENTERRIA, E. y RAMON FERNANDEZ, T., Curso de Derecho Administrativo, Tomo I, Madrid, 1.989, pág. 348.

La organización

ordenen su propia Función Pública²⁸. El legislador estatal se decanta por el pleno e indistinto reconocimiento de la aludida potestad legislativa a todas las C.C.A.A.

Frente a esta tesis se podría contraargumentar que esta "homogeneización" de las competencias de las C.C.A.A. supone borrar unas diferencias que vienen establecidas por los diferentes textos estatutarios. Sin embargo, hay que tener en cuenta que la situación de los Estatutos tramitados por la vía del art. 143 no es definitiva. El art. 148.2 constituye una disposición de contenido transitorio que posee un valor meramente temporal²⁹. El punto final de llegada es, pues, el de los Estatutos del art. 151. Para ello la Constitución prevé determinados mecanismos, la reforma de los Estatutos y la ampliación extraestatutaria por la vía del art. 150.1 o la del 150.2 de la Constitución. Cualquiera de ellos puede ser utilizado con esta finalidad. Cuestión distinta es la

²⁸. En esta línea, CARRASCO CANALS, L., "La Función Pública..", cit., pág. 268, sugiere que el Capítulo II (arts. 10 y 11) de la L.M.R.F.P., al ordenar la Función Pública de la C.C.A.A. y regular la situación de los funcionarios transferidos podría tener el carácter de ley marco del que habla el art. 150.1 de la C.E. MORELL OCAÑA, L., El régimen local español, Madrid, 1.988, pág. 525. EDUARDO BARRACHINA, J., La Función Pública. Su ordenamiento jurídico, Parte General I, Barcelona, 1.991, pág. 348 afirma que el art. 11 de la L.M.R.F.P. "reconoce la potestad de ordenar la Función Pública de las Comunidades Autónomas, a la voluntad de estos entes territoriales".

²⁹. TORNOS MAS, J., "La Función...", cit., pág. 133.

La organización

conveniencia de utilizar una u otra vía, por el diferente grado de certeza y seguridad jurídica que comportan para las C.C.A.A., pues en este caso el legislador estatal, al igual que sucede con la L.O.T.R.A.V.A y la L.O.T.R.A.C.A., podría derogar pura y simplemente el art. 11 de la L.M.R.F.P., recuperando las competencias normativas delegadas.

25. En definitiva, todas las C.C.A.A disponen de competencias normativas de desarrollo en materia funcional, lo que les ha permitido dictar, sin excepción, su Ley de Función Pública autonómica.

B) La Función pública local

26. Las C.C.A.A. también pueden disponer de poderes normativos sobre los funcionarios de las E.E.L.L. radicadas en su territorio. La trascendencia del tema en orden a delimitar la estructura y el contenido de la negociación en el seno de cada C.C.A.A. aconseja su análisis.

a) El ámbito competencial disponible en la Constitución.

27. Los preceptos constitucionales que delimitan el ámbito competencial que las C.C.A.A. pueden asumir sobre esta materia en

La organización

sus respectivos Estatutos son los siguientes:

En primer lugar, el art. 149.1.18 de la Constitución, donde se establece la competencia del Estado para establecer las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos. Aunque se trata de un título habilitante de mayor extensión, no cabe duda que incluye también lo relativo al régimen básico de los funcionarios de las Administraciones Locales³⁰.

En segundo lugar, el art. 148.1.2 que permite a las C.C.A.A. asumir competencias sobre "las alteraciones de los términos municipales comprendidos en su territorio y, en general, las funciones que correspondan a la Administración del Estado sobre las Corporaciones Locales y cuya transferencia autorice la legislación sobre el Régimen Local".

De la interpretación sistemática de ambos preceptos se concluye que sólo las Comunidades Autónomas de primer grado pueden asumir competencias de desarrollo normativo y de ejecución en esta materia. Las restantes solo podrán contar con un título habilitante

³⁰. MORELL OCAÑA, L., "Las fuentes del Derecho Local. Problemas generales. Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas", R.E.A.L., núms. 235-236, 1.987, pág.524.

La organización

si se lo confiere el legislador estatal³¹, salvo que se reformen sus estatutos o se utilicen los mecanismos del art. 150 de la Constitución.

b) Los Estatutos de Autonomía.

28. Una vez delimitado el ámbito competencial que la Constitución permite asumir a las C.C.A.A. según la vía de acceso a la autonomía, procede el análisis de los distintos Estatutos, donde la Función Pública local se encuentra diferenciadamente recogida³².

1º- Los Estatutos tramitados por la vía del art. 151.

29. El único Estatuto que sitúa de forma expresa entre sus competencias la materia relativa a la Función Pública local es el Vasco. En efecto, el art. 10.4 del mismo establece que es competencia exclusiva de esta Comunidad "el Régimen Local y el

³¹. Sin embargo, es necesario indicar que el art. 148.1.2 de la Constitución no contempla la habilitación de competencias legislativas pues la "Administración del Estado" sólo dispone de las del carácter reglamentario. Consiguientemente, estas C.C.A.A. no podrán contar con una ley de Régimen local. Así, MORELL OCAÑA, L., "Las fuentes...", cit., pág. 524.

³². MARTINEZ MARIN, A., Derecho administrativo. La organización administrativa, Madrid, 1.986, pág. 486.

La organización

Estatuto de los Funcionarios del País Vasco y de su Administración local, sin perjuicio de lo establecido en el art. 149.1.18 de la Constitución". Por su parte, el art. 49.1.b) de la L.O.R.A.F.N.A. cuando prescribe que dentro de la legislación básica del Estado la Comunidad Foral establece el régimen de sus funcionarios, en el concepto de Comunidad Foral entran los Municipios y, por tanto, afecta ese artículo a los funcionarios locales³³.

30. Los restantes Estatutos de este primer grupo no contienen indicaciones expresas al respecto. De este silencio legal, cabría extraer la conclusión de que estas C.C.A.A. carecen de poderes normativos sobre los funcionarios de las E.E.L.L. ubicadas en su respectivo territorio³⁴.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que el Régimen local, sin perjuicio de lo establecido en el art. 149.1.18 del texto constitucional, es considerado "competencia exclusiva" en los Estatutos de Cataluña (art. 9.8), Andalucía (art. 13.3), Valencia

³³. LOPERENA ROTA, D., "El nuevo estatuto de la Función Pública de Navarra", R.V.A.P., núm. 6, 1.983, pág. 379. Véase la S.T.C.O. 14/1.990, de 20 de septiembre.

³⁴. En esta línea, GARCIA, P. y otros. El nuevo régimen local español, Estudio sistemático de la ley 7/1.985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, Barcelona, 1.985, pág. 129; MORELL OCAÑA, L., "Las fuentes..", cit., pág. 525. Estos autores no incluyen a estas C.C.A.A. entre las que tienen competencias normativas en materia de Función Pública local.

La organización

(art. 31.8), Canarias (art. 32.2.) y Galicia (art. 32.2). Estas normas estatutarias no precisan si este título competencial comprende también el ámbito de regulación referente a la Función Pública local³⁵. Sin embargo, no cabe duda que "el Régimen local" no puede identificarse, exclusivamente, con la problemática relativa a la organización y régimen jurídico de las Administraciones Públicas Locales, sino que incluye también todos los ámbitos de regulación referentes a estas instituciones³⁶. Por esta razón, precisamente, el Régimen Local no constituye una de las "materias" a las que se refieren los arts. 148 y 149 de la Constitución, a efectos del reparto de poderes entre el Estado y las C.C.A.A. Así, se puede concluir que con esta genérica y amplia denominación los legisladores autonómicos han querido asumir competencias normativas sobre el personal al servicio de las E.E.L.L.³⁷.

2º- Los Estatutos tramitados por la vía del 143.

³⁵. MORELL OCAÑA, L., "Las fuentes ...", cit., pág. 501.

³⁶. MORELL OCAÑA, L., El Régimen ..., cit., pág. 144. Véase la S.T.C.O. 214/1.989, de 21 de diciembre.

³⁷. En esta línea BOCANEGRA SIERRA, R., "La Función Pública en al Ley reguladora de las bases del Régimen Local", en A.A.V.V., Jornadas de Estudio sobre Administración y Función Pública en el Estado Autonómico, Zarautz, 1.986, pág. 48; MARTINEZ MARIN, A., op. cit., pág. 179; ABELLA POBLET, M. y otros, Nuevo Régimen Local, El Consultor de los Ayuntamientos, Tomo I, Madrid, 1.988, pág. 104.

La organización

31. Dentro de este segundo grupo destacan los Estatutos de Baleares y Extremadura, cuyos arts. 11.3 y 8.10, respectivamente, colocan entre las competencias autonómicas "el desarrollo legislativo y ejecución" en lo relativo a los funcionarios de la Administración local.

32. El resto de Estatutos se remiten al art. 148.1.2 C.E., por lo que sólo podrán disponer, como se ha señalado anteriormente, de un título habilitante si se lo confiere expresamente la L.B.R.L.³⁸. Por consiguiente, es necesario analizar esta disposición legal con el propósito de averiguar si contiene o no una habilitación en favor de estas C.C.A.A. Labor no exenta de dificultades pues el referido texto legal acusa la existencia de contradicciones en este tema.

El art. 5.c) de la misma establecía que después de la propia L.B.R.L. regirían en materia de régimen estatutario de los funcionarios locales "la legislación del Estado y, en su caso, la de las Comunidades Autónomas, en los términos del art. 149.1.18 de la Constitución". La existencia de esta matización ("en su caso") obedecía a que efectivamente no todas ellas disponen de

³⁸. MORELL OCAÑA, L., "Las fuentes ...", cit, pág. 525.

La organización

competencias legislativas en esta materia³⁹. Este precepto, aunque ha sido declarado inconstitucional⁴⁰, puede servir como argumento interpretativo de que no era voluntad del legislador estatal alterar la distribución de poderes normativos operada en la Constitución y los respectivos Estatutos. Además, la disposición adicional primera, aclara el criterio utilizado por los Estatutos tramitados por la vía del art. 143 de la Constitución de atribuir a las Comunidades el ejercicio de las competencias legislativas o de desarrollo legislativo de la legislación del Estado sobre régimen local, "en el marco" de los que dicha legislación disponga. En este sentido, afirma que estas Comunidades ejercerán dichas facultades "según lo dispuesto en sus respectivos Estatutos", de lo que se desprende que se respeta el reparto competencial establecido y la no equiparación de estas C.C.A.A. a las restantes en cuanto a competencias sobre régimen local⁴¹.

Sin embargo, el art. 92.1 del mismo texto legal remite, tras la legislación estatal básica, a la legislación de todas las

³⁹. ABELLA POBLET, M., y otros, op. cit., pág. 104.

⁴⁰. La S.T.C.O. 214/1.989, de 21 de diciembre ha declarado inconstitucional el art. 5 de la L.B.R.L. por ser una norma interpretativa de lo dispuesto en el bloque de constitucionalidad y, por ende, superflua.

⁴¹. En este sentido, ABELLA POBLET, M. y otros, op. cit., págs. 147-148; GARCIA y otros, op. cit., pág. 191.

La organización

Comunidades en los términos del art. 149.1.18 de la Constitución. A partir de este precepto se podría entender que el legislador estatal habilita a las C.C.A.A. para la ordenación de los funcionarios locales⁴². En efecto, este artículo, al remitirse, sin más, y considerándola como legislación subsidiaria y no meramente supletoria, a la de las Comunidades Autónomas, parece permitir a todas ellas la regulación de la Función Pública local⁴³. Posibilidad que, por otra parte, parece confirmar el Real Decreto Legislativo 781/1.986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto Refundido de las Disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local (T.R.R.L.)⁴⁴. En efecto, sus arts. 140.2, 142 y 144 y 147 y 150.4 se remiten expresamente a la legislación de las Comunidades Autónomas en cuanto al régimen de situaciones, derechos, deberes y sanciones de los funcionarios locales.

33. Por consiguiente, y como consecuencia de lo hasta ahora expuesto, se puede afirmar que existe una antinomia en la L.B.R.L. a propósito de la competencia normativa de las C.C.A.A. en materia de Función Pública local. A partir de la misma no se puede aceptar

⁴². MARTIN REBOLLO, L., "La Función Pública local de cara a su reforma", R.E.V.L., pág. 239; SOSA WAGNER, F., Manual de Derecho local, Madrid, 1.987, pág. 195.

⁴³. MORELL OCAÑA, L., El régimen..., cit., pág. 163.

⁴⁴. MORELL OCAÑA, L., op. ult. cit., pág. 163.

La organización

que esta disposición legal contenga una habilitación de competencias normativas para regular la Función Pública local⁴⁵.

1.3. El poder de ordenanza.

34. La Constitución guarda, en principio, un silencio notable en relación a las competencias locales⁴⁶. Esta se limita a consagrar la "autonomía local", estableciendo una reserva de ley para la atribución de competencias en favor de las E.E.L.L. (art. 140). Se aprecia, por consiguiente, una gran diferencia entre las C.C.A.A. y las E.E.L.L. Mientras las competencias de las primeras son las que reconocen y atribuyen la propia Constitución y los Estatutos de Autonomía; el acervo competencial de las segundas, en cambio, queda a disposición de la voluntad, potencialmente, cambiabile del legislador ordinario con el solo límite del núcleo esencial de las instituciones locales.

En suma, la Constitución garantiza a unas y otras autonomía para administrar sus propios asuntos, pero el reparto de

⁴⁵. En este sentido, MORELL OCAÑA, L., "Las fuentes ...", cit., pág. 525. También es la posición del resto de la doctrina, pues, al enumerar las C.C.A.A. que tienen competencias en materia de Función Pública local, silencian a estas C.C.A.A.

⁴⁶. ORTEGA ALVAREZ, L., "Los principios constitucionales sobre el régimen local y su aplicación a las competencias locales", R.A.P., núm. 117, 1.988, pág. 154.

La organización

competencias sólo ha sido predeterminado en el bloque constitucional en lo que concierne a las C.C.A.A. Por el contrario, para determinar y comprobar cuáles son las competencias que corresponden a las E.E.L.L., así como las materias o sectores de actividad sobre los que éstas se pueden ejercitar, hay que atender a lo que disponga el legislador⁴⁷.

El legislador estatal, titular de la competencia normativa básica en materia funcionarial, fija, de acuerdo con lo establecido en el art. 2.2 de la L.B.R.L.⁴⁸, las competencias que corresponden a los entes locales en materia de Función Pública. En este sentido, el art. 4 de la L.B.R.L. señala que, dentro de la esfera de sus competencias, corresponde a las E.E.L.L., entre otras, las potestades reglamentaria y de autoorganización⁴⁹. El legislador realiza así un reconocimineto genérico de la potestad reglamentaria, pero no especifica su extensión material.

⁴⁷. LEGINA VILLA, J., "La autonomía de los municipios y provincias en la nueva ley básica de Régimen Local", R.E.A.L., núm 227, 1.985, pág. 433.

⁴⁸. A tenor del cual corresponde a las leyes básicas del Estado determinar las competencias "que, en todo caso" competen a los entes locales cuando se trata de una materia constitucionalmente compartida.

⁴⁹. Y el art. 5 contemplaba entre las fuentes del Derecho local, la existencia de Ordenanzas tanto en materia de organización, y sus medios personales y reales, como de funciones y servicios.

La organización

35. En principio, esta cláusula legal constituye una legitimación suficiente para el ejercicio de poderes normativos en todo lo relativo al orden interno de las Entidades Locales y a sus medios instrumentales. Sin embargo, este apoderamiento genérico no es bastante en materia funcionarial pues existe una reserva de ley sobre la misma⁵⁰. En efecto, cuando se trata de materias sometidas a reserva legal no basta con el reconocimiento de la potestad normativa, es necesario, además, un otorgamiento específico que legitime el ejercicio del poder de ordenanza. A este objetivo obedecen, precisamente, los arts. 92 y s.s. de la L.B.R.L., en vista de los cuales se puede concluir que la normativa local se reduce a establecer las especialidades del régimen estatutario de los funcionarios públicos de las E.E.L.L.⁵¹. El proceso de centralización y homogeneización del régimen de la Función Pública ha relegado la competencia de las Corporaciones Locales a la función de ejecución, dejándoles poco margen para la potestad de Ordenanza.

2. Las relaciones entre los poderes normativos del Estado, de las de las C.C.A.A. y de las E.E.L.L.

⁵⁰. MORELL OCAÑA, L., El régimen .., cit., pág. 175.

⁵¹. Así, MORELL OCAÑA, L., EL Régimen.., cit., pág. 188; ZURITA LAGUNA, A., "El personal al servicio de las Entidades Locales", en A.A.V.V., Jornadas de estudio sobre Administración y Función Pública en el Estado Autónomo, Zarautz, 1.986, pág. 183.

La organización

36. Efectuado, hasta el momento el análisis del reparto de competencias entre el Estado, las C.C.A.A y las C.C.L.L. en materia funcional y organizativa, nos corresponde ahora examinar cómo opera dicho reparto, esto es, las relaciones que se dan entre estas instancias. A este respecto, hay que distinguir entre las relaciones competenciales y las relaciones de colaboración.

2.1. Las relaciones competenciales.

37. Las relaciones competenciales atienden principalmente a la distribución-ordenación de los poderes del Estado, las C.C.A.A y las C.C.L.L. sobre las materias examinadas. Esta operación de reparto competencial provoca un contacto o interrelación funcional entre estas esferas, de intensidad variable.

2.1.1. La concurrencia normativa entre el Estado y las C.C.A.A.: normación básica y normación de desarrollo.

38. Como hemos señalado anteriormente, el art. 149.1.18 de la Constitución establece una compartición de la función normativa en materia funcional entre el Estado y las C.C.A.A. La división se establece reservando al Estado la determinación de las bases y permitiendo a las Comunidades el desarrollo normativo de éstas.

La organización

Para precisar cómo opera ese reparto normativo bases-desarrollo hay que concretar el contenido y rango que deben adoptar, por una parte, las normas básicas del Estado y, por otra, las normas de desarrollo de las C.C.A.A.

A) La normación básica.

39. La simple constatación de esta reserva a favor del Estado de lo básico exige, como primer paso, precisar qué es lo que debe entenderse por básico, es decir, determinar cuál ha sido la voluntad del constituyente al establecer este reparto.

A partir de la doctrina del Tribunal Constitucional, se extraen las siguientes conclusiones:

1ª) El contenido de las bases no es otra cosa que la ordenación normativa de cuanto exige el principio de unidad y el interés general⁵².

2ª) Las exigencias del principio de unidad y del interés general no deben buscarse en calificaciones constitucionales expresas, sino que son los poderes estatales los inicialmente

⁵². Ver, por todas, la S.T.C.O. 1/1.982, de 28 de enero y 13/1.989, de 26 de enero.

La organización

competentes para su definición⁵³. Estos no pueden ir contra calificaciones constitucionales, deben servir a los valores constitucionales positivos y, además, no pueden, so pena del interés general, absover toda la regulación de la materia. Pero dentro de esos límites, que el Tribunal Constitucional debe vigilar, el Estado es libre en sus determinaciones.

3º) Las bases no tienen un contenido determinado por coordenadas fijas y permanentes, sino relativo y circunstancial, a decidir por el legislador estatal en función de las coyunturas variables y de las opciones políticas plurales que de su seno pueden surgir⁵⁴.

40. Estas consideraciones, sintetizan la doctrina constitucional en torno a la delimitación adjetiva del concepto de bases. En cuanto a la delimitación material, se ha producido un debate doctrinal, que ha sido zanjado finalmente por el Tribunal Consitucional. En los primeros comentarios doctrinales se consideraba que la norma básica se debía limitar a fijar los principios generales, no directamente aplicables por si mismos y

⁵³. Así, entre otras, las S.S.T.C.O. 40/1.981, de 28 de julio, 16/1.982, de 28 de abril y 248/1.989, de 20 de diciembre.

⁵⁴. Así, entre otras, las S.S.T.C.O. 91/1.984, de 9 de octubre y 99/1.987, de 11 de julio.

La organización

necesitados de una integración normativa por las C.C.A.A.⁵⁵ Posteriormente esta tesis evolucionará en el sentido de admitir que las normas básicas también pueden contener una regulación normativa uniforme y de vigencia en toda la nación⁵⁶. De esta forma, las bases ya no se diferencian estructuralmente de la legislación de desarrollo, pues son normas directamente aplicables por medio de las cuales se ordena un sector de la materia de que se trate o algunos de sus concretos objetos.

Este giro también se advierte en la doctrina del Tribunal Constitucional, pues, si bien en un principio parece identificar la competencia estatal con la fijación de "principios o criterios básicos"⁵⁷, posteriormente ha descalificado completamente esta explicación inicial. Frente a ella, no ha dudado en afirmar que el

⁵⁵. Así, MUÑOZ MACHADO, S., *Las potestades de las Comunidades Autónomas*, Madrid, 1.981, pág. 100, afirmaba que era consustancial con la técnica de la legislación básica la fijación de "principios básicos o criterios fundamentales de la regulación de la materia concreta", sin que la competencia estatal pudiera extenderse más allá. Por su parte, GARCIA DE ENTERRIA, E. y RAMON FERNANDEZ, T., *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, Madrid, 1.981, pág. 272 y ss, hablaban de "principios, bases y directrices" como contenido de la competencia estatal.

⁵⁶. ANTONI BAYONA I ROCAMORA, "La evolución del concepto de competencia básica en la doctrina y jurisprudencia constitucional", D.A., págs. 50; DE OTTO Y PARDO, J., *Estudios sobre Derecho estatal y autonómico*, Madrid, 1.986, pág. 123.

⁵⁷. S.T.C.O. 40/1.981, de 28 de julio.

La organización

concepto de bases en ocasiones puede reclamar una regulación normativa uniforme y de vigencia común en todo el Estado⁵⁸.

41. Cobra fuerza, así, la postura de Garcia de Enterría, para quien la normación básica ha de integrar tres elementos distintos, articulados entre sí a modo de tres sucesivos círculos concéntricos, de menor a mayor⁵⁹: 1º) El "núcleo material de interés general"; 2º) El "círculo de encuadramiento"; y 3º) El "círculo de suplencia".

A) El "Núcleo material de interés general" es el que ha de contener la regulación completa e íntegra (y no meramente incoada o abstracta, de modo que necesitase una ulterior determinación) del interés general o supracomunitario, de la materia de que se trate. En este círculo compete al Estado regular la materia por si solo, agotarla, sin tener que dejar una posibilidad normativa concurrencial a la normación autonómica, porque aquí se encuentra su porción propia en la regulación del conjunto. No opera, pues, respecto de este círculo material del conjunto la distinción entre regulación abstracta o genérica y precisión concreta como criterio

⁵⁸. Así, entre otras, las S.S.T.C.O. 1/1.982, de 28 de enero, 25/1.983, de 7 de abril y 248/1.988, de 20 de diciembre.

⁵⁹. Ver la exposición realizada por GARCIA DE ENTERRIA. E. y RAMON FERNANDEZ, R., op. cit., págs. 316 y ss.

La organización

de distribución territorial de las restantes competencias normativas, distinción que entrará en juego en el siguiente círculo.

B) El "círculo de encuadramiento" prevé el espacio propio para la normación autonómica complementaria y su articulación con el círculo nuclear de interés general. Respecto al contenido de este círculo pueden encontrarse dos líneas interpretativas diversas. Una de ellas reconoce a las bases el valor de mero límite negativo⁶⁰, y otra les añade el valor de principio positivo⁶¹. Según la primera interpretación, la norma básica sólo puede señalar límites, pero no programas o directrices positivas a la potestad normativa autonómica. Se afirma, en este sentido, que la norma básica, al delimitar lo que es competencia estatal, define el punto de partida y el límite a partir del cual puede ejercer la Comunidad Autónoma la competencia normativa asumida en su respectivo Estatuto. Pero, las dos normas, estatal y autonómica, se encuentran en una situación de separación o continencia: la norma estatal aporta el

⁶⁰. ARGULLOL MURGADAS, "Los límites de la potestad legislativa de las Comunidades Autónomas", en A.A.V.V., La Constitución y las fuentes del Derecho, Madrid, 1.979, págs. 246 y ss; SANTAMARIA PASTOR, "Notas sobre las sentencias de las Diputaciones Provinciales", R.E.D.A., núm. 34, págs. 462 y ss.

⁶¹. Así, entre otros, GARCIA DE ENTERRIA, E. y RAMON FERNANDEZ, T., op. cit., págs. 319-320; LOPEZ BENITEZ, M., "Doctrina del Tribunal Constitucional sobre las leyes básicas", R.E.A.L., núm. 235-236.

La organización

continente o límite externo y la norma regional el contenido.

Según la segunda explicación doctrinal, aunque lo propio del círculo de encuadramiento es delinear el espacio propio de la normativa autonómica, también articula esta normación en la "estrategia global" que la normativa básica implica de suyo. No se trata, por tanto, de una simple partición del campo y de que cada uno de los partícipes, una vez fijada la línea divisoria, se desentienda por completo de lo que el otro pueda hacer en su espacio propio. Por tanto, en dicho círculo no sólo se delinearán el límite negativo de la competencia estatal, sino que se formularán también principios materiales, a los que la competencia autonómica deberá servir para la articulación de sus normas con las del Estado⁶².

C) Finalmente, el círculo de suplencia. Este es un contenido de la norma básica que no es estrictamente necesario en el sentido institucional del concepto. Si en el círculo nuclear el Estado

⁶². En esta línea, se sitúa el Tribunal Constitucional, en la sentencia 28/1.983, de 7 de abril, al afirmar que "...los criterios generales de regulación de un sector del Ordenamiento Jurídico o de una materia jurídica que deben ser comunes a todo el Estado. Por ello, la mencionada idea posee un sentido positivo y otro negativo: el sentido positivo manifiesta objetivos fines y orientaciones generales para todo el Estado..; en sentido negativo, por la misma razón, constituye un límite dentro del cual tienen que moverse los órganos de las Comunidades Autónomas en el ejercicio de sus competencias..".

La organización

formula su propia regulación directa y en el círculo de encuadramiento reserva el ámbito de normación autonómica, a la vez que lo articula con el primero, resulta que el rellenado de este segundo círculo queda en la libre disponibilidad de cada C.A. Por ello, el legislador en previsión de que alguna, o varias o todas las C.C.A.A adopten una actitud pasiva ante el tema y omitan toda actividad normativa, o al menos que la demoren en el tiempo, debe incorporar a su norma básica un contenido mínimo que ultime la regulación global de que se trate y que sólo será aplicable en defecto de la regulación autonómica, en virtud de la cláusula de suplencia del Derecho del Estado prevista en el art. 149.3

B) El "desarrollo normativo".

42. De acuerdo con lo dicho, las C.C.A.A deberán de abstenerse de incidir sobre el "círculo de interés general", pues su regulación queda cerrada o precluida a la competencia normativa autonómica⁶³. A las C.C.A.A. les corresponderá rellenar el ámbito delineado en el "círculo de encuadramiento" como espacio propio de la normación autonómica. Resta por precisar su vinculación con las bases, cuestión que dependerá del valor que se dé a las mismas. Según prevalezca una u otra de las líneas interpretativas antes

⁶³. Ver, por todos, GARCIA DE ENTERRIA, E. y RAMON FERNANDEZ, T., op. cit., págs. 321-322.

La organización

expuestas. la norma de desarrollo ejercitará un nivel mayor o menor de verdadera autonomía política, pues se limitará a concretar la decisión política o impondrá, como límite externo de las bases, una política verdaderamente propia y autónoma. Como ya hemos expuesto, la postura del Tribunal Constitucional parece ir abriendo camino a una extensión progresiva de las bases. Cobra fuerza así, la postura que entiende que la norma autonómica está vinculada a "desarrollar" el encuadramiento que la norma estatal básica le diseña.

43. Ahora bien, como hemos visto, los Estatutos de Autonomía emplean formulaciones diversas para asumir competencias normativas en materia funcional. La doctrina ha señalado que esta diversidad de formulaciones estatutarias desemboca, a su vez, en diferentes contenidos competenciales para las C.C.A.A., y de ahí la conveniencia de examinar la supuesta diferenciación.

A este respecto, la doctrina agrupa a las Comunidades Autónomas en los siguientes niveles, según la entidad, de mayor a menor, de sus facultades respectivas:

1º) Navarra. La Ley Orgánica de Amejoramiento y Reintegración del Régimen Foral de Navarra reconoce competencia exclusiva a esta Comunidad en virtud de su régimen foral en lo relativo al "régimen estatutario de los funcionarios públicos de la Comunidad Foral

La organización

respetando los derechos y obligaciones esenciales que la legislación básica del Estado reconozca a los funcionarios públicos". La L.O.R.A.F.N.A. contiene, como ha reconocido el Tribunal Constitucional en su sentencia 140/1.990, de 20 de septiembre, relativa al Decreto 236/1.984, del Gobierno de Navarra, por el que aprueba el Reglamento para la elección de Organos de Representación de los funcionarios de la Administración Pública, el mayor techo de competencias alcanzado por una Comunidad.

La afirmación del Tribunal Constitucional descansa sobre la siguiente argumentación:

En primer lugar, los territorios históricos, como Navarra, "pueden mantener competencias que les viniesen atribuidas por los derechos históricos al amparo de la disposición adicional primera de la Constitución según su actualización en el marco de la Constitución y del Estatuto de Autonomía"; actualización que en el caso de Navarra se ha llevado a cabo mediante la L.O.R.A.F.N.A., "de manera que las competencias que tengan su origen en un derecho histórico corresponderán a la Comunidad Foral en los términos que hay precisado la L.O.R.A.F.N.A. dentro del marco de la Constitución".

En segundo lugar, el art. 49.1 de la L.O.R.A.F.N.A., al

La organización

atribuir a Navarra, la competencia exclusiva sobre "régimen estatutario de los funcionarios públicos de la Comunidad Foral, respetando los derechos y obligaciones esenciales que la legislación básica reconozca a los funcionarios públicos", efectúa el reconocimiento y actualización de un derecho histórico, pues, al amparo de lo establecido en la Ley de 16 de agosto de 1.941, el régimen funcional es una competencia exclusiva de Navarra.

Con estas premisas, el Tribunal Constitucional concluirá que los límites a la competencia en la Comunidad Foral no los constituyen cualesquiera previsiones contenidas en la legislación estatal básica, sino única y exclusivamente aquellos que reconozcan derechos y obligaciones esenciales para los funcionarios.

2º) País Vasco. El Estatuto Vasco establece en su artículo 10.4 que la Comunidad Autónoma vasca tiene competencia exclusiva en materia de "Régimen local y Estatuto de los funcionarios del País Vasco y de su Administración local, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 149.1.18 de la Constitución". Aunque el País Vasco, al igual que Navarra, es una Comunidad Foral y que el precepto transcrito, al igual que la Ley de Amejoramiento, confiere competencia exclusiva a la Comunidad Autónoma en materia del estatuto de los funcionarios, hay que subrayar que lo ha hecho señalando que ello es "sin perjuicio de lo establecido en el art.

La organización

149.1.18 de la Constitución", según el cual el Estado posee competencia exclusiva para establecer las bases del régimen estatutario de los funcionarios de las Administraciones Públicas. De ello resulta, como ha reconocido el propio Tribunal Constitucional, que aunque la competencia se califica como exclusiva, al "Estado le corresponde establecer las normas básicas en esta materia, y a la Comunidad Autónoma le corresponde la competencia legislativa, respetando dichas bases"⁶⁴.

2º) Un tercer bloque, quedaría compuesto por el resto de Estatutos tramitados por la vía del art. 151 y los Estatutos de Valencia y de Canarias, en los que se adopta una formulación diversa. Así, tomando como ejemplo, el Estatuto catalán, se observa que se asume la competencia no en el artículo 9, relativo a las competencias exclusivas, sino en el 10, párrafo primero, de acuerdo con la siguiente redacción: "En el marco de la legislación básica del Estado, y en su caso, en los términos que la misma establezca, corresponde a la Generalidad el desarrollo legislativo y la ejecución de las siguientes materias. 1. Régimen jurídico y sistema de responsabilidad de la Administración de la Generalidad y de los entes públicos dependientes de ella, así como el régimen estatutario de sus funcionarios".

⁶⁴. Así, la S.T.C.O. 5/1.982, de 8 de febrero.

La organización

Un sector doctrinal entiende que esta formulación estatutaria fuerza a diferenciar de manera consecuente el nivel de facultades de la Comunidad del País Vasco y de Navarra por un lado, y el resto de las Comunidades⁶⁵. En este apartado, a partir de una valoración comparativa entre el Estatuto vasco y el catalán, se considera que la redacción de los estatutos del nivel catalán comporta una mayor competencia normativa del Estado y un menor nivel competencial propio. Mientrás en el caso del País Vasco, la norma autonómica completa unos principios, unas bases que actúan como límite negativo, en el caso catalán, la norma autonómica encuentra en la estatal un límite y, además, unos criterios positivos a desarrollar.

Según el referido sector doctrinal, en estos supuestos las bases cumplen una función directiva de la normación autonómica en el sentido de que el legislador estatal puede condicionar la función legislativa de desarrollo. En esta línea y en relación con las competencias de la Generalitat de Cataluña en materia funcionarial, TORNOS⁶⁶ afirma que el Estado ostenta la potestad de dictar las bases no sólo como simple regulación de un núcleo material de interés general que limite externamente la competencia

⁶⁵. Así, AJA FERNANDEZ, E. y otros, op. cit., pág. 149; TORNOS MAS, J., op. cit., págs. 445 y ss.

⁶⁶. Vid. TORNOS MAS, J., op. cit., págs. 445 y s.s.

La organización

autonómica, sino que también tienen atribuida la potestad de fijar la normativa básica que "enmarque" el desarrollo legislativo. De esta forma, la norma autonómica encuentra en la estatal un límite y, además, unos criterios positivos a desarrollar.

Esta idea es la que, si bien de forma incidental, parece querer expresar el propio Tribunal Constitucional en su sentencia sobre la Ley catalana de medidas urgentes en materia de Función Pública, de 8 de febrero de 1.982, al señalar que "estas diferencias de dicción autorizan a entender, entre otras consecuencias, que cuando se utiliza esta segunda fórmula se intenta sujetar más estrechamente la competencia legislativa comunitaria a la del Estado, pero en modo alguno a sostener que se ha privado con ello a la Comunidad Autónoma de su facultad de legislar hasta que sea habilitada para ello por una ley estatal, pues esto equivaldría una vez más a equiparar legislación básica con leyes marco, tesis rechazada explícitamente por este Tribunal"⁶⁷. De las palabras del referido tribunal se deduce que la vinculación existente entre la norma básica estatal y la autonómica de desarrollo es en este caso de mayor intensidad⁶⁸.

⁶⁷. S.T.C.O. 5/1.982, de 8 de febrero.

⁶⁸. ESTEVE BLASCO, A., " Normas básicas estatales y leyes de desarrollo de las Comunidades Autónomas: jurisprudencia constitucional", R.E.D.A., núm 33, 1.982, pág. 313.

La organización

En contra de dicha diferenciación, sin embargo, se pueden señalar las siguientes observaciones:

En primer lugar, las imprecisiones técnicas en que incurren los Estatutos citados obligan a atender a la valoración real del régimen jurídico de la competencia por encima de su calificación nominal⁶⁹. El propio Tribunal Constitucional declara que, con carácter general, no hay diferencia entre una competencia calificada como exclusiva, sin perjuicio de la competencia básica y otra formulada en los términos de la legislación básica. Además, el Estatuto catalan contiene otra imprecisión, ya que se refiere al "marco de la legislación básica del Estado", cuando, en realidad, el Estado es competente para fijar las "bases"⁷⁰, concepto éste que es más amplio pues comprende, además de la potestad legislativa y reglamentaria, los actos de ejecución. De este modo, podría entenderse que el Estatuto reduce la competencia estatal al aspecto normativo. Sin embargo, esta interpretación no es posible, pues el Estatuto no puede incidir en el ámbito competencial que el Estado ostenta en virtud del art. 149.1 de la Constitución. En

⁶⁹. En esta línea, MUÑOZ MACHADO, S., "Interpretación estatutaria del sistema constitucional de distribución de competencias", Rev. del Dpto. de Derecho Político de la U.N.E.D., núm 5, 1.983, pág. 230.

⁷⁰. TORNOS MAS, J., op. cit., pág. 137, denuncia esta imprecisión de las normas estatutarias.

La organización

consecuencia, es necesario corregir la redacción del precepto , sustituyendo la noción de "legislación básica" por la de "bases". A partir de estas observaciones se pone de manifiesto la imprecisión en que incurren estos Estatutos, y la consiguiente necesidad de atender a la valoración del régimen jurídico real de la competencia.

En segundo lugar, aunque el Tribunal Constitucional admite la mayor intensidad de la delimitación estatal en el caso catalan, no creemos que exprese una opinión definitiva. Esta jurisprudencia se forma en un momento en el que el Tribunal Constitucional limita la función de las bases al establecimiento de límites negativos a la normativa autonómica. Sin embargo, el Tribunal Constitucional posteriormente ha admitido con carácter general la función directiva de la normativa básica estatal.

A partir de estas consideraciones, se concluye que la solución aplicable en estos casos no ha de ser sustancialmente diferente de la defendida con carácter general por la doctrina y el Tribunal Constitucional. Incluso, aún admitiendo la posibilidad de una función programática más intensa en estos supuestos, hay que indicar que la norma básica en ningún caso podría convertir la competencia autonómica de desarrollo en una competencia de ejecución o complementaria, y, además, que el legislador puede

La organización

renunciar a ello con el fin de homogeneizar las competencias de todas las C.C.A.A.

4º) Finalmente, desde la posición doctrinal antes indicada, y admitiendo la tesis según la cual el art. 11 de la L.M.R.F.P. contiene una delegación de competencias normativas en materia de Función Pública en favor de aquellas C.C.A.A. que no han asumido en su respectivo Estatuto el desarrollo normativo de las bases estatales, se podría concluir en la posibilidad de una función programática más intensa en estos supuestos competenciales. En efecto, el art. 150.1 de la Constitución se refiere al "marco de los principios, bases y directrices fijados por una ley estatal".

La doctrina científica ha subrayado la diferencia entre las leyes básicas y las leyes del art. 150.1. El propio Tribunal Constitucional ha afirmado que "las bases a que se refieren ... los párrafos 11 y 13 del artículo 149.1 C.E. no tienen nada que ver con la delegación legislativa, ni se identifican con las leyes marco reguladas por el artículo 150.1"⁷¹. Entre las diferencias se ha señalado que el límite de la legislación autonómica puede ser más estrecho en el ejercicio de las facultades atribuidas por una ley marco porque ésta no tiene que limitarse a las "bases" sino que puede incluir "directrices, que parecen ampliar la concreción de

⁷¹. S.T.C.O. 1/1.982, de 28 de enero.

La organización

aquellas"⁷². En este sentido, se afirma que la yuxtaposición de los términos "principios, bases y directrices" indica una mayor disponibilidad de las Cortes a la hora de atribuir las competencias a las C.C.A.A.

Sin embargo, no parece ser correcta esta diferenciación, pues, el Tribunal Constitucional, al delimitar la competencia estatal básica del art. 149.1.18 se refiere, precisamnte, a los mismos términos que emplea el art. 150.1, esto es, a los "principios", "bases" y "directrices". De este modo, se puede concluir que el supuesto del art. 150.1 es de naturaleza similar a la legislación compartida prevista en los distintos apartados del art. 149.1 de la Constitución⁷³. Las diferencias consisten en que mientras la competencia normativa autonómica en el segundo supuesto se puede ejercitar sin necesidad de la previa existencia de una norma estatal básica; en el primero, en cambio, debe esperar a la promulgación de la norma estatal habilitante⁷⁴.

⁷². AJA FERNANDEZ, E. y otros, El sistema jurídico de las Comunidades Autónomas, Madrid, 1.985, pág. 174.

⁷³. En este sentido, ESTEVE BLASCO, A., "Normas...", cit., págs. 303 y s.s.; GARRIDO FALLA, F., op. cit., pág. 27.

⁷⁴. Así, se desprende de la S.T.C.O. de 8 de febrero de 1.982. En el mismo sentido, GARRIDO FALLA, F., op. cit., págs. 28 y s.s.; LOPEZ BENITEZ, M., op. cit., pág. 602.

La organización

44. A la vista de lo expuesto, se concluye que, a excepción de la Comunidad Foral de Navarra, las restantes Comunidades Autónomas tienen el mismo nivel competencial en materia funcionarial.

C) La instrumentación normativa.

45. Otro aspecto importante en la relación norma básica-norma de desarrollo es el que hace referencia a la formalización de las bases y del desarrollo autonómico.

a) Las bases estatales.

46. Sobre el tema de la formalización de las bases pueden diferenciarse tres problemas diversos, que vienen delimitados por las preguntas siguientes: ¿qué norma debe contener las bases? ¿existe un tipo especial de ley de bases? ¿debe existir una declaración expresa de la condición de norma básica?.

1º- La necesidad de una ley formal.

47. Sobre este punto, si bien la doctrina mantuvo en un primer momento la necesidad de una ley formal, posteriormente ha

La organización

-
mantenido el principio contrario⁷⁵. Se afirma, en este sentido, que el art. 149.1 delimita los ámbitos competenciales entre el Estado y de las C.C.A.A., pero no entra a repartir las competencias reservadas al Estado entre los diferentes poderes que integran éste. El reparto de funciones dentro del Estado está regulado por otros preceptos constitucionales (art. 53, 81, 103.3,..., etc.), y es a éstos a los que hay que atender a la hora de determinar quién es competente para regular la materia atribuida. Lo usual será que la competencia sea del legislador, pero ello no excluye la regulación reglamentaria en los casos en los que no se trate de materias reservadas a la ley o cuando la propia ley llame al reglamento para que la desarrolle o complemente.

No obstante estas razones, el Tribunal Constitucional ha formulado una doctrina que puede sistematizarse así⁷⁶: es al legislador al que corresponde establecer lo que entiende por bases de una materia, delimitando así lo que es competencia estatal y definiendo al mismo tiempo el punto de partida, el límite a partir

⁷⁵. Así, GARCIA DE ENTERRIA, E., y RAMON FERNANDEZ, T., op. cit., págs. 324 y ss; MUÑOZ MACHADO, S., Derecho.., cit., págs. 340. En sentido contrario, BLASCO ESTEVE, A., "Sobre el concepto de competencia exclusiva", R.E.D.A., núm. 29, 1.981, pág. 314; SALAS HERNANDEZ, J., "Estatutos de Autonomía, leyes básicas y leyes de armonización", R.A.P., núm. 100-102, 1.983, pág. 440.

⁷⁶. Vid., entre otras, las S.S.T.C.O. 1/1.982, de 28 de enero, 32/1.982, de 28 de abril y 248/1.988, de 20 de diciembre .

La organización

del cual puede ejercer la Comunidad Autónoma su competencia de desarrollo legislativo. Si la ley básica ha delimitado las dos esferas de competencia, en la esfera estatal el ordenamiento opera con plenitud de su instrumentación normativa y, por tanto, con Reglamentos, cuando así proceda y cuando para ello conste de una clausula remisoras en dicha ley. Así, el Gobierno no puede entrar en una relación inmediata con lo básico, sin necesidad de la mediación legal. Puede regular la materia básica para completarla, pero necesita para ello que la definición de lo básico conste previamente en normas legales postconstitucionales o, al menos, que de la legislación preconstitucional puedan inferirse cuáles sean las bases de la materia en cuestión. La referencia de la jurisprudencia constitucional no limita ese papel del Reglamento al espacio del círculo material de interés general, aunque no es dudoso que es en ese espacio donde tendrá su desenvolvimiento más específico.

2º- El marco formal de la normativa básica.

48. En lo que si parece existir una coincidencia general es en que la normativa básica no precisa contenerse en un tipo concreto de ley⁷⁷. Las técnicas legislativas para el

⁷⁷. Ver, por todos, AJA FERNANDEZ, E. y otros, op. cit., pág. 148.

La organización

establecimiento de las bases pueden ser muy diversas, reconociendo en ello una facultad discrecional al legislador estatal. Es posible, por tanto, la formulación de específicas leyes-marco, limitadas a establecer principios dirigidos al legislador autonómico, o leyes ordinarias, directamente aplicables a los ciudadanos pero de contenido básico. Cabe también acudir a una ley mixta, en la que tras desarrollar una articulación completa de la materia se precisen qué artículos adquieren el valor de básicos. De esta forma, se consigue establecer la normativa básica de aplicación general y un texto supletorio que actuará en defecto de competencia autonómica o de desarrollo normativo.

3º- La necesidad de una declaración expresa de la condición de norma básica.

49. En el periodo de rodaje inicial de la Constitución y los Estatutos de Autonomía, el Tribunal Constitucional había venido diciendo que la noción de norma básica o de bases "ha de ser entendida como noción material y, en consecuencia, esos principios o criterios básicos, estén o no formulados como tales, son los que racionalmente se deducen de la legislación vigente"⁷⁸. Esta jurisprudencia se formó para evitar que la omisión de normas

⁷⁸. S.T.C.O. 32/1.981, de 28 de julio. Idéntica doctrina se puede encontrar en las S.T.C.O. 25/1.983, de 7 de abril; 33/1.984, de 9 de marzo; 48 y 49/1.988, de 22 de marzo

La organización

estatales formuladas como básicas bloqueasen el ejercicio de las competencias normativas que las C.C.A.A disponen por la atribución realizada directa y originariamente por la Constitución y los Estatutos que la aplican. Por ello, el Tribunal Constitucional se vió forzado a distinguir dentro de la legislación estatal existente (legislación completa, que no dejaba ámbitos para políticas autonómicas propias), los preceptos que, por regular los aspectos materiales de interés general, han de mantenerse como preceptos de vigencia nacional y uniforme, y el resto de los preceptos, que admiten ser sustituidos por la normativa autonómica.

Pero una vez el sistema distributivo competencial se encuentra en avanzado estado de construcción, el Tribunal Constitucional retoma los elementos formales para introducir seguridad jurídica en las relaciones entre el Estado y las C.C.A.A. Por ello, el Tribunal añade que es precisa la definición expresa de la condición de norma básica, salvo que tal carácter normativo unitario se desprenda naturalmente de sus propias determinaciones⁷⁹. O sea que no basta con el dictado de una norma materialmente básica, sino que tal operación ha de acompañarse de la delimitación expresa de su

⁷⁹. Así, las S.S.T.C.O. 69/1.988, de 19 de abril, 248/1.998, de 20 de diciembre, 13/1.989, de 26 de enero y 189/1.989, de 16 de noviembre. Un comentario sobre la nueva doctrina constitucional en CASAS BAAMONDE, M^a. E., "Dos sentencias constitucionales sobre competencias de Comunidades Autónomas", R.E.D.T., núm. 37, 1.989, págs. 113 y ss.

La organización

naturaleza y alcance básicos por el titular de la competencia o que esté dotada de una estructura de la cual se infiera ese carácter con naturalidad.

b) El desarrollo normativo autonómico.

50. Menos problemas plantea la cuestión del rango de las normas autonómicas de desarrollo. Como se ha señalado anteriormente, el art. 149.1. de la Constitución pretende separar los ámbitos competenciales entre el Estado y las Comunidades Autónomas, pero no entre los órganos con potestad normativa dentro de cada una de esas dos esferas, que es lo que entra en juego cuando se habla de rangos. De esta forma, una vez delimitado el espacio autonómico previsto en la respectiva norma estatutaria, el ordenamiento regional despliega con su juego propio y siguiendo el orden de rango aplicable ordinariamente⁸⁰. En principio, la circunstancia de tratarse del desarrollo de una norma básica estatal no fuerza por sí sólo a seguir el rango legislativo⁸¹.

⁸⁰. Así, GARCIA DE ENTERRIA, E. y RAMON FERNANDEZ, T., op. cit., págs. 321 y s.s.; LOPEZ BENITEZ, M., op. cit., pág. 608. A juicio del máximo intérprete del texto constitucional "... nada impide a la Generalidad, siempre que respete la legislación básica del Estado, establecer a su vez, con el rango que estime adecuado, los principios de su propia especificidad" (S.T.C.O. de 8 de febrero de 1.981).

⁸¹. En sentido contrario, AJA FERNANDEZ, F. y otros, op. cit., pág. 153, entienden que "ley estatal- reglamento estatal y ley

La organización

Sin embargo, esta afirmación debe ser matizada cuando estos poderes normativos concurrentes recaen sobre una materia cuya regulación se reserva constitucionalmente a la ley. En estos casos la "reserva de ley" operante es también la prevista con carácter general en la Constitución⁸². Ciertamente, resulta que si por una parte, la materia está reservada a la ley, y por otro, el Estado sólo es competente para fijar las bases de su regulación, la ley estatal agota su función con esto último no cubriendo por completo la reserva legal. De este modo, las competencias estatales no tienen la misma amplitud que la reserva de ley. Por consiguiente, debe ser la ley regional la que cumplimente la reserva de ley contenida en la Constitución en todo aquello que no lo haga el Estado al fijar las bases⁸³.

51. Este es, precisamente, el caso de la Función Pública autonómica. Existe sobre la misma una reserva legal, establecida con carácter general en el art. 103.3 de la C.E. y de forma

autonómica-reglamento autonómico constituyen bloques inseparables, utilizándose como dato para establecer el reparto competencial, obviamente, la función superior, es decir la legislativa".

⁸². Vid. BERMEJO VERA, J., " El principio de reserva legal en las Comunidades Autónomas", en A.A.V.V., La Constitución española y las fuentes del derecho, Vol. I, Madrid, 1.979, pág. 338; MUÑOZ MACHADO, S., Derecho público de las Comunidades Autónomas, Tomo I, Madrid, 1.982, pág. 311.

⁸³. MUÑOZ MACHADO, S., Derecho público..., cit., pág. 434.

La organización

específica en los Estatutos de Autonomía, la L.O.T.R.A.V.A., la L.O.T.R.A.C.A. y en la L.M.R.F.P.

Consecuentemente, dada la existencia de una reserva legal en materia funcional, normalmente será la ley el instrumento normativo adecuado para desarrollar las bases estatales. No obstante ello, es posible que la normación reglamentaria de los órganos ejecutivos autonómicos desarrollen la normativa estatal básica, sin necesidad de esperar a la interpretación del legislador autonómico cuando los aspectos básicos de esta materia se encuentren contenidos en normas estatales de carácter reglamentario⁴. También puede ocurrir cuando la normativa estatal básica haya agotado en uno o en varios aspectos la reserva legal, de modo que el desarrollo autonómico de los mismos no requiera el rango de ley. En ambos casos no es necesario que entre la norma básica estatal y el reglamento autonómico se interponga necesariamente una ley, pues éste puede desarrollar directamente las bases estatales, aunque, desde luego, en forma condicionada a lo

⁴. LOPEZ GUERRA, L., "Entorno a la potestad reglamentaria de los órganos del Gobierno de las Comunidades Autónomas", en A.A.V.V., El Gobierno en la Constitución española y en los Estatutos de autonomía, Barcelona, 1.985, pág. 337. En sentido contrario, SALAS, J., "Los poderes normativos de la Generalitat de Cataluña", R.E.V.L., núm. 205, 1.980, pág. 51, para quien entre la ley básica estatal y el reglamento ha de interponerse siempre una ley autonómica.

La organización

que el legislador autonómico, eventualmente, disponga⁸⁵. Y, además, cabe también el ejercicio de la potestad reglamentaria cuando la ley autonómica de desarrollo contenga una remisión al Reglamento⁸⁶.

2.1.2. Las relaciones entre los poderes normativos del Estado, C.C.A.A. y C.C.L.L.

52. Las relaciones que mantienen los poderes normativos del Estado y de las C.C.A.A. con competencias normativas en materia de Función Pública local con el de las C.C.L.L. responden a una lógica distinta. La razón de esta diferencia se haya en la naturaleza del poder normativo de los entes locales. Estos sólo disponen de poder reglamentario. De esta circunstancia derivan varias consecuencias de notable trascendencia. En primer lugar, como la Constitución realiza una reserva de competencia normativa en materia funcionarial en favor de la ley (art. 103.3), sólo ésta puede sustraer de su esfera la regulación de determinados aspectos⁸⁷. En segundo lugar, y como consecuencia de lo anterior, el poder

⁸⁵. LOPEZ GUERRA, L., op. cit., pág. 337.

⁸⁶. En este sentido, las S.T.C.O. 37/1.987, de 27 de marzo y 26/1.987, de 27 de febrero.

⁸⁷. MORELL OCAÑA, L., EL Régimen..., cit., pág. 176.

La organización

normativo de la Corporación Local es residual en la medida en que sólo puede jugar allí donde no hayan llegado poderes normativos superiores⁸⁸.

Finalmente, el poder de Ordenanza se sitúa en una posición de subordinación respecto de los poderes normativos estatal y, en su caso, autonómico⁸⁹. La ley ocupa un lugar superior al reglamento local. En este sentido, el art. 5 de la L.B.R.L. señalaba, con carácter general, que los reglamentos locales se subordinan a la ley estatal y autonómica. Pero esta subordinación del poder normativo local también tiene lugar respecto a los reglamentos ejecutivos de la ley, ya sean estatales⁹⁰ o autonómicos⁹¹.

2.2. Las relaciones de cooperación.

53. Una vez operada la distribución de poder entre las

⁸⁸. MORELL OCAÑA, L., *El Régimen..*, cit., pág. 188.

⁸⁹. LLISSET BORREL, F., *op. cit.*, pág. 137.

⁹⁰. Sobre la superioridad jerárquica de los reglamentos estatales BOQUERA OLIVER, J. M., "Los límites del poder de ordenanza", R.E.V.L., núm. 160, 1.968, págs. 500 y ss; DE LA VALLINA VELARDE, V., "Consideraciones sobre la potestad normativa de los Entes locales", R.E.V.L., núm. 176, 1.972, págs. 600 y ss.

⁹¹. LLISSET BORREL, F., *op. cit.*, 138.

La organización

instancias central, autonómica y local, cada parte ejerce las funciones o poderes que le corresponden con independencia y discrecionalidad. Se han examinado en el apartado anterior los límites generales, de carácter negativo y positivo, que afectan a la discrecionalidad en el ejercicio competencial. Pero, además, el ordenamiento jurídico modula esa independencia y separación de las partes en el ejercicio de sus poderes por el principio de colaboración⁹². Este principio se manifiesta en materia funcional a través de dos mecanismos que dan lugar a dos tipos distintos de relación. el auxilio o colaboración en sentido estricto y la coordinación.

2.2.1. El auxilio.

54. El deber general de auxilio, o la colaboración en sentido estricto se concreta en materia funcional en un deber de comunicación entre las instancias central, autonómica y local, expresado en un deber de información: para que cada instancia pueda ejercer con plenitud de eficacia sus propios poderes, en sentido armónico y no disgregador, es preciso que exista una fluida comunicación entre todas ellas. Nuestro ordenamiento competencial recoge expresamente, con rango legal, el deber de información entre la instancia central, autonómica y local con carácter general (art.

⁹². Vid. AJA FERNANDEZ, E. y otros, op. cit., págs. 396 y ss.

La organización

2 L.P. Aut. y 55 y 57 L.B.R.L.).

2.2.2. La coordinación.

55. Nuestro ordenamiento jurídico recoge el principio de coordinación entre el Estado, las C.C.A.A y las C.C.L.L. en materia funcional bajo la modalidad de órganos mixtos de coordinación. Se trata de órganos permanentes e institucionalizados que se convierten en plataformas de encuentro entre los máximos responsables de la Administración del Estado, de las C.C.A.A. y de las E.E.L.L. con competencias en materia de personal, y a los cuales se asigna una función deliberante o consultiva en la materia, para el examen de los problemas en ella planteados y la discusión de las líneas de actuación. Tres son principalmente los órganos creados al servicio del principio de colaboración de las A.A.P.P. en política de personal: el Consejo Superior de la Función Pública, la Comisión de Coordinación de la Función Pública y los órganos colegiados de las C.C.A.A. para la coordinación de la política de la Función Pública autonómica y local.

II. EL SISTEMA DE DISTRIBUCION de COMPETENCIAS EN MATERIA ORGANIZATIVA Y FUNCIONARIAL ENTRE LOS ORGANOS CON POTESTAD NORMATIVA DENTRO DE CADA ESFERA.

56. Una vez delimitado el sistema de distribución competencial en materia organizativa y funcionarial entre el Estado, las C.C.A.A. y las E.E.L.L., pasamos a analizar el reparto de poderes entre los órganos con potestad normativa dentro de cada una de estas esferas.

1. Estatal.

57. De acuerdo con el art. 97 de la Constitución, el Gobierno dirige la política interior y exterior, la Administración civil y militar y la defensa del Estado. Ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y la leyes". El precepto transcrito reconoce al Gobierno un poder normativo, que no se confunde con la función ejecutiva que también corresponde al Gobierno⁹³. Ahora bien, este artículo atribuye al Gobierno una potestad reglamentaria que cabe calificar como genérica. No existe una materia propiamente reglamentaria, entendida la expresión no sólo como ausencia de una reserva reglamentaria sino adicionalmente

⁹³. Ver, por todos, ESCUIN PALOP, C., La potestad reglamentaria de las Comunidades Autónomas, Valencia, 1.990, pág. 22.

La organización

y al tiempo como ausencia de un terreno "natural" o "apropiado en el que esa potestad quede materialmente adscrito o confinado. El art. 97 de la Constitución instituye en favor del Gobierno un poder de normación que no se ciñe a la regulación de una materia o grupo de materias concretas⁹⁴.

La delimitación del ámbito de la potestad reglamentaria se resuelve en nuestro ordenamiento jurídico por la acción combinada de dos principios, reserva de ley y supremacía de la ley, cuya función consiste en demarcar positivamente la regulación legal o, lo que es lo mismo, en acotar negativamente la regulación reglamentaria definiendo, a la postre, los lugares de la Ley y del Reglamento en el ordenamiento jurídico⁹⁵. De conformidad con esos principios, el ámbito de la potestad reglamentaria coincide con el campo no reservado material o formalmente a la ley, pudiendo el ejecutivo, por lo mismo, ejercer su poder normador sobre cualquier materia que no se encuentre constitucionalmente reservada a un desarrollo de la ley (reserva de ley) o que no haya sido previamente regulada por ley (supremacía de ley).

⁹⁴. DE OTTO, I., Derecho constitucional. Sistema de fuentes, Barcelona, 1.987, pág. 217.

⁹⁵. Sobre las relaciones que se dan entre la ley y el reglamento veáanse las reflexiones formuladas, entre otros, por DE OTTO, I., op. cit., págs. 222 y ss; TORNOS MAS, J., "La relación entre la Ley y el Reglamento: reserva legal y remisión normativa. Algunos aspectos conflictivos a la luz de la jurisprudencia constitucional", R.A.P., núms. 100-102, 1.983, págs. 471 y ss.

De los distintos criterios de clasificación de los productos normativos de la potestad reglamentaria elaborados por la doctrina científica, es clásico el que distingue entre reglamentos ejecutivos y reglamentos independientes, entendiendo por aquéllos los que de manera directa y concreta se vinculan a una Ley, a un artículo o artículos de Ley o a un conjunto de leyes, de suerte que dicha Ley o leyes son completadas, desarrolladas, pormenorizadas, aplicadas, cumplimentadas o ejecutadas por el Reglamento y por estos otros los dictados sin una ley previa a cuya ejecución se articule.

El no sometimiento de la potestad reglamentaria y un principio de legalidad sustancial, unido a la ausencia de un espacio natural al que deba confinarse la materia reglamentaria, determinan que el ámbito de la potestad reglamentaria dependa de las especificaciones constitucionales efectuadas en beneficio de la norma a la que el Reglamento se encuentra jerárquicamente subordinado, es decir, de la Ley. La inexistencia de criterios de reparto de competencias *rationae materiae* entre fuentes de distinto rango, al estilo de las fórmulas de la reserva reglamentaria, equivale a una atribución en favor de la ley de una capacidad normadora máxima.

Ello no obstante, el texto constitucional reserva expresa y directamente a la ley la regulación de ciertas materias; formula

La organización

mandatos al legislador para que sea él, y no otro centro de producción normativa, el que dicte las reglas ordenadoras de una determinada institución, de un concreto derecho o de una específica relación jurídica (reserva material).

La exclusión de la potestad reglamentaria impuesta por el sistema de reservas es absoluto en lo concierne al ejercicio del poder autónomo. La reserva de ley proscribire todo intento de regulación de la materia reservada por el cauce de los reglamentos independientes, como igualmente veda el recurso a las técnicas de deslegalización. Pero no impide el empleo de fórmulas de colaboración internormativas, de algún modo, la participación del poder ejecutivo en el proceso de creación del Derecho. Cuáles sean los límites de la regulación reglamentaria en ámbitos reservados a ley es cuestión que depende de la extensión vertical de la propia reserva de ley. La doctrina administrativista, partiendo de la diferente ubicación en el texto constitucional del precepto a desarrollar por ley y de la pluralidad de formas a través de las cuales la Constitución instituye la reserva legal, habla de dos tipos de reserva legal o, más propiamente, de una "escala de reserva legal". En este sentido, la doctrina diferencia las reservas de ley de carácter absoluto y de carácter relativo, tipología ésta que produce importantes consecuencias en la delimitación de la esfera de actuación del poder normativo del

Gobierno, que es el aspecto en el que importa reparar, en tanto que es en ésta donde se desarrolla negociación colectiva "strictu sensu".

59. Hasta ahora se ha señalado el sentido de la reserva de ley, habiéndose puesto de manifiesto las dos dimensiones que confluyen en ella, material u horizontal y vertical o en profundidad, y que cumplen la muy destacada función de marcar con precisión los lindes de la actuación reglamentaria. El propósito de las reflexiones que siguen es analizar estas dos dimensiones de la reserva de ley en lo que a las materias funcionarial y organizativa concierne con vistas a delimitar el alcance de la potestad reglamentaria y con ello el de la negociación colectiva en estos ámbitos.

1.1. La reserva de ley en materia organizativa.

60. De acuerdo con el art. 103.2 de la Constitución, "los órganos de la Administración del Estado son creados, regidos y coordinados de acuerdo con la ley". Se establece, de este modo, una reserva de ley en materia de organización administrativa⁹⁶. Este

⁹⁶. La posición de la doctrina científica es unánime al respecto. Ver, por todos, ALVAREZ RICO, M., "Principios constitucionales de organización de las Administraciones Públicas", Estudios de Derecho Pública, Madrid, 1.986, pág. 40; GARCIA MACHO, R., Reserva de ley y potestad reglamentaria, Barcelona, 1.988, pág. 178.

La organización

planteamiento constitucional nos plantea, entre otras cuestiones, la de fijar el alcance de la expresión en el sentido de saber si configura una reserva absoluta o relativa en materia organizativa. La doctrina ha entendido mayoritariamente que la Constitución no ha querido reservar a la ley la determinación exhaustiva y concreta de todo el proceso de creación y estructuración de los órganos de la Administración⁹⁷. Se afirma, en este sentido, que se trata de una reserva de carácter relativo. La Constitución, al decir que los órganos de la Administración del Estado son creados, regidos y coordinados de acuerdo con la ley, está indicando que el proceso organizatorio supone la existencia de un proceso complejo en el que es inexcusable distinguir varias fases de distinta trascendencia que pueden dar lugar a manifestaciones normativas diversas. La creación de los órganos administrativos por ley significa que es necesario una ley previa que regule la materia en sus líneas generales a partir de la cuál puede ya entrar el reglamento a regular la esfera organizatoria.

Esta tesis se concreta en la Ley 10/1.983, de 16 de agosto de organización de la Administración del Estado, de tal forma que en su artículo 11 se reserva a la ley la creación, modificación y supresión de los Departamentos Ministeriales, mientras que conforme

⁹⁷. Vid. ALAVAREZ RICO, M., op. ult. cit., págs. 40-41; GARCIA MACHO, R., op. cit., págs. 178-179. En este mismo sentido, se pronuncia la S.T.C.O. 60/1.986, de 20 de mayo.

La organización

al art. 12 queda en el ámbito de la potestad reglamentaria la creación, modificación y supresión de los órganos inmediatamente inferiores, para finalmente en la disposición adicional segunda establecer que los ministros pueden crear o suprimir secciones o negociados, dado una nueva redacción al art. 2 de la L.P.A. Una vez establecidas las líneas generales de la organización administrativa, lo demás es regulado reglamentariamente ya sea por real decreto o por orden ministerial. Hay que tener en cuenta, sin embargo, que el art. 70 de la Ley 16/1.985, de 27 de diciembre (Presupuestos del Estado) derogaría el art. 11 de la Ley 10/1.983. El citado artículo deslegalizaba la materia y ponía a disposición del Gobierno la creación y supresión de Ministerios. En base a ello, se dictó el R.D. 1.519/1.986, de 25 de julio, por el cual se llevó a cabo una reestructuración de Ministerios.

1.2. La reserva de ley en materia funcionarial.

1.2.1. La extensión horizontal de las reservas de ley.

61. Partiendo de la noción del Derecho de la Función Pública como aquella parcela del ordenamiento jurídico que se ocupa de las relaciones individuales y colectivas de trabajo de los funcionarios públicos, las materias directamente predicables como propias de esa parcela, expresamente reservadas por la Constitución a la ley, son:

La organización

libertad sindical (art. 28.1); huelga (art. 28.2); derecho al trabajo, derecho a la remuneración suficiente, libertad profesional, no discriminación en el trabajo entre hombre y mujer, derecho a la promoción a través del trabajo (art. 35.1); acceso a la Función Pública (art. 23.2); formación y readaptación profesionales; Seguridad e higiene en el trabajo y en el descanso (art. 40.2); estatuto de los funcionarios (art. 103.3); Presupuestos Generales y aumento de gastos (art. 134).

62. La conclusión a extraer de las observaciones precedentes se adivina de inmediato. La reserva de ley se extiende a la totalidad de contenidos materiales del Derecho de la Función Pública, abarcando tanto las relaciones colectivas de trabajo como las relaciones individuales. Se trata, con todo, de una conclusión provisional cuya elevación a definitiva exige resolver la muy importante cuestión del alcance y significado de la expresión "estatuto" del art. 103.3 de la Constitución.

63. El citado precepto dispone que "la ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la Función Pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, las peculiaridades del ejercicio de su derecho a sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones", habiéndose entendido por la

doctrina de manera unánime que este artículo instituye un reserva de ley⁹⁸. Con arreglo a esta interpretación, el citado artículo, al establecer que la ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos, ha venido a reconocer a éstos el derecho de que su relación jurídica -su estatuto, precisamente- venga regulado por una norma de rango legal.

Ahora bien, la cuestión se centra en delimitar la extensión horizontal de esta reserva legal, extremo este que, a su vez, exige la delimitación del alcance y significado de la expresión "estatuto". La expresión "estatuto", reiteradamente evocada por el texto constitucional, es susceptible de apropiarse distintos significados; al menos, los dos siguientes: tipo singular de norma y contenido de una ley, reguladora precisamente del régimen jurídico de las personas o cosas de que se trate⁹⁹. En este último sentido ha sido empleado el término, ya que el texto constitucional utiliza la palabra "estatuto" con minúscula y no "Estatuto" (con mayúscula). Parece, pues, absolutamente claro que el "estatuto" a que hace referencia la Constitución no es otra cosa que el

⁹⁸. Ver, por todos, CARRO FERNANDEZ VALMAYOR, J.L., y GOMEZ FERRER MORANT, R., "La potestad reglamentaria del Gobierno y la Constitución", R.A.P., núm. 87, 1.978, 1.978.

⁹⁹. Sobre el particular véase BORRAJO DACRUZ, E., "El personal de alta dirección en la empresa", Tomo II, Vol. 1º, Comentarios a las leyes laborales, Madrid (Edersa), 1.987, págs. 12 y ss; SUAREZ GONZALEZ, F., "El proyecto de ley del Estatuto de los Trabajadores (cuatro aspectos sorprendentes)", en A.A.V.V., Estudios de Derecho de Trabajo en memoria del Profesor Gaspar Bayón Chacón, Madrid, 1.980, págs. 121 y ss.

La organización

contenido de un ley en la que se regule el régimen jurídico a que están sujetos determinados ciudadanos, en su consideración profesional de funcionarios.

En este sentido, se ha indicado que tal término "apunta a la relación jurídica-funcionarial en sentido estricto. Ello incluiría el nacimiento de la relación (ingreso en la Función Pública), su contenido, es decir, los derechos y deberes que, junto a otros aspectos, incorporan los puntos capitales de las retribuciones y las incompatibilidades, la modificación de la relación (situaciones administrativas) y la extinción de la misma"¹⁰⁰. Sobre este ámbito material, el Tribunal Constitucional, a fin de trazar el ámbito de aquella reserva legal, realiza, en el fundamento jurídico número tercero de su sentencia 99/1.987, de 11 de junio, una cierta delimitación del espacio material reservado a la ley por el art. 103.3 en cuanto a la relación de servicio de los funcionarios o "régimen estatutario" de los mismos, A este respecto, ha dicho que: "Es éste, desde luego, un ámbito cuyos contornos no pueden definirse en abstracto y a priori, pero en el que ha de entenderse comprendida, en principio, la normación relativa a la adquisición y pérdida de la condición de funcionario, a las condiciones de

¹⁰⁰. BAENA DEL ALCAZAR, M., "La Función Pública en la Constitución y en las leyes orgánicas", en A.A.V.V., Administración y Constitución. Estudios en homenaje al Profesor Mesas Moles, Servicio Central de Publicaciones de la Presidencia del Gobierno, Madrid, 1.981, pág. 63.

La organización

promoción de la carrera administrativa y a las situaciones que en ésta puedan darse, a los derechos y deberes y responsabilidad de los funcionarios y a su régimen disciplinario, así como a la creación e integración, en su caso, de Cuerpos y Escalas funcionariales y al modo de provisión de puestos de trabajo al servicio de las Administraciones Públicas, pues habiendo optado la Constitución por un régimen estatutario, con carácter general, para los servidores públicos (artículos 103.3 y 149.1.18), habrá de ser también la ley la que determine en qué casos y con qué condiciones pueden reconocerse otras posibles vías para el acceso al servicio de la Administración Pública. Las normas que disciplinen estos ámbitos serán, en el concepto constitucional, ordenadoras del estatuto de los funcionarios públicos, pues todas ellas interesarán directamente a las relaciones entre éstos y las Administraciones a las que sirven, configurando así el régimen jurídico en el que pueda nacer y desenvolverse la condición de funcionario y ordenando su posición en el seno de la Administración..".

64. Como puede apreciarse, la interpretación del Tribunal Constitucional supone una ampliación de la reserva de ley en la determinación del estatuto de los funcionarios al incluir en la misma no sólo los aspectos jurídicos de la relación funcional, sino también las materias organizativas con incidencia en el ámbito funcional, tales como el sistema de cuerpos o de puestos de

trabajo. Por otra parte, hay que subrayar que esta sentencia determina que el Estatuto-Marco al que se refiere el art. 84 de la Ley General de Sanidad 14/1.986 (en adelante, la L.G.S.) deberá contenerse en una ley y no en una disposición reglamentaria¹⁰¹. En efecto, de acuerdo con el citado artículo el personal estatutario se regirá por el Estatuto-Marco que aprobará el Gobierno, donde se contendrá la normativa básica sobre clasificación de puestos, selección, sistema retributivo, etc. Aun cuando la L.G.S. establece que dicho Estatuto-Marco será aprobado por el Gobierno, la aparición de esta sentencia determina la necesidad de que se tramite un anteproyecto de ley en tal sentido, como por otra parte ya se enunció en el R.D.L. 3/1.987, de 11 de septiembre.

1.2.2. La extensión vertical de las reservas de ley

65. La reserva legal se extiende a la totalidad de los núcleos temáticos del Derecho de la Función Pública, abarcando tanto las relaciones individuales de trabajo como las colectivas. Ello pudiera ser interpretado como que la negociación colectiva "strictu sensu" carece de espacio alguno en la regulación referente a estos ámbitos materiales, quedando reducida la participación de

¹⁰¹. Así, AYERRA LAZCANO, J.M^a., "El personal estatutario de la Administración de la Seguridad Social", A.L., núm. 45, 1.989, pág. 601; LOPEZ GANDIA, J., "El personal estatutario y las fuentes de regulación de sus condiciones de trabajo", A.L., núm. 23, 1.990, pág. 267.

La organización

los funcionarios a la negociación de los Proyectos de ley que el Gobierno ha de presentar ante el Parlamento. Tal apreciación, sin embargo, no es correcta, ya que la reserva legal en materia funcionarial no es de carácter absoluto, es decir, la ley no ha de agotar la regulación de todos y cada uno de los aspectos de estas materias. No existe una competencia exclusiva de la Cortes en la regulación de estas materias ni una prohibición de dictar Reglamentos. Y, precisamente, también se negocia el desarrollo reglamentario de ese estatuto.

66. Así pues, la cuestión a plantear es la siguiente: ¿cuál es la extensión vertical de la reserva legal?. La conclusión a que se llegue sobre este tema produce importantes consecuencias en la delimitación de la esfera de actuación del poder normativo del Gobierno, y, por ende, de la negociación propiamente dicha, que es el aspecto en el que importa reparar. Interrogarse sobre la extensión vertical de la reserva legal equivale a interrogarse sobre el grado en profundidad con que la ley está obligada a regular la materia que el texto constitucional le he reservado. Para precisar el exacto alcance o en profundidad de la reserva legal es preciso atender al sentido o razón de fondo de la institución, así como al tratamiento que de la misma se ha hecho en el texto constitucional y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

67. Por lo que hace a la razón de fondo de la reserva legal, debe reconocerse que la referencia constitucional al estatuto del funcionario tiene un complejo significado. Desde luego refleja un concepción tradicional del Derecho Administrativo, que ve en la regulación legal de la relación funcionarial un importante paso en la contribución de lo que gráficamente se ha venido a llamar "lucha contra las inmunidades del poder administrativo"¹⁰². No basta la interdicción de la arbitrariedad, de la desviación de poder y la justiciabilidad de la actuación administrativa, sino que también se requiere una restricción del poder reglamentario, mediante una intervención de la ley formal en la regulación de la situación del funcionario.

Siendo esto cierto, la reserva adquiere otro valor con el reconocimiento del derecho a la negociación colectiva de los funcionarios públicos. Ello podría dar pie a defender la necesidad de redefinir ex constitutione el diverso papel que han de jugar en el sistema de fuentes en materia funcionarial la ley y el reglamento. Así, y sin desconocer la necesidad de la intervención legislativa cuando así lo exija el interés público, cabría postular la autolimitación de ley, de suerte que ésta deje un espacio vital de regulación a la contratación colectiva en algunas fases o

¹⁰². Así, RODRIGUEZ PIÑERO, M., "Dualismo representativo en el empleo público", R.L., núm. 18, 1.987, pág. 1.

institutos de la relación de servicio del funcionario, anteriormente regulados por la ley.

Este planteamiento no debe llevar, sin embargo, a entender que la ley es asimilable a un reglamento negociado¹⁰³. Tal criterio no es sostenible, pues la participación de los funcionarios puede llenar el hueco de lo discrecional, pero no convertirse en una técnica que altere el sistema de fuentes, y por tanto la primacía del Parlamento. No es, pues, de recibo el intento de salvar la existencia de una remisión genérica e inconstitucional por el hecho de tratarse de un reglamento que ha sido negociado con los sindicatos. Además, debe tenerse en cuenta que, si no se llega a un acuerdo en la negociación o el Acuerdo no alcanza la aprobación expresa y formal, la Administración recupera la posición de supremacía que inicialmente había cedido y regula unilateralmente la materia, lo que supondría una discrecionalidad muy superior.

68. El segundo punto de referencia para fijar el margen de discrecionalidad del legislador al actuar en el marco de la reserva legal es el análisis de la Constitución. Se trata de analizar el contenido obligado de la ley a partir del texto constitucional. La Constitución contempla dos tipos de reserva de ley. La reserva

¹⁰³. En este sentido, TORNOS MAS, J., "La relación..", cit., pág. 502, afirma que la ley no es asimilable a un reglamento de elaboración participada.

La organización

ordinaria acogida en primer lugar en el art. 53.1, pero también existente en reservas concretas remitidas a toda una serie de preceptos (verbigracia, el art. 103.3 C.E.). El segundo modelo es la reserva cualificada o reforzada, reconocida en el art. 81.1 C.E. Estas reservas tienen un denominador en común: la existencia de unas esferas que han de ser desarrolladas por ley. Sin embargo, la intensidad de este desarrollo varía, incluso dentro de la reserva ordinaria.

69. La aplicación del criterio que se acaba de exponer a la materia funcional constitucionalizada arroja el siguiente balance: a) En su condición de derechos fundamentales, los derechos de huelga y de libertad sindical, así como los anejos a este último están vinculados por las reservas de los art. 81.1 y 53.1 C.E.; b) los derechos cívicos de contenido funcional, en cambio, sólo están sometidos a reserva de ley ordinaria establecida en el art. 103.3 C.E. El grado o intensidad con que la ley debe regular los aspectos individuales y colectivos de la materia funcional es, por tanto, distinto en cada caso.

A) Relaciones individuales de trabajo.

70. En materia funcional, la reserva legal más importantes es la instituida en el art. art. 103.3 C.E., conforme al cual "la

La organización

ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos". Dada la ubicación y la estructura del citado precepto, esta reserva legal es encuadrable en el modelo de reserva de carácter relativo¹⁰⁴. En este caso, la ley debe fijar los objetivos, el procedimiento y la organización, pero se estima oportuno que el ejecutivo colabore con su poder de reglamentación decidiendo las medidas concretas de actuación, introduciendo su opinión sobre el tema en asuntos que afectan a terceros. La ley puede limitarse en su extensión y contener amplias remisiones, ya que la actuación de la Administración se considera imprescindible y no solamente al nivel de ejecución material. Ahora bien, esta amplia remisión no puede llegar a ser una remisión en blanco, pues la reserva legal lo impide.

71. En cualquier caso, debe estarse al supuesto concreto para enjuiciar el contenido mínimo que la Constitución exige al Parlamento y, por lo tanto, la decisión final corresponde al Tribunal Constitucional. Por ello, y dejando a un lado los distintos planteamientos doctrinales, es preciso prestar atención a lo dicho por el Tribunal Constitucional al respecto. Y, en este sentido, hay que indicar que la tesis ha sido igualmente acogida por éste. Y así, en su sentencia 99/1.987, señala que: "esta

¹⁰⁴. La doctrina científica es unánime al respecto. Ver, por todos, BAENA DEL ALCAZAR, M., op. ult. cit., pág. 73.

La organización

materia queda, así, sustraída a la normación reglamentaria, más no en el sentido de que la disposiciones del Gobierno no puedan, cuando así lo requiera la Ley, colaborar con ésta para complementar o particularizar, en aspectos instrumentales y con la debida sujeción, la ordenación legal de la materia reservada, pues esta colaboración que, en términos de política legislativa, habrá de resultar pertinente en muchos casos, no será contradictoria con el dictado de la Constitución cuando la remisión al reglamento lo sea, estrictamente, para desarrollar y complementar una previa determinación legislativa"¹⁰⁵.

Pero tras efectuar esta precisa delimitación, las consideraciones del Tribunal Constitucional se dirigen a evitar la inadecuada invasión de la norma legal por el instrumento reglamentario. Así, dirá que "en este ámbito, por lo tanto, habrá de ser sólo la Ley la fuente introductora de las normas reclamadas por la Constitución, con la consecuencia de que la potestad reglamentaria no podrá desplegarse aquí innovando o sustituyendo a la disciplina legislativa, no siéndole tampoco posible al legislador disponer de la reserva misma a través de remisiones incondicionadas o carentes de límites ciertos y estrictos, pues ello entrañaría un desapoderamiento del Parlamento en favor de la

¹⁰⁵. S.T.C.O. 99/1.987, de 11 de junio, f.j. n°3.

La organización

potestad reglamentaria que será contrario a la norma constitucional creadora de la reserva¹⁰⁶. A continuación, el Tribunal Constitucional entra a enjuiciar el contenido de las remisiones legales de la L.M.R.F.P. al reglamento y las declara insuficientes cuando se trata de regular las materias estrictamente funcionariales, y suficiente cuando se trata de materias organizativas con incidencia en el ámbito funcional. En este caso, al estar estas materias directamente conectadas con la facultad de autoorganización de la Administración, el protagonismo de ésta debe ser más amplio. Por otra parte, también acepta un mayor espacio de desenvolvimiento de la Administración en la regulación de aquellos ambitos materiales funcionariales sujetos a rápidas mudanzas o que no pueden ser regulados por ley debido a la particularidad y el casuismo de los problemas. Bien entendido que estas autorizaciones legislativas no podrán remitir íntegramente al Gobierno, o sin límites materiales bastantes, la regulación de tales extremos.

B) Las relaciones colectivas de trabajo.

72. El derecho a la libertad sindical, derecho matriz en torno al cual se articula todo el derecho colectivo de trabajadores

¹⁰⁶. S.T.C.O. 99/1.987, de 11 de junio, f.j. nº. 3.

y funcionarios, y el derecho de huelga, dada su condición de derechos fundamentales, están vinculados por las reservas de ley de los arts. 53.1 y 81.1 C.E. Como la intensidad del desarrollo legal varía en cada una de ellas es necesario un estudio separado de las mismas¹⁰⁷.

a) La reserva de ley orgánica.

73. La delimitación del alcance vertical de la reserva de ley orgánica establecida en el art. 81.1 en relación con los derechos fundamentales depende del alcance del término "desarrollo". Esta expresión es susceptible de dos interpretaciones: una amplia conforme a la cual la reserva de ley orgánica se extiende a la totalidad del derecho. De aceptarse este planteamiento, habría que rechazar de plano cualquier posibilidad de incursión por parte de los Reglamentos y, por ende, de los Pactos y Acuerdos en la regulación de la materia sindical.

Sin embargo, la expresión "desarrollo" hay que entenderla en un sentido restringido. La reserva de ley orgánica en una materia sindical no puede ser entendida de forma tan rígida que obligue a que cualquier tipo de aspecto, por muy nimio que sea, en tanto que

¹⁰⁷. En cuanto a este tema nos remitimos al trabajo de GARCIA MACHO, R., op. cit., págs. 120 y ss.

La organización

se encuentre conectado con este derecho fundamental deba contemplarse a través de ley orgánica. El desarrollo debe alcanzar a lo que sea complemento indispensable para conseguir la plena efectividad del derecho, no a la totalidad del mismo. El propio Tribunal Constitucional ha mantenido en repetidas ocasiones que la reserva de ley orgánica debe ser interpretada en un sentido restrictivo. Así, en la sentencia 6/1.982, de 22 de febrero, en el fundamento jurídico sexto, afirma que: "{...} el artículo 81.1 C.E. se refiere al desarrollo directo de los derechos fundamentales, pues este artículo y las otras muchas alusiones de la Constitución al instrumento de la ley orgánica en materia concreta, que, como se ha dicho, convierte a las Cortes en constituyente permanente, no puede extremarse, con los importantes problemas de consenso interno que conlleva, al punto de convertir el ordenamiento jurídico interno en una mayoría de leyes orgánicas, ya que es difícil concebir una materia que no tenga conexión, al menos remota, con un derecho fundamental".

Una nueva perspectiva en la que se concreta la expresión desarrollo la ofrecía el Tribunal Constitucional en su sentencia 77/1.985, de 27 de junio. En ella el citado tribunal equipara desarrollo con el objeto mismo reservado, o sea con el núcleo del derecho fundamental que necesariamente tiene que ser desarrollado por ley orgánica.

La organización

74. Este ámbito reservado a la ley orgánica que, como se ha visto no es siempre la totalidad de la materia, ha de ser regulado por ley orgánica, sin que sea posible la remisión al Reglamento. En este sentido, conviene recordar que tales materias están excluidas de la delegación recepticia (arts. 82.1 y 81 C.E.), lo que evidencia la pretensión de que su regulación completa de fondo -y no simplemente los criterios básicos a través de la delegación por medio de una ley de bases, que excluye- sea objeto de ley, y de una ley orgánica. Así pues, si la Constitución excluye la delegación recepticia y la legislación delegada, en que la potestad normativa del Gobierno está sometida a límites muy estrictos por los arts. 82 y 83 de la C.E., con mayor razón habrá que entenderse excluida la posibilidad de que la ley orgánica habilite al Gobierno para que la desarrolle, ya sea unilateralmente o con la cooperación sindical.

Ahora bien, aquello que no sea parte esencial si puede ser remitido al reglamento como precisamente establece el Tribunal Constitucional, al decir que: "la remisión al reglamento no será, sólo por ello, inconstitucional, y hasta ha de decirse que esa misma remisión resultará, en muchos casos, debida u obligada por la naturaleza de las cosas, pues no hay ley en la que se pueda dar entrada a todos los problemas imaginables, muchos de los cuales podrán tener solución particular y derivada en normas

La organización

reglamentarias"¹⁰⁸. De este modo, el tribunal considera que la remisión al reglamento es necesaria en determinados ámbitos que no pueden ser regulados por ley debido a la particularidad de los problemas y que sin embargo es idónea la intervención del reglamento.

b) La reserva de ley ordinaria.

75. Ahora bien, lo anterior no significa que todo aquello que no sea parte esencial pueda ser remitido sin más al reglamento y, por ende, a la negociación colectiva. La ley orgánica no agota la totalidad del espacio reservado a la ley en la regulación de la libertad sindical. Recuérdese que esta materia también está sometida a la reserva de ley ordinaria establecida en el art. 53.1. Distinto de aquel "desarrollo" directo, es la regulación que incide sobre el "ejercicio de tales derechos y libertades" que es lo que el art. 53 reserva a la ley: "sólo por ley" puede realizarse tal regulación, lo que debe entenderse en el sentido de cualquier regulación que ataña, de cualquier manera, al ejercicio de los derechos fundamentales y, en concreto, en términos más amplios al "libre desarrollo de la personalidad" (art. 10.1) que dichos derechos garantizan. De este modo, la remisión a la autonomía

¹⁰⁸. S.T.C.O. 77/1.985, de 27 de junio, f.j. nº. 14.

colectiva para que regule determinados elementos o aspectos de los derechos fundamentales de libertad sindical y de huelga sólo será posible en la medida en que tampoco estén reservados a la ley ordinaria ni hayan sido objeto de reserva formal.

Así pues, la cuestión a plantear es ésta: ¿cuál es el exacto contenido que la reserva legal impone al legislador en materia sindical?. La reserva de ley ordinaria contenida en el art. 53.1 que afecta a los derechos fundamentales, plantea la dificultad de establecer el alcance de la expresión "sólo por ley". La cuestión que se discute es si esa expresión significa que únicamente la ley puede regular y desarrollar los derechos y libertades del Capítulo segundo del Tít. I. La doctrina se muestra dividida y mantiene diversas posiciones. Una parte de la doctrina considera que los derechos regulados por el art. 53.1 únicamente pueden ser desarrollados por ley, sin que sea posible la intervención del reglamento en tales materias. Otra doctrina menos restrictiva de la capacidad de actuación del reglamento, entiende que éste puede regular cuestiones de detalle o de mera ejecución. Formalmente, la posición doctrinal más adecuada mantiene la tesis de que la regulación básica de los derechos y libertades corresponde a la ley; de forma tal que el reglamento tiene una función de complemento instrumental. La ley ha de abordar por si misma, si ha de observar el mandato constitucional, el núcleo esencial de dicha

La organización

regulación, de modo que la remisión que pueda hacer a un reglamento no implique una abdicación de regulación de dicho núcleo, o de sus criterios básicos, sino un verdadero complemento organizativo y procedimental, por de pronto y también, ya respecto a la ordenación material, en aquellos aspectos en que pueda requerirse una apreciación técnica o de circunstancias concretas variable que convenga separar de la regulación abstracta propia de la ley. En cualquier caso, la remisión debe contener una expresión de contenido delimitado y, cuando suponga entregar a la decisión reglamentaria regulaciones de fondo, la enunciación de los criterios y principios con los cuales puede llegarse a ella; no será válida, pues, la emanación de una ley de habilitación que entrará plenos poderes al ejecutivo, que sería más bien una simple deslegalización que una remisión.

2. Autonómica.

76. Por los que se refiere a la materia organizativa, hay que indicar que, aunque el art. 103.2 de la Constitución menciona expresamente a la Administración del Estado, es aplicable a todas las Administraciones Públicas y, entre ellas, a las autonómicas¹⁰⁹. De este modo, y sin perjuicio de que los diferentes Estatutos de

¹⁰⁹. Así, ALVAREZ RICO, M., op. cit., págs. 40 y ss.

La organización

autonomía establezcan o no una reserva legal en materia organizativa, existe una reserva legal de carácter relativo en este ámbito material. Por lo tanto, hay que estar a las leyes de Gobierno y Administración de las respectivas C.C.A.A. para delimitar el marco concreto dentro del cual ha de desarrollarse la potestad organizatoria de las C.C.A.A.

77. Por lo que se refiere a la Función Pública, hay que indicar que la reserva legal establecida en el art. 103.3 de la Constitución traslada sus efectos al ámbito ordinamental de las C.C.A.A.¹¹⁰. En efecto, esta concreta previsión constitucional de reserva material a la Ley no puede resolverse atribuyendo sin más su cumplimiento a la ley estatal, sino conectando este principio con otro que la propia Constitución establece; en concreto con los criterios utilizados para distribuir las competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas¹¹¹. Así, el desarrollo normativo de las competencias o materias encomendadas a las Comunidades Autónomas habrá de tener lugar por ley en el supuesto de que queden afectados ámbitos reservados a la ley. Además, debe tenerse en cuenta que los Estatutos reservan, generalmente, a la ley la

¹¹⁰. Ver, por todos, MARTIN PUEBLA, E. "Trabajadores al servicio de la Administración", R.L., núm. 1, 1.990, pág. 18.

¹¹¹. Sobre este tema ver, por todos, ESCUIN PALOP, C., op. cit., págs. 76 y ss; BASSOLS COMA, M., "Las diversas manifestaciones de la potestad reglamentaria en la Constitución", en A.A.V.V., La Constitución y la fuentes del Derecho, Vol. I, Madrid, 1.979, págs. 380 y ss.

regulación de la Función Pública de su respectiva Comunidad Autónoma y acogen sin matices el reflejo del principio de reserva legal tal y como juega en el ordenamiento estatal, en el ordenamiento propio de la respectiva Comunidad Autónoma. De este modo, la relación reglamento-ley autonómica es una traducción de la relación reglamento-ley estatal.

3. Local.

73. El planteamiento anterior quiebra en el ámbito local, ya que los entes locales sólo están dotados de potestad reglamentaria, normativa o de Ordenanza de carácter secundario.

CAPITULO II

LA FUNCION PUBLICA.

1. Una vez analizado el tema referente al reparto de poderes normativos entre el Estado, las C.C.A.A. y las E.E.L.L. y entre los órganos con potestad normativa dentro de cada una de estas esferas, nos corresponde ahora estudiar la Función Pública estatal, autonómica y local. El tema plantea varias cuestiones y, singularmente, las siguientes: 1ª) La legislación aplicable en materia funcionarial; 2ª) La distribución de competencias entre los órganos administrativos en materia de personal; y 3ª) La estructura de la Función Pública.

I. ADMINISTRACION DEL ESTADO.

1. La legislación estatal en materia de Función Pública.

2. De acuerdo con el art. 103.3 de la Constitución "la Ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos", de modo que el constituyente se inclina claramente en favor de un sistema

estatutario general¹²⁷. Hay una respuesta general indudable, un planteamiento de conjunto, de lo que testimonia, además del mencionado art. 103.3, la exigencia del art. 149.18, donde se dispone que corresponde a los los poderes centrales establecer las bases "del régimen estatutario de sus funcionarios".

3. Pero junto a la solución tipo, la Constitución también ofrece respuestas sectoriales específicas que, obviamente, van a perseguir especialidades¹²⁸. En efecto, el constituyente se refiere expresa y separadamente a un "estatuto" peculiar y específico para diversas categorías funcionariales. Tal es el caso de los miembros de las Fuerzas Armadas, a la vista de las mismas características funcionales que a éstos encomienda el art. 8. Otra mención constitucional a lo estatutario se contiene en los arts. 122.1 y 124.2, a tenor de los cuales la Ley Orgánica del Poder Judicial determinará "el estatuto jurídico de los Jueces, Magistrados {...} y del personal al servicio de la Administración de Justicia" y "la ley regulará el estatuto orgánico del Ministerio Fiscal". Siguiendo con la exposición, el art. 104 de la Constitución, dedicado a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad reclama, en su párrafo segundo, que una ley orgánica determine las funciones, principios básicos de

¹²⁷. Véase LORENZO MARTIN-RETORTILLO BAQUER, "El Estatuto de los Policías según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", R.E.D.A., núm. 61, 1.989, págs. 97 y ss.

¹²⁸. Vid. LORENZO MARTIN-RETORTILLO BAQUER, op. cit., pág. 98.

actuación y estatutos -en plural, queriendo marcar las diferencias- de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Viniendo ahora al ámbito parlamentario, el art. 72.2 prevé que las Cámaras -es decir, el Congreso y el Senado-, "de común acuerdo, regulan el Estatuto del Personal de las Cortes Generales". Finalmente, habría que añadir que, aunque no se hallan otras menciones expresas, las especialidades que la propia Constitución predica para determinadas categorías de funcionarios, implican que éstos están inmersos en un determinado estatuto específico¹²⁹.

4. En fin, la Constitución reclama un estatuto de aplicabilidad general a todos los funcionarios y unos estatutos específicos para determinadas categorías funcionariales, que ofrecerán así un conjunto de especialidades y reglas diferentes. Ahora bien, todas estas especialidades del derecho positivo, en más o en menos, ya sean de ventaja o de desfavor, han de tener claro encaje constitucional¹³⁰. El problema puede surgir porque con frecuencia hay que apoyarse en conceptos vagos y difusos, de suerte que el juicio de validez constitucional no puede hacerse de manera brusca y simplista.

¹²⁹. Así, ocurre, por ejemplo, con los funcionarios a los que el art. 20.1.c) les garantiza el derecho a la libertad de cátedra.

¹³⁰. LORENZO MARTIN-RETORTILLO BAQUER, op. cit., pág. 100.

5. El legislador, en cumplimiento de las previsiones constitucionales, ha puesto en vigor un estatuto general y varios estatutos específicos para las categorías funcionariales citadas. Se trata de una serie de estatutos, formal y materialmente, separados del general¹³¹. No obstante, este último, como se ve a continuación, tiene carácter supletorio para todo el personal al servicio del Estado y de la Administración Pública no comprendidos en él y, por tanto, también para los funcionarios antes citados.

6. Centrando la exposición en el "estatuto general", ya que es el aplicable a los funcionarios incluidos en el ámbito de aplicación de la L.O.R.A.P., hay que indicar que el legislador no ha cumplido de una forma global y sistemática, el mandato formulado en el art. 103.3. Este Estatuto se contiene en diversas disposiciones legales, fundamentalmente, las siguientes: 1ª) La ley de Funcionarios Civiles del Estado, aprobada por Decreto Legislativo 315/1.965, de 7 de febrero (L.F.C.E.); 2ª) La Ley 30/1.984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, modificada por la Ley 23/1.988, de 28 de julio; 3ª) La Ley 53/1.984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas (L.I.); 4ª) La L.O.L.I.S. y la L.O.R.A.P.; 5ª) Las Leyes de Presupuestos; y 6ª) El Real

¹³¹. Así, la Ley Orgánica del Poder Judicial (Ley 6/1.985, de 1 de julio), el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (Ley 50/1.981, de 30 de diciembre), la Ley Orgánica sobre Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (Ley 2/1.986, de 13 de marzo) y el Estatuto del Personal de las Cortes Generales de 26 de junio de 1.989.

La organización

Decreto Legislativo 670/1.987, de 30 de abril, que aprobó el texto Refundido de la Ley de Clases Pasivas.

Estas leyes han sido desarrolladas por diferentes disposiciones reglamentarias. Cabe destacar, especialmente, las siguientes: el R.D. 2.169/1.984, de 28 de noviembre, de competencias en materia de personal; el Reglamento General de ingreso del personal al servicio de la Administración del Estado (R.D. 2.223/1.984, de 19 de diciembre); el Reglamento General de Provisión de puestos de trabajo de la Administración del Estado (R.D. 28/1.990, de 15 de enero); Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado (R.D. 33/1.986, de 10 de enero); Reglamento de Situaciones Administrativas de los Funcionarios de la Administración del Estado (R.D. 730/1.986, de 11 de abril), y el R.D. 598/1.985, de 30 de abril, que desarrolla la ley 53/1.984, de Incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas.

7. Como ha quedado dicho, estas disposiciones legales contienen el estatuto general aplicable a los funcionarios públicos. Sin embargo, hay que tener en cuenta que diversas leyes sectoriales han establecido un régimen jurídico funcional peculiar y específico para determinados sectores de la Función Pública; régimen que, integrado en el general, se adapta a las

La organización

peculiaridades de sus funciones y tareas. Esto ocurre con la Ley Orgánica 1/1.990, de 3 de octubre, sobre Ordenación General del Sistema Educativo (L.O.G.S.E.), que, en sus disposiciones adicionales, novena a decimosexta, establece las normas, que junto con las recogidas en la L.M.R.F.P., constituyen el régimen estatutario de los funcionarios públicos docentes de los Centros de enseñanza no universitaria. También es el caso de la Ley Orgánica 11/1.983, de 25 de agosto, de Reforma universitaria (L.R.U.), que, en sus arts. 33 y ss, establece el régimen estatutario para la función docente universitaria y para el personal de Administración y Servicios de la Universidades. Por último, hay que tener en cuenta que la Ley 14/1.986, de 25 de abril, General de Sanidad (L.G.S.), remite, en su art. 84, a un "Estatuto-Marco" la regulación del régimen estatutario aplicable al personal sanitario y no sanitario al servicio de las Instituciones Sanitarias Públicas.

8. Así pues, existen dos ordenaciones: una, de carácter general; y, otra, circunscrita a determinados sectores de la Función Pública, que, integrada en la general, ofrece un conjunto de especialidades y reglas diferentes. Ambas guardan entre si la característica relación del Derecho general y el especial.

9. A este respecto, los puntos que van a centrar el análisis

que sigue son, básicamente, los siguientes: en primer lugar, determinar el alcance básico de esta normativa; en segundo lugar, dilucidar el alcance normativo de estas leyes en cuanto a los funcionarios de la Administración del Estado.

1.1. El alcance básico de la legislación estatal.

10. El análisis de estas disposiciones legales exige que abordemos, si quiera sea sumariamente, su incardinación en el complicado entramado de la distribución competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Estas normas tienen, parcialmente, la condición de normas básicas en el sentido previsto en el art. 149.1.18 de la Constitución y, en consecuencia, son de aplicación para todas las Administraciones Públicas. Se trata de leyes mixtas, pues contienen la normativa básica de aplicación general y un texto de aplicación directa en la Administración del Estado y supletoria en las C.C.A.A., en defecto de desarrollo normativo.

11. Ahora bien, estas disposiciones contienen un régimen provisional. Se trata, en suma, de unas "bases coyunturales". Circunstancia que, si bien no comporta su inconstitucionalidad, no deja de suponer, ya de entrada, un motivo de crítica¹³².

¹³². Así, ENTRENA CUESTA, R., Curso de..., cit., pág. 327.

12. Dicho lo cual, pasaremos a realizar el examen concreto de los preceptos que tienen o se les ha atribuido la condición de básico. En esta línea, comencemos por señalar la diferencia que existe entre la L.F.C.E. y el resto de las disposiciones legales antecitadas en cuanto a la declaración de su carácter básico. Mientras la L.F.C.E., obviamente, no contiene una declaración expresa en torno a la consideración de básica de ninguno de sus preceptos, las otras declaran expresamente qué preceptos tienen tal carácter. Por ello, en el primer caso el único camino para dejar espacio a la potestad normativa autonómica es el de distinguir dentro de la regulación legal los preceptos que, por regular los aspectos materiales de interés general, han de mantenerse como preceptos de vigencia nacional y uniforme, y el resto de los preceptos, que admiten fácilmente ser sustituidos por las políticas legislativas territoriales¹³³.

1.1.1. Los preceptos de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 7 de febrero de 1.964 básicos por su naturaleza.

13. Los preceptos de la L.F.C.E. que, por su propia naturaleza, han de considerarse básicos son los siguientes¹³⁴:

¹³³. Así, PALOMAR OLMEDA, A., Derecho de la Función Pública, Régimen jurídico de los Funcionarios públicos, Madrid, 1.990, pág. 135.

¹³⁴. PALOMAR OLMEDA, A., Derecho..., cit., págs. 135 y ss realiza la clasificación que sigue.

La organización

1º - definición de la condición de funcionario público (art.1);
2º- clasificiación de los funcionarios públicos (arts. 3.4 y 5.2);
3º- selección de funcionarios (arts. 29, 30 y 32); 4º-
perfeccionamiento (art. 33); 5º- adquisición y pérdida de la
condición de funcionario (arts. 36, 37 y 38); 6º- situaciones
(arts. 40, 41, 44, 47, 48, 49, 50 y 51); 7º- permuta (art. 62); 8º-
derechos de los funcionarios (arts. 63, 67.2, 68, 69, 71, 72, 73 y
74); 9º- derechos honoríficos (art. 63.1); 10º- derechos al cargo
y a la inamovilidad (art. 63.2); 11º- derecho a la Seguridad Social
(art. 67.2); 12º- derecho a vacaciones, permisos y licencias (arts.
68, 69, 71, 72, 73 y 74); 13º- deberes de los funcionarios (arts.
76, 77, 78, 79, 80 y 81); 14º- régimen disciplinario (Faltas: arts.
87, 89 y 90;sanciones: arts. 91, 92 y 93); 15º- reglas generales de
los funcionarios de empleo (arts. 102, 104 y 105).

1.1.2. Los preceptos de la Ley 30/1.984 y de la Ley 23/1.988
expresamente declarados básicos.

14. Los preceptos de la L.M.R.F.P. expresamente declarados
básicos son susceptibles de ser encuadrados en la siguiente
clasificación:

1º) Organización administrativa.

La organización

En lo tocante a la organización administrativa de la Función Pública la declaración de precepto básico afecta, en primer lugar, a la definición de las facultades del Gobierno en la materia entre las cuales se le atribuye (art. 3.2.e) y 1) las siguientes: 1º- aprobar, previa deliberación del Consejo Superior de la Función Pública, los criterios para coordinar la programación de las necesidades de personal a medio y largo plazo de las Administraciones Públicas.; 2º- aprobar, previa deliberación del Consejo Superior de la Función Pública, los criterios de coordinación de los planes de oferta de empleo de las Administraciones Públicas.

En segundo lugar, el carácter de legislación básica alcanza a los órganos de gestión de la Función Pública creados o asumidos por la L.M.R.F.P., esto es: 1º- el Consejo Superior de la Función Pública como órgano superior colegiado de coordinación y consulta (art. 6); y a su composición (art. 7); 2º- la Comisión de Coordinación de la Función Pública, como órgano encargado de coordinar la política de personal con las Comunidades Autónomas (art. 8).

2º) Ordenación de la Función Pública autonómica.

Las medidas de ordenación de la Función Pública autonómica

alcanzan principiamente a dos cuestiones, a saber:

1º- La necesidad de que cada Comunidad Autónoma dicte una ley, por su respectiva Asamblea, que regule su propio régimen de Función Pública, con sujeción a las bases de carácter estatal. Se prevé expresamente que los funcionarios deben ser agrupados en algunos de los grupos a los que alude el art. 25 de la L.M.R.F.P.

2º- La regulación de la situación de los funcionarios transferidos. En síntesis, dicha regulación puede resumirse en los siguientes puntos: los funcionarios transferidos se integran, plenamente, en la organización de la Función Pública de las C.C.A.A., respetándose en esta integración el grupo al que perteneciesen y la totalidad de derechos económicos, incluido el grado personal; la integración en la Función Pública autonómica se produce en condiciones de igualdad con los funcionarios propios de la misma, en la situación administrativa de servicio activo y quedando en el Cuerpo o Escala de origen en la situación de servicios en Comunidad Autónoma, que les permite mantener en el mismo todos los derechos como si estuviesen en situación de activo (art. 12).

3º) Ordenación general del personal.

La organización

Las medidas de carácter general para la ordenación del personal a las que expresamente se les atribuye el carácter de normas básicas afectan a las siguientes cuestiones: 1º- Registros administrativos de personal (art. 13. 2 y 3); 2º- dotaciones presupuestarias (art. 14. 4 y 5); 3º- relaciones de puestos de trabajo (art. 16); 4º- movilidad de los funcionarios (art. 17); 5º- Oferta de empleo público (art. 18).

4º) Bases en la configuración del estatuto de los funcionarios públicos.

En lo que hace referencia al estatuto de los funcionarios públicos la declaración de preceptos básicos alcanza a las siguientes cuestiones: 1º- selección (art. 19.1); 2º- provisión de puestos de trabajo (art. 20); 3º- promoción profesional (art. 21); 4º- promoción interna (art. 22); 5º- conceptos retributivos y su cuantificación (arts. 23 y 24); 6º- clasificación de los cuerpos y escalas en grupos (art. 25); 7º- adscripción de funciones a los cuerpos y escalas (art. 26); 8º- situaciones administrativas (art. 29 y disposición transitoria segunda); 9º- régimen disciplinario (art. 31); 10º- régimen de Seguridad Social (art. 32 y disposición adicional tercera 2.3); 11º- jubilación forzosa (art. 33 y disposición transitoria novena).

La organización

5ª) Otras disposiciones de carácter básico.

- Prohibición de la contratación administrativa (Disposición Adicional Cuarta).

- Retribuciones en caso de huelga (Disposición Adicional Decimosegunda).

- Refunción y reordenación de los Cuerpos docentes (Disposición Adicional Decimoquinta).

1.1.3. Preceptos básicos en diversas leyes generales relativas a la Función Pública.

15. Se incluyen en este apartado las declaraciones como normas básicas de diversos preceptos contenidos en las Leyes de Incompatibilidades y en la L.O.R.A.P., que, por su carácter postconstitucional, debían necesariamente cumplir con la exigencia de aquella declaración.

A) Ley 53/1.984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades.

16. La Disposición Final Primera de la Ley declara básica la totalidad de la normativa incluida en la Ley, con tres únicas excepciones (art. 17.1 - facultades de los órganos de la Administración Central-; Disposición Adicional Quinta, relativa al

funcionamiento y adaptación de la Ley a la Guardia Civil; y Disposición Transitoria Séptima, sobre la compatibilidad de los Médicos del Registro Civil).

2º) La Ley 9/1.987, de 12 de mayo, de Organos de Representación, Determinación de las condiciones de trabajo y Participación del Personal al servicio de las Administraciones Públicas.

17. Al haberse ya estudiado este tema en el título anterior, valen aquí las consideraciones que allí hicimos sobre el alcance básico de la L.M.R.F.P.

1.1.4. Preceptos básicos en diversas leyes sectoriales.

18. Se incluyen en esta apartado las normas básicas contenidas en diversas leyes sectoriales, que establecen un estatuto peculiar para determinados sectores de la Función Pública.

A) La Ley Orgánica 1/1.990, de 3 de octubre, sobre Ordenación General del Sistema Educativo.

19. La L.O.G.S.E., en sus disposiciones adicionales novena a decimosexta, establece las bases para el ingreso, la movilidad

La organización

entre los Cuerpos docentes y la adquisición de la condición de catedrático que, juntamente con la reguladas en esa ley para la reordenación de los Cuerpos y Escalas, y la provisión de puestos de trabajo mediante concurso de traslados de ámbito nacional, y las recogidas en la L.M.R.F.P., constituyen las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos docentes de los centros de enseñanza no universitaria. Asimismo, autoriza al Gobierno para su desarrollo reglamentario en aquellos aspectos que sean necesarios para garantizar el marco común básico de la Función Pública docente.

B) La Ley Orgánica 11/1.983, de 25 de agosto, de Reforma Universitaria.

20. La L.R.U., en sus títulos V y VI, dedicados respectivamente al profesorado y al personal de Administración y Servicios de las Universidades, establece las bases de un nuevo régimen jurídico para los mismos.

C) La Ley 14/1.986, de 25 de abril, General de Sanidad.

21. El art. 84.1 y 2 de esta Ley señala que el Gobierno debe aprobar el "Estatuto-Marco", que contendrá la normativa básica a la que las Comunidades Autónomas deberán ajustarse, sin perjuicio de

La organización

que la selección y su gestión y administración se haga por las respectivas Administraciones, en las siguientes materias: 1º- clasificación, selección, provisión de puestos de trabajo y situaciones administrativas; 2º- derechos, deberes, régimen disciplinario, incompatibilidades y sistema retributivo.

22. A la vista de lo expuesto y como conclusión, pueden realizarse las siguientes reflexiones:

1º) Los preceptos básicos son numerosos y minuciosos, lo que evidencia un afán de homogeneización que deja escaso margen a la competencia normativa de las Comunidades Autónomas¹³⁵.

2º) Llama la atención, en segundo lugar, el esfuerzo por conseguir la coordinación en la política de las Administraciones Públicas en materia de Función Pública. Concretado, aparte de en el establecimiento de las bases, en la regulación de los órganos superiores de la Función Pública.

1.2. El alcance normativo de la legislación estatal.

¹³⁵. Así, por ejemplo, más del 50 por 100 de las disposiciones de la L.M.R.F.P. tienen esta naturaleza. Así, se consideran aplicables al personal de todas las Administraciones, un total de 24 artículos de los 33 que tiene esta ley, además de cuatro disposiciones adicionales y tres disposiciones transitorias. Destacan ente rasgo de la normativa estatal, entre otros, CAMARA DEL PORTILLO. D., "La Función...", cit., pág. 107; CARRASCO CANALS, "El Régimen de la Función Pública española", en A.A.V.V., "Gobierno y Administración en la Constitución, Vol. I, Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1.988, pág. 370; ENTRENA CUESTA, R., Curso..., cit., pág. 317.

La organización

22. Delimitado el alcance básico de estas leyes, nos corresponde ahora realizar el examen concreto de su alcance normativo en cuanto a los funcionarios de la Administración del Estado. En esta línea, hay que significar que estas disposiciones legales tienen un ámbito de aplicación diferente.

1.2.1. La Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 7 de febrero de 1.964.

23. La L.F.C.E. es aplicable a los funcionarios de la Administración Civil del Estado, que deberán regirse por la misma, sin perjuicio de las normas especiales que les resulten de aplicación (art. 2.2)¹³⁶.

Ahora bien, el párrafo segundo del art. 2º declara expresamente excluidos a:

- a) Los funcionarios de la Administración de Justicia.
- b) Los funcionarios de los Organismos Autónomos, que se rigen por su Estatuto propio¹³⁷.

¹³⁶. Sobre el alcance normativo de esta ley en cuanto a los funcionarios de la Administración del Estado veáanse BARRACHINA JUAN, E., La Función Pública, J., Su ordenamineto jurídico, Parte General I, Madrid, 1.991, págs. 192 y ss; PALOMAR OLMEDA, A., Derecho..., cit., págs. 95 y ss.

¹³⁷. Cada Organismo Autónomo disponía de un personal propio, con cuerpos de funcionarios distintos de los de la Administración del Estado y de los demás Organismos Autónomos, incluso de los adscritos o dependientes del mismo Ministerio, con un estatuto específico cada uno de ellos. Estos Estatutos excepcionaban principios

La organización

c) los funcionarios que no perciban sueldos o asignaciones con cargo a las consignaciones de personal de los Presupuestos Generales del Estado.

Asimismo, aunque la Ley no dice nada al respecto, es claro que también quedan excluidos de su aplicación los funcionarios civiles de la Administración Militar y el personal al servicio de la Administración de la Seguridad Social¹³⁸. A ello debemos añadir, que otros sectores de personal al servicio del Estado quedaran fuera de la aplicación total de la Ley, como los militares, los policías, la Guardia Civil y los funcionarios de las Cortes. No obstante, la L.F.C.E. tiene carácter supletorio respecto de todas las disposiciones legales y reglamentarias relativas a los demás funcionarios, cualquiera que sea la clase de éstos y la entidad

sustanciales del Derecho Administrativo en materia de personal. Así, por ejemplo, la autonomía financiera de estos entes les permitía incrementar las retribuciones de los funcionarios por encima de las previsiones legales. Se intentó poner fin a esta situación a través de diversas medidas. Así, en primer lugar, se dió paso a una situación de uniformidad de régimen jurídico con la aprobación de un estatuto de personal para todos los Organismos Autónomos, aprobado por Decreto 2.043/71, de 23 de julio, modificado por nuevos Decretos 3.818/1.973, de 14 de diciembre y 3.476/1.974, de 20 de diciembre. Estatuto que debe considerarse vigente en lo no modificado por la L.M.R.F.P. y las restantes leyes antes mencionadas. A seguidas se impuso la equiparación del sistema retributivo y de régimen jurídico con los funcionarios del Estado (Disp. fin. 3ª del R.D.L. 22/77, de 30 de marzo y el R.D. 1.086/77, de 13 de mayo) y, en último lugar, la regla de la comunicabilidad y unidad de personal de todos los Organismos Autónomos entre sí. Este proceso se culmina con la L.M.R.F.P. Sobre este tema véase BAENA DEL ALCAZAR, M., Curso de Ciencia de la Administración, V.I., Madrid, 1.985, pág. 469; GARCIA DE ENTERRIA, E. y RAMON FERNANDEZ, T., op. cit., pág. 385; PARADA VAZQUEZ, J.R., Derecho ..., cit., págs. 200-201.

¹³⁸. Así, PALOMAR OLMEDA, A., Derecho..., cit., pág. 114. El personal al servicio de la Administración de la Seguridad Social se regía por su estatuto personal distinto al de los funcionarios de la Administración del Estado y de los Organismos Autónomos. Los estatutos de este personal fueron dictados por el M.T.S. (art. 45.2 L.S.S.). Sobre estos estatutos y sus modificaciones véase ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J.L., Instituciones de Seguridad Social, Madrid, 1.988, pág. 378.

La organización

administrativa a la que prestan sus servicios (art. 2.3).

1.2.2. La Ley 30/1.984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública.

24. En cuanto a su ámbito de aplicación la Ley comprende (art. 1.1)¹³⁹:

a) Al personal de la Administración civil del Estado y sus Organismos Autónomos¹⁴⁰.

b) Al personal civil de la Administración Militar y sus Organismos Autónomos.

c) Al personal funcionario de la Administración de la Seguridad Social¹⁴¹

¹³⁹. Sobre el ámbito de aplicación de esta ley véanse BARRACHINA JUAN, E., La Función..., cit., pág. 210; ENTRENA CUESTA, R., Curso..., cit., págs. 329 y ss; PALOMAR OLMEDA, A., Derecho..., cit., pág. 115.

¹⁴⁰. Los funcionarios de los Organismos Autónomos se integran en cuatro escalas de carácter interdepartamental a semejanza de los cuerpos generales de funcionarios de la Administración Civil del Estado (art. 1.1.c) y dispo. adicional 9).

¹⁴¹. Se trata del personal estatutario relacionado en la disposición adicional decimosexta de la L.M.R.F.P. El personal al servicio de la Administración de la Seguridad Social tenía en general lo que la L.S.S., art. 45, llama "carácter estatutario", porque se regulaba por el Ministerio de Trabajo (Estatutos) y no por las normas comunes del funcionariado ni por el E.T. La L.M.R.F.P. los incluye expresamente en su campo de aplicación. A tal efecto autorizó al Gobierno para asimilar y homologar el régimen de este personal con el de la Administración Civil del Estado y sus Organismos Autónomos, respetando su carácter estatutario en tanto se producía la homologación y su consiguiente integración en las correspondientes plantillas de personal a iniciativa del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, previo informe de la Comisión Superior de Personal (disposición adicional 16ª,4). La homologación se llevó a cabo a través del R.D. 2.664/1.986, de 19 de diciembre de 1.986. Desde entonces se rigen por las normas comunes, esto es, la L.M.R.F.P. -que ya les era de aplicación- y la L.F.C.E. (art. 1 R.D. 2.664/86), incluidas las retribuciones fijadas anualmente en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado. Desaparece, así, el antiguo carácter "estatutario" de estos funcionarios y quedan derogados definitivamente

25. Al respecto, pueden hacerse las siguientes observaciones:

1º) En primer lugar, esta disposición legal, a diferencia de la L.F.C.E., que regula, en exclusividad, el régimen jurídico de los funcionarios, refiriéndose una sola vez al personal laboral, de pasada y como algo excepcional, incluye al personal laboral dentro de su ámbito de aplicación. considerándolo como personal normal al servicio de las Administraciones Públicas¹⁴². Y, aún manteniendo la dualidad de regimenes normativos, otorga, no obstante, un tratamiento jurídico paralelo e, incluso, unitario en ciertos aspectos sustanciales de ambas relaciones jurídicas. Sin duda, esta es una de las características más novedosas de esta ley, la de no referirse tan sólo a los funcionarios y resultar de aplicación a eso que ambigualmente se ha denominado "personal al servicio de las Administraciones Públicas".

2º) Llama la atención, en segundo lugar, la generalidad del contenido de la Ley en cuanto a los funcionarios de la Administración del Estado, puesto que no sólo se aplica, a diferencia de la L.F.C.E., a los funcionarios de la Administración

sus estatutos, si bien queda a salvo, transitoriamente, el actual régimen de acción social y de mutualismo complementario (art. 1 R.D. 2.664/1.986).

¹⁴². Ver, por todos, MAIRAL JIMENEZ, M., El derecho constitucional a la igualdad en las relaciones jurídicas de empleo público (un estudio de los problemas jurídicos derivados de la dualidad de regimenes normativos aplicables al personal al servicio de las Administraciones Públicas), 1.990, pág. 18.

La organización

Civil del Estado, sino también a sus Organismos Autónomos, al personal civil de la Administración Militar y sus Organismos Autónomos, y al personal funcionario de la Administración de la Seguridad Social. Ello patentiza el afán del legislador de homogeneizar el estatuto aplicable a los funcionarios de la Administración del Estado¹⁴³.

26. No obstante ello, el legislador, consciente de que algunos sectores de la Función Pública, incluidos en el campo de aplicación de esta disposición legal requieren un régimen funcionarial propio y separado, que, integrado en el general de la Función Pública, tenga autonomía suficiente para poderlo adaptar a las evidentes peculiaridades de sus funciones y tareas, autoriza al Gobierno a dictar normas especiales para adecuarla a las peculiaridades del personal docente e investigador, sanitario, de los servicios postales y de telecomunicaciones (art. 1.2). De todas estas menciones merecen un comentario especial las referentes al personal docente e investigador y sanitario, y ello porque las leyes sectoriales reiteran esta especialidad estatutaria.

27. Dentro del primer grupo queda incluido tanto el personal docente de los centros públicos no universitarios como el personal

¹⁴³. Destacan la orientación homogeneizadora de esta ley, entre otros muchos, ENTRENA CUESTA, R., Curso..., cit., pág. 327; GONZALEZ-HABA GUIADO, V.M^a., "Trayectoria de la reforma de la Función Pública española", R.A.P., núm. 104, 1.984, pág. 465.

La organización

docente e investigador de las Universidades. En relación a los primeros, la propia Ley en su disposición adicional decimoquinta excepciona la aplicación de determinados preceptos en materia de acceso, promoción profesional y promoción interna, al tiempo que remite a una norma con rango de ley la regulación de estas materias y la reordenación de sus Cuerpos y Escalas. Hasta la entrada en vigor de esta normativa específica, la ley dispone la aplicación de determinadas reglas provisionales, de las normas que se dicten en aplicación de lo dispuesto en el apartado 2 del art. 1 y demás disposiciones vigentes en las respectivas materias (apartado 2º de la dispo. adicional 15 L.M.R.F.P.). En esta línea, la L.O.G.S.E., en sus disposiciones adicionales novena a decimosexta, establece las normas para el ingreso, movilidad entre los Cuerpos docentes y la adquisición de la condición de Catedrático, la reordenación de los Cuerpos y Escalas y la provisión de los puestos mediante concurso de traslados de ámbito nacional, que, junto con las recogidas en la L.M.R.F.P., constituyen el régimen estatutario aplicable a los funcionarios docentes de los centros no universitarios.

28. En relación con los segundos, hay que tener en cuenta que tanto los funcionarios de los cuerpos docentes como el personal de

La organización

Administración y Servicios de las Universidades¹⁴⁴ se rigen, según disponen los arts. 44.1 y 49.3 de la L.R.U., "por la presente ley y sus disposiciones de desarrollo", subsidiariamente por la legislación de funcionarios que les sea de aplicación y, en su caso, por las disposiciones de desarrollo de ésta que elaboren las Comunidades Autónomas y por los Estatutos de su Universidad¹⁴⁵. El orden jerárquico normativo establecido en el art. 44.1 de la L.R.U. para el profesorado universitario es completado, como hemos visto, por el art. 1.2 de la L.M.R.F.P., donde se autoriza al Gobierno para dictar en su aplicación normas singulares que la adecuen a las peculiaridades del personal docente e investigador". Parece, pues, claro que es voluntad de la ley y del legislador establecer un régimen funcional propio y separado para el personal funcionario

¹⁴⁴. En cuanto al régimen jurídico de los funcionarios universitarios no docentes, conviene advertir que, si bien a partir de los arts. 49 y 50 L.R.U., parece desprenderse que cada Universidad tiene sus propios Cuerpos de funcionarios, lo cierto es que la L.M.R.F.P. los considera como funcionarios de los Organismos Autónomos del Estado integrados en los correspondientes Cuerpos y Escalas. Sobre el particular ver LOPERENA ROTA, D., "El marco de la autonomía universitaria tras la S.T.C. 26/87, de 27 de febrero", R.V.A.P., núm. 21, 1.988, págs. 123 y ss.

¹⁴⁵. Un supuesto peculiar se da en el caso de los profesores de Facultades de Medicina y Escuelas de Enfermería que desempeñan plazas asistenciales vinculadas en los Hospitales Universitarios. El régimen normativo aplicable a estas plazas vinculadas viene dado, fundamentalmente, por el R.D. 1.558/1.986, de 28 de junio, que establece las Bases generales del régimen de concertos entre las Universidades y las Instituciones Sanitarias y, en su caso, por los concertos o convenios realizados al amparo del mismo para la utilización de las Instituciones Sanitarias en la investigación y la docencia. En la plaza vinculada, a pesar de la existencia de un solo puesto de trabajo, existen dos relaciones profesionales de prestación de servicios (la funcional administrativa con la Universidad y la estatutaria de carácter asistencial con la Seguridad Social), cada una de ellas sometida, salvo las especialidades expresamente previstas (en materia de incompatibilidades y de retribución, sobre todo), a su régimen jurídico específico. Ello determina la aplicabilidad a los profesores que desempeñan plazas vinculadas de la norma referente a funcionarios docentes y también la del Estatuto Jurídico del Personal Médico de la Seguridad Social. Ver la S.T.S. de 16 de mayo de 1.990 y el comentario que sobre la misma realiza DURAN LOPEZ, F., "Las "plazas vinculadas" de los Hospitales Universitarios", R.L., núm. 22, 1.990, págs. 103 y ss.

La organización

al servicio de las Universidades constituido por la L.R.U. y sus reglamentos y otro supletorio y complementario formado por la legislación general.

28. El personal sanitario y no sanitario de las Instituciones Sanitarias Públicas, al igual que el resto del personal al servicio de la Administración de la Seguridad Social, se regía por sus estatutos personales¹⁴⁶. La L.M.R.F.P. los incluye expresamente en su ámbito de aplicación, al tiempo que habilita al Gobierno para que en su desarrollo dicte normas singulares que la adecuen a las peculiaridades de sus funciones y tareas (art. 1.2). Sin embargo, el personal sanitario y no sanitario de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social no aparece incluido entre el personal estatutario relacionado en la disposición adicional decimosexta de la L.M.R.F.P., ni, consecuentemente, entre el personal de esta misma índole que resulta homologado con el de la Administración Civil del Estado¹⁴⁷. Por ello, la disposición transitoria cuarta de la L.M.R.F.P. mantiene el régimen estatutario

¹⁴⁶. Dentro del Personal de las Instituciones Sanitarias hay que distinguir entre: personal médico (Estatuto Jurídico del Personal Médico de la Seguridad Social aprobado por Decreto 3.160/1.966, de 23 de diciembre); personal sanitario no facultativo (Estatuto del Personal auxiliar sanitario titulado y auxiliar de enfermería de la Seguridad Social aprobado por Orden de 26 de abril de 1.973); personal no sanitario (Estatuto del personal no sanitario al servicio de las Instituciones Sanitarias aprobado por Orden Ministerial de 28 de junio de 1.968). Sobre las vicisitudes de estos estatutos véase AYERRA LAZCANO, J.M^a., "El personal estatutario de la Administración de la Seguridad Social", A.L., núm. 45, 1.989, pág. 395-396.

¹⁴⁷. Vid. AYERRA LAZCANO, J. M^a., op. ult. cit., pág. 395 y ss; LOPEZ GANDIA, J., "El personal estatutario y las fuentes de regulación de sus condiciones de trabajo", A.L., núm. 23, 1.990, págs. 268 y ss.

La organización

de este personal, en tanto no se apruebe por el Gobierno su regulación especial. En esta línea, la L.G.S. insiste en que el Gobierno debe aprobar su regulación especial, que parece deberá estar contenida en el "Estatuto-Marco" previsto en su art. 84.1 y 2.

A partir de su entrada en vigor, este personal se regirá por la L.M.R.F.P. y el resto de la legislación funcional vigente (art. 85 L.G.S.), quedando derogados sus estatutos personales, salvo en lo referente a la concreción de las funciones de cada estamento, que se mantendrán como tales (art. 84.2 L.G.S.).

29. Asimismo, quedan fuera de la aplicación de la Ley los siguientes sectores de personal al servicio del Estado: 1º) Los funcionarios de la Administración de justicia; 2º) Los Jueces, Magistrados y Fiscales; 3º) Los miembros de las Fuerzas Armadas, de la Guardia Civil y del C.N.P.; y 4º) El personal funcionario de las Cortes Generales. No obstante, al igual que en la L.F.C.E., se reconoce el carácter supletorio de la L.M.R.F.P. para todo el personal al servicio del Estado y de las Administraciones Públicas no incluido en su ámbito de aplicación (art. 1.5)

30. De todas estas exclusiones merece un comentario especial la relativa al personal al servicio de la Administración de

Justicia. Y ello porque este colectivo, a diferencia de los otros, si está comprendido dentro del ámbito de aplicación de la L.O.R.A.P. A este respecto, conviene recordar que el art. 122.1 de la Constitución dispone que "la Ley orgánica del poder judicial determinará el estatuto jurídico {...} del personal al servicio de la Administración de Justicia". No cabe duda, por tanto, que existe un ámbito material preciso (la determinación del estatuto jurídico del personal al servicio de la Administración de Justicia) reservado a un tipo concreto de norma jurídica (la Ley orgánica)¹⁴⁸. De este modo, el legislador constitucional aísla de forma indirecta al personal al servicio de la Administración de Justicia del resto de funcionarios. Se sigue, en esta línea, una política opuesta a la que parece se ha perseguido en el art. 103.3 de la Constitución al remitir a la ley la regulación del "estatuto de los funcionarios públicos". En cumplimiento del mandato constitucional, los arts. 454 y ss de la L.O.P.J. establecen el régimen jurídico aplicable a este personal; régimen que es

¹⁴⁸. Así, la S.T.C.O. 139/1.988, de 8 de julio, ha venido a afirmar del estatuto de personal parlamentario que "goza de una efectiva fuerza de ley, al menos en su versión pasiva, por cuanto que ninguna otra norma del ordenamiento puede proceder a la regulación que a él le ha sido reservada y en exclusiva atribuida por la Constitución". Por otra parte, al reservarse la determinación del "estatuto jurídico" de estos funcionarios a la Ley orgánica, de forma indirecta, aunque no sea este el lugar idóneo para desarrollar esta cuestión, se está reservando al Estado la regulación del estatuto y régimen jurídico del personal al servicio de la Administración de Justicia. No obstante ello, el Tribunal Constitucional, en su sentencia 56/1.990, acepta la posibilidad de que las C.C.A.A. asuman competencia sobre este personal, en la medida en que no forman parte del concepto estricto de Administración de Justicia. Ahora bien, según se expresa el Tribunal, las C.C.A.A no tiene competencias sobre los medios personales, sino que debe ser la L.O.P.J., por remisión estatutaria, las que efectúe el oportuno deslinde. Ver, JIMENEZ ASENSIO, R., "Un aspecto polémico de la S.T.C. 56/1.990, sobre el personal al servicio de la Administración de Justicia", R.V.A.P., núm. 28, 1.990, pág

completado por los Reglamentos orgánicos respectivos. Finalmente, el art. 456 dispone que "en todo lo no previsto en esta ley y en los Reglamentos orgánicos respectivos, se aplicará {...} con carácter supletorio, lo dispuesto en la legislación general del Estado sobre la función pública".

1.2.3. La Ley de incompatibilidades (Ley 53/1.984, de 26 de diciembre).

31. La L.I. establece un ámbito de aplicación mucho más amplio que los de la L.F.C.E. y de la L.M.R.F.P., porque busca el establecimiento de un sistema de incompatibilidades uniforme en las Administraciones Públicas, que garantice a los interesados un tratamiento común ante ellas¹⁴⁹. La ampliación se ha producido por la doble vía de extender el ámbito subjetivo de las personas que se encuentran incluidas en aquel, sin distinguir la naturaleza del vínculo jurídico que les une con la Administración y de considerar a estos efectos como Administración a una serie de entes, e incluso de empresas privadas, caracterizados todos ellos por una participación del capital público o de los ingresos públicos de

¹⁴⁹. Sobre el ámbito de aplicación de esta ley ver, por todos, ALVAREZ DE LA ROSA, M., "El régimen jurídico de las incompatibilidades en los contratos de trabajo del sector público", D.A., núm. 210-211, 1.987, págs. 242 y ss; PALOMAR OLMEDA, A., Derecho..., cit., págs. 377 y ss.

La organización

carácter mayoritario¹⁵⁰.

Así, por un lado, la Ley es aplicable a todo el personal que preste sus servicios en la Administración, cualquiera que sea la naturaleza jurídica de la relación de empleo. Se trata de una norma no sólo aplicable a los funcionarios y asimilados, sino también a los contratados laborales.

Por otro lado, se ha producido una clara ampliación del ámbito de aplicación de la Ley en lo referente a la consideración de la naturaleza del ente al que se prestan los servicios introduciendo así un nuevo concepto de "sector público". Así, en primer lugar, la Ley se aplica al personal que presta sus servicios en las diferentes Administraciones Públicas¹⁵¹. En segundo lugar, la ley incluye también en su ámbito de aplicación entes cuya naturaleza es diversa, tales como las empresas con participación de capital público superior al 50 por 100, el Banco de España y demás instituciones financieras públicas. Y, por último, se establece una fórmula general comprensiva de todos aquéllos que realizan

¹⁵⁰. Véase ALVAREZ DE LA ROSA, M., "El régimen..", cit., págs. 246; PALOMAR OLMEDA, A., op. cit., págs. 377 y ss.

¹⁵¹. Administración del Estado y sus Organismos Autónomos, Administración de las Comunidades Autónomas, Organismos dependientes de ellos, Asambleas legislativas y Organos Constitucionales, Entidades Locales y sus Organismos Autónomos, los Entes y Organismos exceptuados de la aplicación de la Ley de Entidades Estatales Autónomas, las Entidades Gestoras de la Seguridad Social y cualquiera otras entidades y Organismos de la mismas, Corporaciones y Entidades de Derecho Público cuyos presupuestos se doten en más de 50 por 100 con subvenciones y otros ingresos de la Administración

funciones públicas¹⁵².

1.2.4. La Ley 9/1.987, de 12 de mayo, de Organos de Representación, Determinación de las condiciones de trabajo y Participación del Personal al servicio de las Administraciones Públicas.

32. Esta Ley, como se ha visto, resulta aplicable a: 1º) Los funcionarios de la Administración Civil del Estado y sus Organismos Autónomos; 2º) Los funcionarios civiles de la Administración Militar y sus Organismos Autónomos; 3º) El personal funcionario y estatutario de la Administración de la Seguridad Social; y 4º) El personal al servicio de la Administración de Justicia.

1.2.5. Valoración global.

33. Siendo éste el alcance normativo de la legislación estatal en materia funcionarial, resulta posible y, además, conveniente establecer un balance de la situación presente en la materia. En este sentido, es susceptible de formularse las siguientes valoraciones:

¹⁵². Los supuestos más significativos dentro de dicha fórmula son los que permiten aplicar la ley a quienes ejerzan funciones públicas y perciban sus retribuciones por arancel y al denominado "restante personal al que resulte de aplicación el régimen estatutario de los funcionarios públicos". Así, PALOMAR OLMEDA, A., op. cit., pág. 381.

1ª. No existe una Ley que de forma global y sistemática regule el Estatuto de los funcionarios públicos, sino que éste está disperso en diversas disposiciones legales, fundamentalmente, en la L.F.C.E. y en la L.M.R.F.P. La primera contiene la regulación global de la Función Pública estatal, en cuanto no haya sido modificada por la legislación posterior. La segunda reforma parcialmente, "a partes", la legislación anterior, debiendo acudir a esta última para completar el círculo de la legislación vigente. Cada una de estas leyes es supletoria de la otra y entre las dos constituyen el estatuto general aplicable a los funcionarios, con carácter general. Esta circunstancia contribuye a crear un auténtico caos jurídico en el que la determinación del Derecho vigente en muchos casos es una labor de exégesis interpretativa llena de dificultades¹⁵³.

2ª. Aunque esta técnica legislativa es perfectamente constitucional, pues no es necesario que el estatuto se regule en un único instrumento legislativo, puede ser calificada, cuanto menos, de análoma, ya que los ámbitos de aplicación de estas disposiciones legales no coinciden, lo cual produce una gran disfuncionalidad¹⁵⁴. El problema es especialmente grave en relación con la L.F.C.E. y la L.M.R.F.P., si se tiene en cuenta que una es

¹⁵³. Así, PALOMAR OLMEDA, A., cit., pág. 112.

¹⁵⁴. Así, PALOMAR OLMEDA, A., Derecho..., cit., pág. 116.

La organización

supletoria de la otra y que las dos juntas constituyen el estatuto aplicable a los funcionarios, con carácter general. La L.M.R.F.P. ha modificado parcialmente la L.F.C.E. que tiene un ámbito de aplicación concreto sin derogar dicho ámbito. En efecto, el art. 2 de la L.F.C.E. no ha sido derogado ni total ni parcialmente, pues no aparece citado en la tabla de derogaciones de la disposición derogatoria de la L.M.R.F.P. En este sentido, se ha propuesto como solución la de entender que dicho artículo está comprendido en la cláusula derogatoria general del párrafo 2º de la citada disposición, a cuyo tenor "se derogan todas aquellas disposiciones de igual o inferior rango que se opongan a lo previsto en esta ley"¹⁵⁵.

3ª. Se aprecia, en tercer lugar, el afán del legislador por alcanzar la homogeneización de las condiciones de trabajo de todo el personal funcionario al servicio de la Administración del Estado. Como se ha comprobado, el ámbito de aplicación de cada una de estas leyes representa una clara ampliación con respecto al de la anterior. Mientras imperó el Estado centralista, éste tendió a la fragmentación, a la ruptura de moldes unificadores, a la

¹⁵⁵. PALOMAR OLMEDA, A., Derecho..., cit., pág. 116. Sin embargo, la teoría de la derogación tácita, como tímidamente se apunta desde esta misma posición, encuentra varias objeciones y, singularmente, las siguientes: 1ª) que un aspecto tan importante como el ámbito de aplicación de una norma debería explicitarse de una forma determinante y no abandonarse a las posibles interpretaciones; 2º) que choca con lo dispuesto en el art. 1 del R.D. 2.664/86, según el cual la L.F.C.E. resulta aplicable al personal funcionario de la Seguridad Social.

La organización

dispersión de los colectivos de personal¹⁵⁶. La aplicación de regimenes jurídicos diferentes a unos funcionarios y otros, según el sector al que pertenecieran no se fundamentaba, muchas veces, en legítimas diferencias y peculiaridades, sino más bien en la perpetuación ilógica e irracional de privilegios, discriminaciones, desigualdades, que se arrastraban por pura inercia y se conservaban apoyadas en discutibles tradiciones, hábitos o precedentes.

El legislador constitucional, primero, y el ordinario, después, toman conciencia de la necesidad de atacar a fondo el grave problema de las diferencias y de los injustificados agravios comparativos que se daban entre los diversos colectivos funcionariales, por el simple hecho de su encuadramiento en una u otra Administración, en uno u otro Organismo Autónomo,..etc. Por ello, buscan proponer unas bases que ayuden a constituir una Función Pública compacta, con unos mandatos estatutarios que actúen como elementos de cohesión del colectivo funcional.

4ª. No obstante este propósito uniformador, no se ha acogido la "técnica integradora o de estatuto único" sino que parte de un

¹⁵⁶. Como consecuencia de una serie de factores disfuncionales y disgregadores (la descoordinación en cuanto a las competencias en materia de personal, el peso de los cuerpos., etc.), la Función Pública se ha desenvuelto desordenadamente. Han faltado grandes directrices orientadas a lograr la coherencia y el acoplamiento entre los diferentes bloques funcionariales, que por ello han optado, por la vía más fácil, pero al mismo tiempo más peligrosa, de autogestionarse con arreglo a sus exclusivos intereses particulares. Sobre la evolución legislativa de la Función Pública véase, por todos, GONZALEZ-HABA GUIADO, V.Mª., "Trayectoria..", cit., págs. 463 y ss; PALOMAR OLMEDA, A., Derecho., cit., págs. 81 y ss.

La organización

estatuto general de aplicación directa y cuando esto no es posible de aplicación supletoria para aquellos funcionarios para los que se mantiene una cierta especialidad. El legislador pretende unificar el régimen jurídico aplicable a los funcionarios de la Administración del Estado y acabar así con la caótica situación anterior derivada de la existencia de múltiples y variados regimenes jurídicos. Pero, consciente de que la reconstrucción del sistema normativo no puede llevarse a cabo haciendo tabla rasa del anterior y de que la diversidad de regimenes jurídicos puede estar justificada por las características de los servicios que prestan algunos sectores funcionariales, prevé un estatuto peculiar para los mismos, que, integrado en el general pueda ser adaptado a dichas peculiaridades.

Al final de estos planteamientos se descubre siempre la peculiar configuración de nuestra Función Pública, fragmentada en grandes bloques (Administración Civil del Estado, Administración Militar, Administración de Justicia, Administración Docente, Administración de la Seguridad Social..)¹⁵⁷

2. La distribución de competencias entre los órganos administrativos en materia de personal.

¹⁵⁷. GONZALEZ-HABA GUIADO, V.M^a., op. ult. cit., pág. 328.

La organización

34. La actual configuración orgánica respecto a las competencias en materia de personal viene regulada por las siguientes normas: 1ª) Los arts. 10 y ss de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado (texto refundido aprobado por el Decreto de 26 de julio de 1.957) (en adelante L.R.J.A.E.) y la L.M.R.F.P.; 2ª) El R.D. 2.169/1.984, de 28 de noviembre, de atribución de competencias en materia de personal, que desarrolla y detalla en aspectos importantes lo regulado en esta última disposición legal; y 3ª) El R.D. 1.084/1.990, de 31 de agosto, de redistribución de competencias en materia de personal, que realiza una redistribución de las competencias que reglamentariamente se atribuyen a los órganos administrativos. Hay que tener en cuenta a este respecto, que esta normativa establece las competencias generales de los órganos superiores de la Función Pública respecto a todos los funcionarios públicos incluidos en el ámbito de aplicación de la L.M.R.F.P..

Esta regulación configura una red orgánica con competencias de carácter decisorio y ejecutivo en materia de personal y otra con atribuciones fundamentalmente consultivas, de propuesta y asesoras.

2.1. Red orgánica con competencias de carácter decisorio y ejecutivo.

La organización

35. Los órganos superiores de la Administración del Estado con competencias de carácter decisorias y ejecutivas en este ámbito son los siguientes: 1º) El Gobierno; 2º) El Ministro para las Administraciones Públicas; 3º) El Ministro de Economía y Hacienda; 4º) La Comisión Interministerial de Retribuciones; 5º) Los Ministros; y 6º) Los Delegados del Gobierno y los Gobernadores Civiles.

2.1.1. El Gobierno.

36. El Gobierno queda configurado en la L.M.R.F.P. como el órgano superior más importante para la Función Pública, pues en unos términos similares a los que se contienen en el art. 97 de la Constitución, el art. 3.1 dispone como competencia genérica del Gobierno la dirección de la política de personal y el ejercicio de la función ejecutiva y la potestad reglamentaria en materia de función pública de la Administración del Estado y, en particular, le atribuye una serie de competencias que lista el apartado 2 que se cierra con una clausula residual ("el ejercicio de las otras competencias que le estén legalmente atribuidas").

37. Antes de entrar en el examen del acerbo competencial del Gobierno, deben precisarse algunas ideas en torno a este último concepto:

La organización

1º) En primer lugar, el concepto de "Gobierno" o "Consejo de Ministros"¹⁵⁸ ha de interpretarse en un sentido estricto, es decir, los Ministros reunidos bajo la presidencia de su presidente (art. 98 C.E.)¹⁵⁹.

2º) En segundo lugar, la intervención del Gobierno en este ámbito se produce en cuanto órgano cabecero de la Administración del Estado y en cuanto tal lleva a cabo actuaciones administrativas controlables judicialmente¹⁶⁰.

3º) En tercer lugar, y no obstante lo anterior, hay que notar que el Gobierno es un órgano político y que la estructura que se forma a su alrededor está formada por órganos en los que el componente político en el proceso de elección y sustitución de su titular y en la toma de decisiones en la dirección del personal

¹⁵⁸. A este respecto, hay que subrayar que la C.E. otorga un significado idéntico a ambas expresiones, las cuales se emplean alternativamente por razones puramente estilistas. Ver. DIEZ PICAZO, J.L., "La estructura del Gobierno en el Derecho español", D.A., núm. 215, 1.988, pág. 55; SANTAMARIA PASTOR, J.A., "Gobierno y Administración. una reflexión preliminar", D.A., núm. 215, 1.988, pág. 72.

¹⁵⁹. La C.E. no impide que se constituyan Gabinetes o Gobiernos restringidos. Sin embargo, tales órganos no pueden considerarse jurídicamente "Gobierno". Las decisiones que la C.E. y el resto del ordenamiento jurídico encomienda al Gobierno (o Consejo de Ministros, tanto da) deben ser adoptados necesariamente por el colectivo de -todas- las personas mencionadas en el art. 98.1 C.E., sin posibilidad de exclusión alguna, Véase DIEZ PICAZO, L.M., "La estructura..", cit., pág. 55; SANTAMARIA PASTOR, J.L., "Gobierno..", cit., pág. 74.

¹⁶⁰. Sobre la posición mixta del Gobierno ver, por todos, GARCIA DE ENTERRIA, E. y RAMON FERNANDEZ, T., op. cit., pág. 30; SANTAMARIA PASTOR, J., "Gobierno ..", cit., págs. 75 y ss; UBIARTE TORREALDAY, R., "La reciente jurisprudencia constitucional en materia de actos del Gobierno no controlables judicialmente", R.A.P.V., núm. 30, 1.991, págs. 213 y ss.

funcionarial tiende a jugar un papel decisivo¹⁶¹. Ello puede originar graves consecuencias para la Función Pública, si el Gobierno cae en la tentación de modular una Función Pública a su imagen y semejanza¹⁶².

A) Competencias generales.

38. El Gobierno tiene la responsabilidad de "dirigir la política de personal ", y para ello, cuenta con el ejercicio de la potestad ejecutiva y la potestad reglamentaria. El laconismo de la expresión legal, si bien permite configurar la potestad reglamentaria como algo netamente diferenciado de la función ejecutiva, plantea no obstante diversas cuestiones y, singularmente, las siguientes: 1º) la de si viene a privar de la potestad reglamentaria en materia funcionarial a los titulares de cada uno de los Departamentos Ministeriales; b) la de si, además, del Gobierno y los Ministros, existen otros órganos con poder reglamentario en materia funcionarial.

39. En cuanto a la primera cuestión, conviene traer a primer término, el tema de la titularidad de la potestad reglamentaria.

¹⁶¹. Sobre la interdependencia entre política y Administración ver BAENA DEL ALCAZAR, M., Curso de la Ciencia de la Administración, Madrid, 1.985, pág. 37; DEL REY GUANTER, S., Estado., cit., págs. 53 y ss.

¹⁶². BARRACHINA JUAN, E., La Función., cit., pág. 310.

Tras la Constitución la doctrina administrativa se divide entre los que consideran que el art. 14.3 de la L.R.J.A.E. atribuye a los Ministros un poder reglamentario genérico en las materias propias de su Departamento¹⁶³ y los que consideran de todo punto ilícito la existencia de una potestad reglamentaria en los Ministros con efectos ad extra, salvo que sea fruto de específicas habilitaciones legales¹⁶⁴. Se funda esta última tendencia en el art. 97 de la C.E. que atribuye expresamente al Gobierno, y nada más que al Gobierno, la potestad reglamentaria, lo que significa la desaparición de la potestad reglamentaria reconocida a los Ministros en el art. 14.3 de la L.R.J.A.E. En este sentido, se afirma que este precepto debe ser interpretado como aquel que admite la potestad reglamentaria de aquellos sólo en cuestiones organizativas de carácter doméstico propias de su Departamento.

Habría que replantear, no obstante, esta interpretación para dar juego a la actividad normativa de los Ministros. El art. 97 de la Constitución no atribuye al Gobierno la potestad reglamentaria con carácter exclusivo y excluyente. Los argumentos que avalan esta

¹⁶³. Ver, por todos, BOQUERA OLIVER, J.M^a., "El enjuiciamiento e inaplicación judicial de los reglamentos", R.A.P., núm. 35, 1.984, pág. 19; BARRACHINA JUAN, E., Compendio de Derecho Administrativo, Tomo I, Barcelona, 1.986, pág. 182; GARRIDO FALLA, F., Tratado de Derecho Administrativo, Vol. I, Madrid, 1.989, pág. 237.

¹⁶⁴. Ver, por todos, BASSOLS COMA, M., "Las diversas manifestaciones de la potestad reglamentaria en la Constitución", R.A.P., 1.979, pág. 11; GARCIA DE ENTERRIA, E. y RAMON FERNANDEZ, T., op. cit., pág. 206; LUCAS MURILLO, F., "Observaciones en torno a los límites de la potestad reglamentaria del Gobierno", en A.A.V.V., El Gobierno en la Constitución española y en los Estatutos de Autonomía.

tesis interpretativa serían los siguientes:

En primer lugar, al igual que es impensable interpretar el precepto en el sentido de que atribuye al Gobierno la función ejecutiva de forma exclusiva y excluyente, del mismo modo es incorrecto predicar tal conclusión en cuanto a la potestad reglamentaria.

En segundo lugar, porque la propia dicción de la norma constitucional, en la que se emplea la peculiar y significativa expresión "de acuerdo con la Constitución y las leyes", indica que la Constitución admite la posibilidad de que el legislador confiera a los Ministros poder reglamentario.

Finalmente, a estos argumentos, cabe sumar otro sistemático. La prohibición de subdelegación legislativa contenida en el art. 82.3 de la Constitución sólo se entiende si en el esquema constitucional existen otros órganos distintos del Consejo de Ministros, dotados de capacidad normativa y susceptibles de recibir la subdelegación, de ahí que se prohíba¹⁶⁵.

A la vista de lo expuesto, la solución al problema planteado pasa por una división conceptual de la potestad reglamentaria entre potestad reglamentaria originaria (la proveniente directamente de

¹⁶⁵. SALA FRANCO, T. y otros, Derecho del Trabajo, 1.991, Valencia, pág. 56.

La organización

la Constitución, que está atribuida al Gobierno) y la potestad reglamentaria derivada (la de los Ministros, que precisa para su existencia de una habilitación legal expresa). Por consiguiente, mientras no se desarrolle legislativamente la norma constitucional, puede servir de pauta interpretativa el art. 14.3 de la L.R.J.A.E., que atribuye a los Ministros, como jefes de sus Departamentos, la potestad reglamentaria "en las materias propias" de los mismos.

Ahora bien, cabría pensar que el art. 3.1 de la L.M.R.F.P., al atribuir al Gobierno el ejercicio de la potestad reglamentaria, viene a privar de poder reglamentario en materia de personal a los titulares de cada uno de los Departamentos Ministeriales, con lo que el reconocimiento expreso de la potestad reglamentaria de los Ministros, que se contiene en el art. 14.3 de la L.R.J.A.E., quedaría sin efecto en este ámbito¹⁶⁶.

No creemos, sin embargo, que ésta sea la intención del legislador. Del mismo modo que es impensable interpretar el precepto en el sentido de que atribuye al Gobierno la función ejecutiva y excluyente, del mismo modo es incorrecto predicar tal conclusión en cuanto la potestad reglamentaria. Además, algunas competencias que el legislador atribuye a los Ministros en materia

¹⁶⁶. En este sentido, BARRACHINA JUAN, E., *La Función...*, cit., pág. 311, para quien el art. 3.1 de la L.M.R.F.P. viene a privar a de poder reglamentario en materia de personal a los titulares de cada unos de los Departamentos.

La organización

de personal requieren el ejercicio de poder reglamentario. Por todo ello, entendemos que el reconocimiento expreso de la potestad reglamentaria a los Ministros que se contiene en el art. 14.3 de la L.R.J.A.E. si que teniendo validez en materia de Función Pública¹⁶⁷.

Ahora bien, hay que realizar varias observaciones en torno al poder reglamentario de los Ministros en materia de Función Pública:

1º) En primer lugar, la atribución de potestad reglamentaria a los Ministros ha de tener un contenido limitado para respetar la competencia del Gobierno en el ejercicio de la potestad reglamentaria, siendo unicamente admisible la competencia ministerial en tanto no rebase la materia departamental. Y, en este sentido, hay que indicar que el ámbito material de este poder es muy limitado y reducido, en tanto que las cuestiones centrales de la relación funcional son del Gobierno.

2º) En segundo lugar, y como consecuencia de la competencia reconocida al Gobierno en el art. 3.2.a) de la L.M.R.F.P., los Ministros deberán esperar siempre a las directrices del Gobierno

¹⁶⁷. En esta línea, la S.T.S. de 12 de mayo de 1.987 reconoce en base al art. 14.3 de la L.R.J.A.E. el poder reglamentario de los ministros para organizar el Departamento y regular las relaciones con los administrados sujetos por una especial situación jurídica como es el caso de los empleados públicos dependientes del mismo, sin afectar a derechos y obligaciones. Lo que no pueden hacer, según la citada sentencia, es dictar Reglamentos ejecutivos de una Ley para completarla o pormenorizarla, función que corresponde al Consejo de Ministros.

para ejercer su competencia normativa¹⁶⁸.

3º) En tercer lugar, dado que la competencia ministerial se ha de corresponder con la materia departamental que le es propia, resulta que el titular del Ministerio para las A.A.P.P. tiene una competencia normativa general respecto a todos los funcionarios públicos al servicio de la Administración Pública, en perjuicio evidente de los Ministerios individualmente considerados.

40. La segunda cuestión señalada en segundo término se encuadra dentro de uno de los temas más debatidos por la doctrina científico-administrativa. La determinación de los órganos titulares de potestad reglamentaria constituye uno de los puntos más controvertidos, particularmente cuando se trata de determinar si los órganos con rango inferior al Ministro pueden emanar reglamentos.

En principio, la Constitución ni afirma ni niega la posibilidad de habilitaciones reglamentarias por ley ordinaria en favor de órganos administrativos distintos del Gobierno y de los Ministros, pero remite a la ley ordinaria la regulación del ejercicio del poder reglamentario y del régimen jurídico de los

¹⁶⁸. Así, BARRACHINA JUAN, E., La Función..., cit., pág. 311.

La organización

órganos administrativos (arts. 97 y 103.3)¹⁶⁹. Por consiguiente, la cuestión queda remitida a lo que disponga el legislador. De este modo, mientras éste no actúe puede servir de pauta interpretativa lo dispuesto en la L.R.J.A.E.

A partir de esta disposición legal, la doctrina se divide entre los que sólo reconocen a los órganos inferiores al Ministro un poder reglamentario derivado, fruto de específicas habilitaciones legales¹⁷⁰, y los que les reconocen sin más un poder reglamentario genérico¹⁷¹. Se funda esta última posición doctrinal en el art. 23.2 de la L.R.J.A.E., que, al establecer la jerarquía de las disposiciones administrativas, coloca en cuarto lugar las "disposiciones de Autoridades y órganos inferiores a los Ministros, según el orden de su respectiva jerarquía". Sin embargo, esta disposición legal no puede considerarse como una norma habilitante porque contiene una antinomia al respecto¹⁷². Por una parte, admite la existencia de circulares e instrucciones reglamentarias con rango inferior a la Orden ministerial. Por otra parte, sólo atribuye de

¹⁶⁹. Así, SALA FRANCO, T. y otros, op. cit., pág. 56.

¹⁷⁰. Vid., entre otros, BAENA DEL ALCAZAR, M., "Instrucciones y circulares como fuentes del derecho", R.A. P., núm. 30, 1.977, págs. 107 y ss; BOQUERA OLIVER, J.M., "Los órganos titulares de poder reglamentario", R.A.P., núm. 47, 1.965, págs. 86 y ss; GARCIA DE ENTERRIA, E. y RAMON FERNANDEZ, T., op. cit., pág. 207; GARRIDO FALLA, F., Tratado..., cit., pág. 241.

¹⁷¹. Vid, por todos, GARRIDO FALLA, F., Tratado..., cit., pág. 245; GONZALEZ PEREZ, J., Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo, Madrid, 1.989, pág. 1.133.

¹⁷². En este sentido, BAENA DEL ALCAZAR, M., "Instrucciones..", cit., pág. 123.

La organización

modo expreso poder reglamentario a los Ministros y, además, les prohíbe delegar ese poder, salvo que otra ley les autorice a ello (arts. 14.3 y 23.3.d) de la L.R.J.A.E.). Parece claro, pues, que este texto legal atribuye la potestad reglamentaria al Ministro y no a sus subordinados. El art. 23 sólo señala el lugar jerárquico que ocupan las disposiciones generales de los órganos de la Administración del Estado inferiores a los Ministros cuando éstos reciben de las leyes en casos concretos poder reglamentario¹⁷³.

En conclusión, los órganos inferiores a los Ministros, a diferencia del Consejo de Ministros y de los Ministros, no tienen un poder reglamentario propio y genérico y tampoco pueden recibirlo de éstos por delegación, salvo disposición legal en contrario¹⁷⁴. Pero si pueden recibirlo mediante habilitaciones legales específicas. Además, esta atribución podrá efectuarse tanto de forma expresa como tácita. Ciertamente, aunque toda atribución de potestades ha de ser, en principio, expresa, ya que ante el silencio de la ley, la Administración y sus órganos carecen de poder propio¹⁷⁵, cabe la habilitación implícita cuando las

¹⁷³. BOQUERA OLIVER, J.M., op. cit., pág. 90.

¹⁷⁴. Ya la jurisprudencia preconstitucional había declarado nula de pleno derecho una disposición general dictada por un director general, por tratarse de un órgano manifiestamente incompetente, toda vez que sólo puede dictarla el ministro competente a tenor del art. 22 L.R.J.A.E. y ser facultad indelegable (S.T.S. de 14 de noviembre de 1.972. En el mismo sentido, las S.S.T.S. de 25 de enero de 1.982, 19 de marzo de 1.984 y 6 de octubre de 1.989.

¹⁷⁵. VILLAR PALASI, J.L., y VILLAR EZCURRA, J.L., Principios de Derecho Administrativo, Tomo II, Madrid, 1.985, pág. 15.

La organización

materias, cuya ejecución se confía a determinado órgano, no puedan ejercitarse a no ser que éste dicte normas de carácter general¹⁷⁶.

Abordando esta cuestión desde la perspectiva específica del Derecho de la Función Pública, hay que indicar que el proceso de centralización y homogeneización del régimen funcional ha relegado la competencia de los órganos inferiores a los Ministros a la función de ejecución, no dejándoles ningún margen para el ejercicio del poder reglamentario. Un recorrido por la legalidad reguladora de la configuración orgánica respecto a las competencias en materia de personal muestra claramente que el legislador no les ha investido, ni expresa ni tácitamente, de poder reglamentario en este ámbito, que no existen aspectos en los que de algún modo pueda hacerse presente un poder reglamentario por parte de estos órganos. El ejercicio de las competencias que les son atribuidas legalmente no requiere la emanación de disposiciones administrativas de carácter general, pues éstos se limitan a adoptar decisiones en cumplimiento de una normativa que les viene impuesta desde arriba.

Así pues, los únicos titulares de poder reglamentario en materia de personal son el Gobierno y, limitadamente, los Ministros. Además, éstos no pueden delegar el ejercicio de su poder reglamentario en los órganos inferiores, salvo que otra ley

¹⁷⁶. BAENA DEL ALCAZAR, M., "Instrucciones...", cit., pág. 126. Así, la S.T.S. de 6 de octubre de 1.989.

autorice su delegación (arts. 4 L.P.A. y 22 L.R.J.A.E.)¹⁷⁷. Es más, el Gobierno tampoco puede delegar su poder reglamentario en los Ministros (arts. 4 L.P.A. y 22 L.R.J.A.E.)¹⁷⁸.

B) Competencias específicas.

41. De una forma más particularizada también le corresponde, según determinan los arts. 3.2 y 2 de la L.M.R.F.P. y del R.D. 2.169/1.984, respectivamente, una serie de competencias, que son susceptibles de la siguiente ordenación:

1º) Competencias en relación con el personal de la Administración del Estado.

Las competencias extraordinariamente amplias y decisivas para el normal desenvolvimiento de la Función Pública estatal, son las siguientes:

1º- Establecer las directrices conforme a las cuales ejercerán sus competencias en materia de personal los distintos órganos de la Administración del Estado.

¹⁷⁷. Vid. BOQUERA OLIVER, J.M., "Enjuiciamiento...", cit., pág. 26; GARRIDO FALLA, F., Tratado..., cit., pág. 237.

¹⁷⁸. Así, BOQUERA OLIVER, J.M., op. ult. cit., pág. 27.

La organización

2º- Determinar las instrucciones a que deberán atenerse los representantes de la Administración del Estado cuando proceda la negociación con la representación sindical de los funcionarios públicos de sus condiciones de empleo, así como dar validez y eficacia a los acuerdos alcanzados mediante su aprobación expresa y formal, estableciendo las condiciones de empleo para los casos en que no se produzca acuerdo en la negociación.

3º- Establecer las instrucciones a que deberá atenerse la representación de la Administración del Estado en la negociación colectiva con el personal sujeto al Derecho laboral.

4º- Aprobar la estructura en grados del personal de la Administración del Estado, los intervalos de niveles de puestos de trabajo asignados a cada cuerpo o escala y los criterios generales de promoción profesional de los funcionarios públicos.

5º- Fijar anualmente las normas y directrices para la aplicación del régimen retributivo de los funcionarios públicos y personal al servicio de la Administración del Estado.

6º- Aprobar la oferta de empleo de la Administración del Estado.

2º) Competencias en relación con el personal de las restantes Administraciones Públicas.

43. Las competencias que el art. 3.2 atribuye, con el

La organización

carácter de norma básica, al Gobierno en relación con el personal de las Administraciones Públicas son las siguientes:

1º- Aprobar, previa deliberación del Consejo Superior de la Función Pública, los criterios para coordinar la programación de las necesidades de personal a medio y largo plazo de las Administraciones Públicas.

2º- Aprobar, previa deliberación del Consejo Superior de la Función Pública, los criterios de coordinación de los planes de oferta de empleo de las Administraciones Públicas.

C) Competencias dispersas en la L.M.R.F.P.

44. Además de las competencias que han quedado reseñadas, y a las que se refieren expresamente los arts. 3 y 2 de la L.M.R.F.P. y del R.D. 2.169/1.984, dedicados al tema, a lo largo del articulado de la L.M.R.F.P. existen otras. La mayoría de estas competencias han sido recogidas por el art. 3 del citado reglamento entre las competencias que tiene el Ministro para las A.A.P.P. para proponer al Gobierno, por lo que basta con remitirse al mismo. Las que no han sido recogidas en esta disposición reglamentaria son las siguientes:

1º- La asignación inicial de los complementos de destino y

La organización

específico (art. 15.e) L.M.R.F.P.).

2º- La regulación de la composición y funcionamiento de los órganos de selección (art. 21.2 L.M.R.F.P.).

3º- La determinación del número de puestos con sus características y retribuciones, reservados a personal eventual, siempre dentro de los créditos presupuestarios consignados al efecto (art. 20.2 L.M.R.F.P.).

2.1.2. El Ministro para las Administraciones Públicas.

45. El segundo órgano en importancia respecto a las competencias en materia de personal es el Ministro para las Administraciones Públicas. Este órgano, al igual que el resto de Ministros, tiene atribuida la competencia para preparar y presentar al Gobierno los proyectos de ley y ejercer la potestad reglamentaria en las materias propias de su Departamento" (art. 14.2 y 3 de la L.R.J.A.E.). El art. 4 de la L.M.R.F.P. atribuye al Ministro de la Presidencia unas competencias generales y otras específicas; competencias que quedan atribuidas, en virtud de lo dispuesto en el art. 3 del Real Decreto, 1.919/1.986, de 25 de julio, al Ministerio para las Administraciones Públicas, creado por el mismo. Hay que tener en cuenta a este respecto, para calibrar en su justa medida la trascendencia de este Ministro en este tema, que el art. 2 de la L.M.R.F.P. ha establecido que "todo el personal de

La organización

la Administración del Estado (a que se refiere el artículo 1)...tendrá dependencia orgánica del Ministerio de la Presidencia, sin perjuicio de la que funcionalmente tenga en cada Departamento"¹⁷⁹.

A) Competencias generales.

46. Sin perjuicio de otras competencias que le pueden atribuir las Leyes, al Ministro para las Administraciones Públicas se le responsabiliza del desarrollo general, la coordinación y el control de la ejecución de la política del Gobierno en materia de personal al servicio de la Administración del Estado (art. 4.1 de la M.R.F.P.).

El Ministro para las Administraciones Públicas es el órgano superior de la Función Pública que mayor relación guarda con el Gobierno, en esta materia, pues, precisamente por ello, se le encomienda el control de la ejecución de la política del Gobierno en materia de personal.

Pero este Ministro no es competente en relación con el personal al servicio de la Administración de Justicia, puesto que

¹⁷⁹. Las competencias que sobre el personal corresponde ejercer a este órgano son de dos tipos: unas miran a la denominada relación orgánica, y otras a la denominada relación de servicio.

La organización

éstos están excluidos del ámbito de aplicación de la L.M.R.F.P. Por ello, y dado que estos funcionarios si están comprendidos en el ámbito subjetivo de la L.O.R.A.P., es necesaria una breve referencia a la regulación en cuanto a las competencias respecto de este personal. Las competencias respecto a todo el personal al servicio de la Administración de Justicia (Secretarios Judiciales, Médicos forenses, Oficiales, Auxiliares y agentes judiciales, así como los miembros de los cuerpos que puedan crearse, por ley, para el auxilio y colaboración de los Jueces y tribunales), según determina el art. 454 de la L.O.P.J., corresponden al Ministerio de Justicia, en todas las materias relativas a su Estatuto y régimen jurídico, comprendiendo la selección, formación, perfeccionamiento, así como la provisión de destinos, ascensos, situaciones administrativas y régimen disciplinario.

B) Competencias específicas.

47. De una forma más particularizada también le corresponde, según determina el art. 4.2º de la L.M.R.F.P.:

1. Proponer al Gobierno el Proyecto de Ley de Bases del Régimen Estatutario de los Funcionarios Públicos y los demás Proyectos de normas de general aplicación a la Función Pública. Cuando se trate de proyectos normativos referentes a funcionarios

La organización

sujetos a un régimen singular o especial, la propuesta será a iniciativa del Ministerio competente.

2. Impulsar, coordinar y, en su caso, establecer y ejecutar los planes, medidas y actividades tendentes a mejorar el rendimiento en el servicio, formación y la promoción del personal al servicio de la Administración del Estado.

3. Cuidar del cumplimiento por los órganos de la Administración del Estado, de las normas de general aplicación en materia de personal y velar por la observancia en las demás Administraciones Públicas de las Leyes o disposiciones estatales que les sean directamente aplicables.

C) Ampliación de las competencias por vía reglamentaria.

48. El art.3 del R.D. 2.169/1.984, amplia las competencias que inicialmente aparecían reconocidas a este órgano en el artículo 4 de la L.M.R.F.P.

En consecuencia, el Ministro para las Administraciones Públicas tiene la competencia para proponer al Gobierno, los siguientes asuntos:

1. Los proyectos de normas de general aplicación a la Función Pública.

La organización

2. Los proyectos de normas específicas relativas a las peculiaridades del personal docente e investigador, sanitario, de los servicios postales y de telecomunicación y del destinado en el extranjero, a iniciativa de los Departamentos correspondientes.

3. Los criterios de coordinación de los Planes de Oferta de Empleo de las Administraciones Públicas, previa deliberación del Consejo Superior de la Función Pública o, en su caso, de la Comisión de Coordinación de la Función Pública.

4. La aprobación de la Oferta de Empleo público.

5. La estructura en grados y los intervalos de niveles que correspondan a cada cuerpo o escala.

6. La adscripción concreta de cuerpos y escalas a un Departamento u Organismo, previo informe del Departamento al que figuren adscritos.

7. La regulación de los contenidos mínimos homogeneizadores de los Registros de Personal y los requisitos y procedimientos para su utilización recíproca, previa deliberación del Consejo Superior de la Función Pública.

8. Las normas reguladoras del Registro Central de Personal.

9. Los criterios, requisitos y condiciones con arreglo a los cuales los funcionarios de la Administración del Estado podrán integrarse en otros cuerpos y escalas de su mismo grado.

10. Los requisitos y condiciones para el acceso de los funcionarios españoles de los organismos internacionales a los

La organización

cuerpos y escalas correspondientes a la Administración del Estado.

11. La adscripción con carácter exclusivo de puestos de trabajo a funcionarios de un determinado cuerpo o escala, a iniciativa de los Departamentos correspondientes.

12. La regulación de procedimientos para la adquisición de los grados superiores de los cuerpos y escalas mediante la superación de cursos de formación u otros requisitos objetivos.

13. La separación del servicio, previa la instrucción de expediente disciplinario, a iniciativa del Departamento correspondiente.

14. Las convocatorias de pruebas unitarias de selección para el ingreso en los distintos cuerpos o escalas.

15. La convocatoria de concursos unitarios de traslados para funcionarios de diferentes cuerpos o escalas.

16. La unificación de cuerpos y escalas de igual grupo, cuando tengan asignadas funciones sustancialmente coincidentes en su contenido profesional y en su nivel técnico y siempre que de la unificación se deriven ventajas para la gestión de los servicios.

17. La declaración a extinguir de cuerpos o escalas cuando lo exija el proceso general de racionalización.

18. Los criterios, requisitos y condiciones para que los funcionarios de los cuerpos o escalas declarados a extinguir se integren en otros cuerpos o escalas.

19. La reordenación, agrupación y clasificación de las plazas

La organización

no escalafonadas integrándolas, en su caso, en cuerpos o escalas.

20. La clasificación e integración, en su caso, en cuerpos o escalas del personal que perciba el total de sus retribuciones con cargo a créditos de personal vario sin clasificar.

21. La jubilación anticipada de los funcionarios de Servicios Centrales o Periféricos de Madrid, pertenecientes a cuerpos o escalas afectados por el proceso de transferencias y acogidos al régimen de derechos pasivos, previo informe a la Comisión Superior de Personal.

22. La clasificación de las funciones ejercidas por el personal contratado administrativo, previo informe de los correspondientes Ministerios.

También le corresponde, según el art. 4 del R.D. 2.169/1.984, el ejercicio de las siguientes competencias:

1. Aprobar las relaciones de puestos de trabajo y acordar su publicación, determinando los requisitos exigibles para el desempeño de puestos de trabajo, a propuesta de los Ministerios correspondientes.

2. La determinación de los requisitos y pruebas para el acceso desde cuerpos o escalas de grupos inferiores a otros correspondientes de grupo superior, bien con carácter general o en las correspondientes convocatorias, y todo ello sin perjuicio de lo

La organización

establecido en la Disposición Adicional decimoquinta de la L.M.R.F.P.

3. Administrar y gestionar los regímenes especiales de la Seguridad Social de los funcionarios.

4. La designación de los representantes del Ministerio para las Administraciones Públicas en las Comisiones de Análisis de los Programas alternativos de gasto.

49. Dentro del Ministerio para las Administraciones Públicas, existe toda una serie de órganos inferiores con competencias de carácter decisorias y ejecutivas. Así, tenemos al Secretario de Estado para la Administración Pública, al que corresponde, entre otras competencias, la dirección, impulso y gestión de las atribuciones ministeriales relativas a la organización y modernización de la Administración del Estado; relaciones de puestos de trabajo y Oferta de Empleo público; régimen jurídico y sistema retributivo de la Función Pública; Seguridad Social de los funcionarios civiles (art. 2 del R.D. 221/1.987, de 20 de febrero) (vid. art. 6 R.D. 2.169/1.984 y art. 2.1 del R.D. 415, ambos citados).

También existen órganos de propuesta, estudio e información. Así, cabe citar la Dirección General de la Función Pública. Este órgano, según, el art. 3 del R.D. 221/1.987, de 20 de febrero (en

La organización

su nueva redacción ofrecida por el art. 1 del R.D. 1.275/1.990, de 25 de octubre), tiene asignadas, entre otras, las siguientes competencias: 1º) El informe, estudio y propuesta de medidas relativas al ordenamiento jurídico de la Función Pública; 2º) la comunicación con las organizaciones sindicales que representen al personal de la Administración del Estado; 3º) Elaborar la Oferta de Empleo público, proponer las convocatorias de pruebas de acceso a los Cuerpos y Escalas adscritos al Ministerio para las Administraciones Públicas, e informar las correspondientes a los restantes Cuerpos y Escalas y al personal laboral de la Administración del Estado, sus Organismos Autónomos y la Administración de la Seguridad Social.

Por último, debe tenerse en cuenta que de la Dirección General de la Función Pública dependen las siguientes unidades orgánicas: - Subdirección General de Ordenación de la Función Pública; - Subdirección General de Relaciones Laborales; -Subdirección General de Planificación y Selección de Recursos Humanos; -Subdirección General de Promoción Profesional; -Subdirección General de Gestión de funcionarios; -Subdirección General de Función Pública Local; - Subdirección General de la Comisión Superior de Personal; - Secretaria General de la Comisión de Coordinación de Función Pública.

La organización

2.1.3. El Ministro de Economía y Hacienda.

50. Al Ministro de Economía y Hacienda le corresponde una función fundamental en el ámbito que tratamos, en tanto que no sólo tiene la ya de por sí trascendental competencia de "proponer al Gobierno, en el marco de la política general económica y presupuestaria, las directrices a que deberán ajustarse los gastos de personal de la Administración del Estado", sino que, además, le corresponde "autorizar cualquier medida relativa al personal que pueda suponer modificaciones en el gasto".(art. 5 de la L.M.R.F.P.).

2.1.4. La Comisión Interministerial de Retribuciones.

51. Creada por el Real Decreto 469/1.987, de 3 de abril de 9, por el que se articulan las competencias conjuntas atribuidas al Ministerio para las Administraciones Públicas y al Ministerio de Economía y Hacienda. Dicha Comisión es el órgano colegiado encargado de coordinar las actuaciones en materia de relaciones de puestos de trabajo y retribuciones de personal de la Administración del Estado que, de conformidad con la normativa vigente, estén atribuidas conjuntamente a los Ministerios para las Administraciones Públicas y de Economía y Hacienda (art. 1.1). Entre otras competencias, todas ellas relevantes, destaca la de

"elaborar las propuestas conjuntas que los Ministros para las Administraciones Públicas y de Economía y Hacienda han de elevar al Consejo de Ministros en relación con ...las eventuales mejoras retributivas que pudieran negociarse por el Ministro para las Administraciones Públicas con las centrales sindicales más representativas en el ámbito de la Función Pública, de acuerdo con lo fijado por el artículo 13 de la Ley 31/1.986, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1.987" (art. 1.3).

2.1.5. Los Ministros.

52. Los anteriores órganos ejercen sus competencias respecto a todos los funcionarios públicos de la Administración del Estado incluidos en el ámbito de aplicación de la L.M.R.F.P.¹⁸⁰; esto es, con independencia de la adscripción de estos últimos a un Ministerio determinado. No obstante, la normativa que comentamos también reconoce un conjunto de competencias a este último respecto de aquellos. Concretamente, compete a los Ministros correspondiente la iniciativa para proponer al Gobierno "los proyectos de normas específicas relativas a las peculiaridades del personal docente e investigador, sanitario, de los servicios postales y de telecomunicaciones y del destinado en el extranjero" (art. 3.2 R.D.

¹⁸⁰. Vid., DEL REY GUANTER, S., Estado..., cit., pág. 44.

La organización

2.169/1.984).

Además, corresponde a los Ministros en relación con los funcionarios destinados en su Departamento y a los secretarios del Estado, en relación con los funcionarios destinados en las Unidades orgánicas adscritas a los mismos, según el artículo 9 del R.D. 2.169/1.984, de 28 de noviembre¹⁸¹:

1º. La provisión de los puestos de trabajo de libre designación previa convocatoria pública.

2º. La convocatoria de los concursos para la provisión de puestos de trabajo, con arreglo a las bases previamente aprobadas según lo dispuesto en el art. 6.4 del mismo Real Decreto, y la resolución de los mismos.

3º. El ejercicio de las potestades disciplinarias, excepto la separación del servicio, con arreglo a las disposiciones vigentes.

4º. La propuesta de la relación de puesto de trabajo.

5º. Otorgar los premios o recompensas que, en su caso, procedan.

6º. Designar los representantes del Departamento en las Comisiones de análisis de los programas alternativos de gasto.

Y los Subsecretarios de los distintos Ministerios, "en el

¹⁸¹. Estas competencias han sido ampliadas por los arts. 1 y 2 del Real Decreto 1.084/1.990, de 31 de agosto, de redistribución de competencias en materia de personal.

La organización

ejercicio de la superior dirección que les corresponde con relación a todos los funcionarios destinadas en los mismos", de conformidad con lo preceptuado en el art. 10 del R.D. 2.169/1.984, ejercen las siguientes competencias:

- 1º. Ejercer la jefatura y asumir la inspección de personal.
- 2º. Reconocer la adquisición y cambio de grados personales.
- 3º. La declaración de las situaciones de servicios especiales y de servicio en las Comunidades Autónomas.
- 4º. La adscripción provisional, en comisión de servicios especiales, a puestos de trabajo que supongan cambio de localidad.
- 5º. Autorizar la asistencia a cursos de selección, de formación y perfeccionamiento.
- 6º. Todos aquellos actos de administración y gestión ordinaria del personal que no figuren atribuidos a otros órganos en este Real Decreto.

2.1.6. Los Delegados del Gobierno y los Gobernadores Civiles.

53. Según el art. 10 de la L.M.R.F.P. "corresponde a los Delegados del Gobierno en relación al personal que haya sido destinado a los servicios periféricos de ámbito regional, y a los Gobernadores civiles en relación con el personal destinado a los servicios periféricos provinciales, el ejercicio de las

La organización

competencias que la legislación vigente atribuye a los Subsecretarios y a los Directores generales en relación al personal de los servicios periféricos de la Administración del Estado, sus Organismos Autónomos y de la Seguridad Social, sin perjuicio de la superior dirección que corresponde a los Departamentos ministeriales".

El precepto transcrito ha sido posteriormente desarrollado por el Real Decreto 2.169/1.984, de 28 de noviembre, cuyo artículo 11 dispone, a su vez, que corresponden a los Subsecretarios de los Ministerios, respecto a los funcionarios destinados en los Servicios Centrales de los mismos y de sus Organismos Autónomos y demás Entidades dependientes de los mismos, y a los Delegados del Gobierno y Gobernadores Civiles en relación a los funcionarios destinados en servicios periféricos de ámbito regional y provincial, respectivamente, las siguientes competencias:

- 1) La adscripción provisional, en comisión de servicios a puestos de trabajo por tiempo inferior a seis meses y que no supongan cambio de Ministerio o localidad.
- 2) Dar posesión y cese a los funcionarios en los puestos de trabajo a que sean destinados.
- 3) Declarar las jubilaciones forzosas y por incapacidad física.

La organización

4) La propuesta e informe sobre autorización o reconocimiento de compatibilidades.

5) La concesión de permisos o licencias.

6) El reconocimiento de trienios.

7) La concesión de excedencias voluntarias cuando no sea por interés particular.

8) Atribuir el desempeño provisional de puestos de trabajo en los casos previstos en el art. 21.2.c) de la L.M.R.F.P.

54. Importa realizar al respecto las siguientes puntualizaciones:

1º) Los Delegados del Gobierno y los Gobernadores civiles, en cuanto ostentan la Jefatura Superior de (toda) la Administración del Estado en las Comunidades y Provincias de su respectivo mando (arts. 5º de la Ley 17/1.983, de 16 de noviembre, 3º del R. D. 1.223/1.983, de 4 de mayo y 11 del R.D. 3.117/1.980, de 22 de diciembre), ejercen su autoridad sobre (todo el "personal que haya sido destinado a los servicios periféricos de ámbito regional ...o provincial" integrados en aquélla (art. 10 de la L.M.R.F.P.), con independencia, por lo tanto, de cuál sea el Cuerpo al que cada funcionario pertenezca y cuál la Dirección Provincial Departamental (o unidad que, en su caso, la sustituya) en la que preste sus

La organización

servicios¹⁸².

2º) En el marco autonómico o provincial de la Administración Central del Estado no existe otra autoridad ni, por ende, otra representación política con poder decisorio propio, que la de los Delegados del Gobierno y de los Gobernadores civiles, respectivamente¹⁸³. Por debajo de ellos, el resto del personal destinado en las Administraciones regional o provincial sólo merecerá el calificativo jurídico u orgánico de funcionario, cualquiera que sea la función que desempeñe, el Cuerpo al que pertenezca, la categoría que ostente o el nivel retributivo por el que se le pague.

3º) Las competencias de estos órganos en materia de personal son de carácter meramente ejecutivo¹⁸⁴. A partir de los arts. 10 y 11 de la L.M.R.F.P. y del R.D. 2.169/1.984, se puede concluir que el legislador no les ha conferido expresamente poder reglamentario, ya que éste no aparece en la relación de sus atribuciones. Y tampoco lo ha hecho de modo implícito, pues el ejercicio de las

¹⁸². Así, DE LA MORENA Y DE LA MORENA, L., "Las competencias de los Delegados del Gobierno y de los Gobernadores Civiles en materia de personal: articulación y régimen", D.A., núm. 204, 1.985, pág. 186.

¹⁸³. DE LA MORENA Y DE LA MOERNA, L., op. ult. cit., pág. 186.

¹⁸⁴. En este sentido, DE LA MORENA Y DE LA MORENA, L., op. cit., pág. 189, quien, aunque no aborda esta cuestión, al referirse a los actos dictados por los Delegados del Gobierno y los Gobernadores Civiles en el ejercicio de sus competencias en materia de personal siempre habla de "actos o resoluciones administrativas" y no de disposiciones administrativas de carácter general.

La organización

atribuciones que estos órganos tienen en materia de personal no requiere la emanación de reglamentos, pues estos se limitan a adoptar decisiones en cumplimiento de una normativa que les viene impuesta.

2.2. Red orgánica con atribuciones fundamentalmente consultivas, de propuesta y asesoras.

55. Se trata del Consejo Superior de la Función Pública, la Comisión de Personal y la Comisión de Coordinación de la Función Pública.

2.2.1. El Consejo Superior de la Función Pública.

56. El Consejo Superior de la Función Pública (en adelante C.S.F.P.) , según el art. 6.1 de la L.M.R.F.P., es "el órgano superior colegiado de coordinación y consulta de la política de Función Pública, así como de participación del personal al servicio de las Administraciones Públicas".

1º. Composición.

El C.S.F.P. es un órgano -colegiado- de composición mixta, esto es, con representantes tanto de las Administraciones Públicas

La organización

como de los sindicatos del personal al servicio de éstas. Por parte de las primeras, la atribución de puestos viene establecida en el art. 7.1 de la L.M.R.F.P. Según este artículo el C.S.F.P. estará compuesto por : 1º) Siete representantes de la Administración del Estado (el Ministro para las A.A.P.P., que será el presidente, el Secretario de Estado para la Administración Pública, que será el vicepresidente, el Secretario de Estado de Hacienda, los Subsecretarios de todos los Ministerios, el Secretario general del Consejo de la Función Pública, que será nombrado por Real Decreto con categoría de Director general), 2º) Un representante de cada Comunidad Autónoma (recayendo dicha representación en el miembro del Consejo de Gobierno que tenga a su cargo la dirección superior de personal); y 3º) Diecisiete representantes de las Corporaciones Locales, designados por las Federaciones de Entidades Locales existentes, en proporción a su representación respectiva.

Respecto a la parte sindical, la L.M.R.F.P. sólo indica el número de puestos -diecisiete- y que su distribución se realizará "en proporción a su representatividad respectiva". El art. 39 de la L.O.R.A.P. ha matizado esta primer regla, y ha dispuesto que los 17 puestos serán designados por las organizaciones sindicales de acuerdo con las siguientes normas: 1. Un puesto por cada una de las organizaciones sindicales más representativas a nivel estatal y de Comunidad Autónoms. 2 Los puestos restantes se distribuirán entre

La organización

las organizaciones sindicales que hayan obtenido el 10 por 100 o más de los Delegados de Personal y miembros de Juntas de Personal, en forma proporcional a la audiencia obtenida, valorada en función de los resultados en las elecciones previstas en la presente Ley, así como en las elecciones del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas".

De este precepto se desprende lo siguiente: 1º) que los sindicatos más representativos a nivel estatal y autonómico tienen garantizado en todo caso un puesto en el C.S.F.P. y, además, concurren con los simplemente representativos en la adjudicación de los restantes en proporción a la audiencia electoral acreditada por cada uno de ellos, de modo que que estos sindicatos con el mismo grado de representatividad siempre dispondrán de un puesto más; 2º) que el 10 por 100 ha de acreditarse en el conjunto de las Administraciones Públicas (y no en alguna de ellas o en alguno o alguno de sus sectores)¹⁸⁵; y 3º) que la representatividad ha de medirse entre funcionarios públicos y personal laboral que preste servicios a las Administraciones Públicas¹⁸⁶

¹⁸⁵. En este sentido, DEL REY GUANTER, S., Comentarios a la Ley de Organos de Representación, Determinación de las condiciones de trabajo y Participación del Personal al servicio de las Administraciones Públicas, Madrid, 1.988, pág. 255; GARCIA MURCIA, J., "Libertad sindical y representatividad de los sindicatos en la Función Pública", en A.A.V.V., Seminario de relaciones colectivas en la Función Pública, Sevilla, 1.989, pág. 184.

¹⁸⁶. DEL REY GUANTER, S., op. ult. cit., pág. 255; GARCIA MURCIA, J., op. ult., cit., pág. 184.

La organización

2º. Competencias.

Corresponden al C.S.F.P., según el art. 6.2 de la L.M.R.F.P., las siguientes competencias:

1ª. Informar en el plazo de dos meses los Anteproyectos de Ley referentes al personal al servicio de las Administraciones Públicas cuando le sean consultados por el Gobierno o los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas.

2ª. Informar en el plazo de dos meses sobre aquellas disposiciones o decisiones relevantes en materia de personal, que le sean consultadas por el Gobierno, los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas o las Corporaciones locales a través de sus representantes.

3ª. A propuesta de sus componentes, tomar conocimiento, debatir y en su caso, recomendar a las Administraciones competentes la adopción de medidas dirigidas a mejorar la organización social del personal de las Administraciones Públicas.

4ª. Debatir y proponer, a iniciativa de sus componentes, las medidas necesarias para la coordinación de las políticas de personal de las distintas Administraciones Públicas, y, en especial, en lo referente a Registros de Personal, sistemas de acceso, relación de puestos de trabajo, retribuciones, homologación de funcionarios y oferta de empleo.

La organización

El Consejo, a petición del Gobierno, los Consejos de Gobierno de las C.C.A.A. o las Corporaciones locales o por propia iniciativa, "informa" o "recomienda". Los informes que emite no tienen el carácter de preceptivos u obligatorios, salvo que tal carácter venga impuesto por otra norma, ni tienen carácter vinculante para la Administración resolutoria -art. 7.3 de la L.M.R.F.P.-.

A la vista de la composición y de las competencias atribuidas al C.S.F.P., se pueden realizar varias consideraciones sobre su virtualidad, fundamentalmente, las siguientes.

1ª) En primer lugar, es un órgano de consulta. Pero la función institucional de consulta o asesoramiento que desarrolla reviste una significación peculiar sustancialmente distinta de la llevada a cabo por otros órganos consultivos, y ello por las razones que siguen a continuación¹⁸⁷.

2ª) En segundo lugar, es un órgano de coordinación de la política de personal entre las Administraciones Públicas. En efecto, forman parte de este órgano colegiado representantes designados por la Administración del Estado, las C.C.A.A. y las

¹⁸⁷. Sobre este tema, véase, FONT I LLOVET, T., "Organos consultivos", R.A.P., núm. 106-108, 1.985, págs. 61 y ss

La organización

C.C.L.L. De esta forma, se produce en el seno de este órgano consultivo y en el ejercicio de la correspondiente actividad un fenómeno de colaboración entre las A.A.P.P., que puede favorecer notablemente la obtención de resultados coordinados o cooperativos de particular interés en una materia sobre la que todas ellas tienen poderes normativos concurrentes.

3ª) En tercer lugar, es un instrumento de participación del personal al servicio de las Administraciones Públicas. Constituye una manifestación del fenómeno de participación en la Administración, formalizada aquí a través de la inclusión de portavoces de los intereses del personal al servicio de las Administraciones Públicas dentro de la organización administrativa. Por consiguiente, en el seno de este órgano consultivo, antes de elevar la opinión del citado órgano a la Administración resolutoria, se realiza una composición e integración de los intereses de las Administraciones Públicas y de su personal.

4ª) En cuarto lugar, es el órgano de coordinación por excelencia, aún dentro de sus limitadas competencias, respecto a las políticas de las Administraciones Públicas en relación con los funcionarios y el personal contratado laboralmente. En efecto, los representantes de las Administraciones Públicas que forman parte de este colegio ostentan competencias, directa o indirectamente, en

La organización

relación con todo el personal, esto es, tanto de los funcionarios públicos como del personal laboral. Y los puestos sindicales se distribuyen entre los sindicatos en base a la representatividad obtenida por los mismos no sólo en la Función Pública, sino también en el sector laboral de tales Administraciones Públicas. De este modo, se produce en el seno de este órgano consultivo una composición e integración de los intereses de ambas categorías, que puede contribuir, notablemente, a homogeneizar y aproximar los regímenes jurídico laboral y funcionarial, y a eliminar las diferencias infundadas que existen entre ambos.

2.2.2. La Comisión de Coordinación de la Función Pública.

57. El art. 8.1 de la L.M.R.F.P. configura a esta Comisión como "el órgano encargado de coordinar la política de personal de la Administración del Estado y de las Comunidades Autónomas, para formar el plan de oferta de empleo público y proponer las medidas que sean precisas para ejecutar lo establecido en las bases del régimen estatutario de los funcionarios".

La Comisión (en adelante C.C.F.P.) tiene una composición paritaria integrada por los representantes de la Administración del Estado y de las Comunidades Autónomas que establece el art. 8.2. Hay que tener en cuenta que, a diferencia del órgano anterior, éste

La organización

no tiene una finalidad de participación respecto al personal funcionario, y de ahí la ausencia de representantes sindicales en la composición del mismo. Integran la Comisión por parte de la Administración del Estado el Secretario de Estado para la Administración Pública, que será su presidente; el Secretario de Estado de Hacienda, que será su vicepresidente; el Director general de la Función Pública; el Director general de Gastos de Personal; el Presidente del Instituto Nacional de la Administración Pública; el Interventor general de la Administración del Estado; el Inspector general de Servicios de la Administración Pública; el Director general de Presupuestos; ocho representantes de la Administración del Estado, designados por el Gobierno a propuesta del Ministro para las Administraciones Públicas y el Secretario general. Y, en representación de las Comunidades, forman parte de la Comisión los titulares de los órganos directivos encargados de la Administración de personal.

2.2.3. La Comisión Superior de Personal.

58. El art. 9 de la L.M.R.F.P. configura la Comisión Superior de Personal (en adelante C.S.P.) como el "órgano colegiado de coordinación, documentación y asesoramiento para la elaboración de la política de personal al servicio de la Administración del Estado, ejerciendo las competencias que le atribuye la legislación

La organización

vigente". Autoriza este mismo precepto al Gobierno para regular, mediante Decreto, su composición y funciones. El Gobierno hizo uso de tal autorización, dictando el Real Decreto 453/1.985, de 6 de marzo, sobre composición y funciones de la Comisión Superior de Personal. Dicho Real Decreto ha sido posteriormente modificado por el Real Decreto 1.085/1.990, de 31 de agosto.

1º) Composición.

De acuerdo con el artículo 3.1 del Real Decreto 1.085/1.990, de 31 de agosto, la C.S.P. se integra por un Presidente (el Secretario de Estado para la Administración Pública); un Vicepresidente (el Director General de la Función Pública); una serie de Vocales que señala el precepto (fundamentalmente los Directores Generales y máximos responsables de los Departamentos en materia de personal), y un Secretario General, von voz y voto y con rango de Subdirector General.

2º) Competencias.

El R.D. 1.085/1.990 le atribuye unas competencias generales y otras específicas. Hay que tener en cuenta a este respecto, que existe una diferencia esencial entre los dos últimos órganos y la C.S.P. respecto a sus respectivos ámbitos de actuación, a saber,

La organización

que mientras aquéllos desarrollan sus competencias en relación a todas las Administraciones Públicas, este último órgano se centra específicamente en la Administración del Estado.

El papel que tiene atribuido este órgano actualmente es el siguiente:

- Como órgano de coordinación, la Comisión Superior de Personal debe proponer los criterios unitarios de actuación en materia de personal en el ámbito de la Administración del Estado y la adopción de las medidas que estime convenientes para la ordenación de la Función Pública.

- Como órgano de asesoramiento, deberá emitir informe sobre los proyectos de normas de general aplicación a la Función Pública, así como sobre las propuestas de acuerdos que, por su singular importancia, sea aconsejable someter a su consideración.

- Como órgano de documentación, deberá cuidar a través de sus servicios del mantenimiento actualizado de las bases de datos y fondos documentales de disposiciones generales, jurisprudencia y publicaciones de interés relacionadas con la Función Pública y de la preparación de la información que deba facilitarse a sus miembros para el más completo estudio de los asuntos que se sometan a su consideración.

La organización

59. De una forma más particularizada también le corresponde, según determina el art. 4 del R.D. 1.085/1.990:

1º- Informar preceptivamente en el ámbito de la Administración del Estado, los proyectos de disposiciones de carácter general que afecten al personal incluido en el art. 1 de la L.M.R.F.P.

2º- El ejercicio de cuantas funciones le estén atribuidas por norma con rango de Ley.

3º- Emitir informe sobre cuantos asuntos de su competencia material le sean consultados por el Gobierno, los Ministros para las Administraciones Públicas y de Economía y Hacienda o el Secretario de Estado para la Administración Pública.

4º- Informar, a instancia de los Departamentos convocantes, en cualquier caso, o del órgano competente del Ministerio para las Administraciones Públicas, cuando la complejidad, trascendencia o entidad de las innovaciones lo requiera, sobre: a) Las bases de las convocatorias de los concursos para la provisión de los puestos de trabajo; b) Las convocatorias de pruebas de acceso a Cuerpos y Escalas de las Administraciones del Estado y de la Seguridad Social.

2.3. Valoración global.

59. La comprensión de las características de la

Administración del Estado, en cuanto parte de la negociación colectiva, no sólo exigen la determinación concreta de que órganos van a desarrollar competencias en materia de personal, sino también del previo entendimiento de una serie de notas distintivas que son definitorias de la Administración Pública. A este respecto, se pueden señalar tres notas a tener en consideración, a saber, la centralización en la dirección del personal funcional, la complejidad de la estructura orgánica y la interdependencia entre política y Administración.

2.3.1. La centralización en la dirección del personal funcional.

60. La L.M.R.F.P. ha operado un avance decisivo en el proceso de centralización en la dirección del personal funcional¹⁸⁸. La centralización se ha producido por la doble vía de concentrar las atribuciones en materia de personal en los órganos superiores de la Función Pública y de atribuir a estos órganos una competencia general respecto a todos los funcionarios públicos, con independencia de su pertenencia o no a un Cuerpo especial y de su adscripción a un determinado Ministerio. Con la nueva estructura de la L.M.R.F.P. no sólo se instituye al Gobierno como responsable en

¹⁸⁸. Destacan este rasgo, entre otros muchos, DEL REY GUANTER, S., Estado..., cit., pág. 43; PALOMAR OLMEDA, A. Derecho..., cit., págs. 155 y ss.

La organización

última instancia de la política general de personal, sino que, desde la perspectiva operativa, se configura al Ministerio para las A.A.P.P. como máximo órgano de desarrollo y ejecución de dicha política respecto a toda la Función Pública, en perjuicio evidente tanto de los Ministerios individualmente considerados como de los propios Cuerpos de funcionarios como grupos de autorregulación. Con ello se intenta ofrecer una solución a la descoordinación resultante de la competencia prácticamente absoluta que cada Ministerio tenía respecto al personal adscrito al mismo y al poder que, como consecuencia de esa descentralización, habían ido adquiriendo los Cuerpos respecto a si mismos, en un fenómeno que acertadamente ha sido denominado de "autorregulación corporativa"¹⁸⁹.

2.3.2. La complejidad orgánica.

61. Otra característica distintiva de la Administración del Estado, en cuanto empresario es la gran complejidad orgánica¹⁹⁰. Un mero repaso a la estructura orgánica que se ha dibujado en el apartado anterior nos bastará para poder concluir que existe un muy elevado número de órganos con competencias en materia de personal. A lo cual hay que añadir, que no existe una delimitación perfecta

¹⁸⁹. Vid. DEL REY GUANTER, S., Estado..., cit., pág. 50.

¹⁹⁰. DEL REY GUANTER, S., Estado..., cit., pág. 52.

La organización

de las atribuciones que corresponde a cada órgano y que estamos en presencia de órganos en los que existe una tendencia natural a acumular el máximo de decisión posible y a obstaculizar todo intento de reducción del mismo. En consecuencia, y es una diferencia apreciable con el sector privado, estamos ante un "empleador" en el que es inevitable que no se dé una cierta "dispersión de poder", y, que, en consecuencia, existe una alta potencialidad de conflicto entre sus propios órganos rectores en materia de personal. Lo cual va a tener una trascendencia muy relevante en las relaciones colectivas en la Función Pública. Como veremos, ello va a tener por sí una enorme relevancia en el proceso de negociación colectiva y en la actividad que la parte sindical puede desarrollar con el objeto de extraer el mayor partido posible de las posibles divisiones y disensiones que puedan darse en la otra parte.

3.2.3. La interdependencia entre política y Administración.

62. Aunque tanto el Gobierno como el resto de órganos superiores de la Función Pública actúan en este ámbito como órganos administrativos, hay que tener en cuenta que el primero es ante todo y sobre todo, un órgano político y que la estructura jerárquica que se forma a partir del mismo está formada por órganos en los que el componente político en el proceso de elección y

sustitución de su titular y en la toma de decisiones en la dirección del personal funcionario tiende a jugar un papel decisivo¹⁹¹. Esta circunstancia diferencia a la Administración del Estado en cuanto actor en las relaciones colectivas con sus servidores y el empresario del sector privado, en el que el componente económico juega un rol más trascendental. Ciertamente, este componente económico también está presente, a veces de forma prioritaria, en el proceso de toma de decisiones en materia de personal en la estructura administrativa, pero, en última instancia, y también muchas veces de manera prioritaria, es la racionalidad política la que pesa trascendentalmente en aquel proceso. De esta forma, las relaciones colectivas en la Función Pública van a quedar teñidas en sus diferentes manifestaciones por el hecho de que la otra parte va a responder a una lógica y a unos impulsos políticos, y que, como tales, ni tienen la misma naturaleza ni el mismo grado de especificación que normalmente se da respecto a la actuación de los empresarios del sector privado en las relaciones colectivas con sus trabajadores y sus organizaciones. De ahí las diferencias específicas que tienen las relaciones colectivas en la Función Pública y la cautela con la que hay que examinar la aplicabilidad de la experiencia del sector privado sobre el tema, siendo necesario evitar todo intento de trasvase automático de los principios y conceptos elaborados para

¹⁹¹. Así, DEL REY GUANTER, S., Estado..., cit., pág. 53.

este último al primero.

3. La estructura de la Función Pública.

63. A pesar de la obsesión anticorporativista, la L.M.R.F.P. sigue utilizando la terminología y los conceptos de cuerpos y escalas para ordenar la estructura de la Función Pública. Todos los funcionarios han de pertenecer a un cuerpo o escala y todos los cuerpos y escalas se clasifican en uno de los cinco grupos A, B, C, D y E que establece la L.M.R.F.P. en función de la titulación exigida para el ingreso (art. 25). Así, son cuerpos y escalas del grupo superior, el A, aquellos para cuyo ingreso se requiere estar en posesión del título de licenciado o doctor, mientras que el grupo inferior, el E, comprende aquellos cuerpos o escalas para cuyo ingreso sólo se requiere estar en posesión del certificado de escolaridad.

Pero los funcionarios, al igual que los puestos de trabajo, se clasifican en 30 niveles, correspondiendo a cada cuerpo o escala un conjunto de ellos dentro de los cuales únicamente puede situarse el nivel que corresponde a cada funcionario, según la asignación de niveles establecida por el Reglamento General de Provisión de Puestos de Trabajo y de Promoción Profesional de los Funcionarios de la Administración del Estado. Así, los funcionarios de los

cuerpos y escalas del grupo E sólo pueden tener niveles personales entre 1 y 14 nivel; los del grupo D entre el 6 y el 18; los del grupo C entre el 8 y el 22, los del grupo B entre el 9 y el 26 y, por último, los del grupo A entre el 11 y el 30.

Ahora bien, si el grupo al que se adscribe el cuerpo y el funcionario viene dado por la categoría del título académico exigido para el ingreso; el nivel, dentro exclusivamente del intervalo de los reservados a su cuerpo o escala, lo adquiere por el desempeño de uno o más puestos de trabajo del nivel correspondiente durante dos años continuados o durante tres con interrupción.

Así pues, como en el sistema establecido en 1.963-64, el criterio de estructuración de la Función Pública es la distribución en Cuerpos o escalas. Sin embargo, el actual sistema no es un sistema de carrera tal y como éste se entendía en la legislación de 1.964. Ambos sistemas de ordenación guardan profundas diferencias¹⁹².

64. La comprensión de la situación actual se facilita con la enunciación de las características más sobresalientes de la

¹⁹². Vid. ESCUIN PALOP, V., "Cuerpos de funcionarios y la Ley de Medidas de Reforma de la Función pública", R.E.D.A., 1.985, págs. 49 y ss.

inmediata anterior y que cabe resumir en las siguientes¹⁹³:

1º) El cuerpo era la unidad estructural de la burocracia española. La esencia del sistema establecido en la L.F.C.E. la constituía la consideración del cuerpo como "elemento de ordenación de la función pública que facilitaba la selección de los funcionarios públicos y la provisión de los puestos de trabajo y el establecimiento de carreras administrativas. Basado en la idea de una cualificación profesional homogénea, el cuerpo constituía el marco de referencia que permitía reclutar los funcionarios en grupos y no individualmente para cada caso. Las funciones se asignaban a los diversos colectivos funcionariales, de forma que el cuerpo predeterminaba el puestos de trabajo. Los cuerpos tenían reservados determinados destinos, funciones o puestas de trabajo, de forma que también constituían el marco de referencia que facilitaba la provisión de puestos de trabajo. En definitiva, este sistema tenía como presupuesto la existencia de diversas actividades diferenciadas y su atribución a los integrantes de un determinado cuerpo, que habían sido seleccionados, en orden a la aptitud para el desempeño de dicha actividad, de forma que sólo los integrantes de esta colectivo podrían ocupar los puestos de trabajo que tenían reservados en función de su especialización. Así, basado en la idea

¹⁹³. Vid. ESCUIN PALOP, V., El acceso del personal y la provisión de puestos de trabajo en la Administración del Estado y de las Comunidades Autónomas, Madrid, 1.986, págs. 568 y ss.

La organización

de una cualificación profesional homogénea, el cuerpo constituía el marco de referencia que permitía reclutar los funcionarios en grupos y que facilitaba la provisión de los puestos de trabajo.

2º) La remuneración consistía en una retribución reglada, que estaba constituida por el sueldo del cuerpo (resultaba de la aplicación al sueldo base de un coeficiente multiplicador distinto para cada cuerpo dentro de una escala que iba desde el 1 a 5,5), las pagas extraordinarias y trienios, y una retribución discrecional compuesta por los complementos de destino (correspondía a aquellos puestos de trabajo que requiriesen particular preparación técnica o implicasen especial responsabilidad) y dedicación especial, las gratificaciones y los incentivos (remuneraban un rendimiento superior al normal en el trabajo).

65. Este sistema, por razones que no se pueden ahora desarrollar, fracasó; fracaso al que no fueron ajenos los intereses de los cuerpos que actuaron como grupos de presión buscando la "patrimonialización de la organización administrativa". Sobre esta situación actúa la L.M.R.F.P., a través de las siguientes medidas:

1ª) La simplificación y refundición de cuerpos de

La organización

funcionarios. La L.M.R.F.P. en su tendencia a la racionalización de la estructura burocrática, ha incluido entre sus normas reglas importantes tendentes a la simplificación y unificación de cuerpos o escalas. La racionalización de la estructura se centra en los apartados primero y segundo del artículo 27 de esta ley, que establecen una autorización al Gobierno para: -convocar pruebas unitarias de selección para el ingreso en los distintos Cuerpos o Escalas; - unificar, previo dictamen del Consejo de Estado, aquellos Cuerpos y Escalas de igual grupo, cuando para el acceso a los mismos se hayan exigido los mismos requisitos de capacidad profesional, e igual titulación académica, las pruebas de selección sean conjuntas o de contenido sensiblemente equivalente, interviniendo en su evaluación tribunales o Comisiones de composición similar, y le hayan sido asignadas funciones sustancialmente coincidentes en su contenido profesional y en su nivel técnico.

2ª) La ruptura de la adscripción de puestos de trabajo a cuerpos de funcionarios. En efecto, de acuerdo con el art. 15.2 de esta disposición legal "los puestos de trabajo serán de adscripción indistinta para todos los funcionarios incluidos en el ámbito de aplicación de esta ley", lo que representa la quiebra del cuerpo como instrumento de provisión. En efecto, la afirmación de la regla de la adscripción indistinta, implica la consideración de

La organización

que, en principio, los puesto administrativos carecen de perfiles sobre los qu e basar la especialización de los funcionarios. Así, aunque el cuerpo conserva su valor como elemento determinante del acceso (art. 25), pierde su eficacia en cuanto elemento de provisión (art. 15.2).

3º) El vigente sistema retributivo sigue básicamente, la misma estructura que diseñado en la L.F.C.E. No obstante, se distingue de él por la reducción del peso relativo que en el conjunto de la remuneración corresponde a las retribuciones básicas, en las que se impone, además, un mayor igualitarismo entre los cuerpos al establecer una abanico salarial de 1 a 3 como máximo. Por otra parte, aumenta la importancia de las retribuciones que se vinculan al puesto de trabajo y a la forma de desempeñarlo (los complementos de nivel, específico y productividad. En vista de ello, se concluye que la clasificación adquirida por el funcionario no le da derecho a ser retribuido conforme a la misma, sino que prevalece el nivel de retribución que tiene asignado el puesto de trabajo que desempeña¹⁹⁴.

II. ADMINISTRACION DE LAS C.C.A.A.

¹⁹⁴. Así, CAMARA DEL PORTILLO, D., "La Función pública ante el Tribunal Constitucional: una oportunidad perdida", R.E.D.A., núm. 57, 1.988, pág. 105.

1. Las Leyes de la Función Pública de las Comunidades

Autónomas.

66. Las C.C.A.A., en el ejercicio de su respectiva competencia, han dictado su Ley de Función Pública.

1. Andalucía. Ley 6/1.985, de 28 de noviembre, de Ordenación de la Función Pública de la Junta de Andalucía.

2. Aragón. Ley 1/1.986, de 20 de febrero, de Medidas para la Ordenación de la Función Pública de la Comunidad Autónoma de Aragón, modificada por la Ley 2/1.991, de 4 de enero.

3. Asturias. Ley 3/1.985, de 26 de diciembre, de Ordenación de la Función Pública de la Administración del Principado de Asturias, modificada por la Ley 4/1.991, de 4 de abril.

4. Baleares. Ley 2/1.989, de 22 de febrero, de la Función Pública de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares.

5. Canarias. Ley 2/1.987, de 30 de marzo, de la Función Pública de Canarias.

6. Cantabria. Ley 4/1.986, de 7 de julio, de la Función Pública de la Administración de la Diputación Regional de Cantabria.

7. Castilla y León. Ley 7/1.985, de 27 de diciembre, de Ordenación de la Función Pública de la Administración de la Comunidad Autónoma de Castilla y León, modificada por la Ley

La organización

6/1.990, de 18 de mayo.

8. Castilla-La Mancha. Ley 3/1.988, de 13 de diciembre, de Ordenación de la Función Pública de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha.

9. Cataluña. Ley 17/1.985, de 23 de julio, de la Función Pública de la Administración de la Generalidad de Cataluña.

10. Extremadura. Decreto Legislativo 1/1.990, de 26 de julio, que aprueba el texto refundido de la Ley de la Función Pública de Extremadura.

11. Galicia. Ley 4/1.988, de 26 de mayo, de la Función Pública de Galicia, modificada por la Ley 4/1.991, de 8 de marzo.

12. Madrid. Ley 1/1.986, de 10 de abril, de la Función Pública de la Comunidad de Madrid.

13. Murcia. Ley 3/1.985, de 19 de marzo, de la Función Pública de la Región de Murcia.

14. Navarra. Ley 13/1.983, de 30 de marzo, Reguladora del Estatuto del Personal al Servicio de la Administración Pública de Navarra, modificada por la Ley 5/1.990, de 27 de junio.

15. País Vasco. Ley 6/1.989, de 6 de julio, de la Función Pública del País Vasco.

16. Valencia. Ley 10/1.985, de 31 de julio, de la Generalidad de la Función Pública Valenciana, modificada por la Ley 6/1.990, de 14 de noviembre.

17. La Rioja. Ley 3/1.990, de 29 de junio, de la Función

La organización

Pública de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Rioja.

67. Esta legislación no permite, dada su diversidad, sino un breve comentario aproximativo y un análisis sistematizador de sus principales aspectos. Desde este objetivo de sentar meros rasgos generales, se indican como tales los que se destacan a continuación:

1º) Estas leyes se presentan, de forma explícita como un desarrollo del encargo existente en la L.M.R.F.P., norma que tras trazar el marco, será seguida puntualmente por los entes autonómicos, en ocasiones como en el sistema retributivo, con extremada fidelidad. Esta sujeción al modelo estatal no será, sin embargo, obstáculo para la existencia de divergencias en cuestiones estructurales, de indudable efectividad en determinadas materias.

2º) Las leyes son conscientes de su propia provisionalidad, puesto que parten de una ley de la que se predica tal cariz, como es la L.M.R.F.P. De este modo, no se recatan en declarar que sus preceptos no determinan el futuro de la Función Pública, pendiente de este estatuto general tantas veces aplazado, y que en el supuesto de dictarse no podría menos de incidir modificativamente en la legislación autonómica. El consiguiente no condicionamiento

del futuro definitivo de los colectivos funcionariales, marca con esta impronta a esta legislación territorial¹⁹⁵.

3º) Establecen y aplican un régimen jurídico unitario para todos los funcionarios públicos que prestan sus servicios en la Administración Pública de las respectivas Comunidades Autónomas¹⁹⁶. La Función Pública de las C.C.A.A se constituye mediante la integración de diverso personal procedente, bien del Estado o de sus Organismos Autónomos, bien de la Administración Local, bien de los incorporados en la preautonomía o ya en la autonomía. Ello significaba la necesidad de reducir a un sólo régimen jurídico los diversos aplicables al citado personal, y este principio inspirará todas las leyes autonómicas sobre Función Pública¹⁹⁷. Así, todas ellas se van a caracterizar por su alcance general en relación con todo el personal funcional al servicio de la Administración Pública de la respectiva Comunidad Autónoma.

Reducción a la unidad que va a llegar ocasionalmente a incluir en la regulación general, al propio personal del Parlamento, aun

¹⁹⁵. CASTELLS ARTECHE, J. M., Proceso de Construcción y desarrollo de la Función Pública autonómica, Barcelona, 1.987, pág. 230.

¹⁹⁶. CASTELLS ARTECHE, L.M., op. ult. cit., pág. 232.

¹⁹⁷. Destacan este rasgo, entre otros, CASTELL ARTECHE, J.P., Proceso..., cit., pág. 232; MORET JUAN, A., "Génesis y problemática de la Ley de Función Pública valenciana", en A.A.V.V., Jornadas sobre Administración y Función Pública en el Estado Autonómico, Zarautz, 1.986, pág. 74.

La organización

reconociendo la autonomía administrativa de estas instituciones representativas: así en el supuesto de la ley valenciana, las Cortes desarrollarán la ley general, estableciendo el régimen del personal dependiente de las mismas, atendiendo las características especiales de la actividad parlamentaria; o en fórmula similar, aunque más matizada, la precisión de la ley aragonesa, que mantiene que el Estatuto de Personal del parlamento se debe inspirar en la Ley de Función Pública.

Ello no obstante, las leyes autonómicas, siguiendo la técnica empleada por la L.M.R.F.P., suelen autorizar al Gobierno autonómico a adaptarla a las especiales características del personal docente, investigador y sanitario¹⁹⁸.

4º) Por lo demás, las leyes de las C.C.A.A. con competencias en materia de Función Pública local, también abarcan al personal de los entes locales en un común denominador normativo con el personal directamente dependiente de los entes comunitarios¹⁹⁹

¹⁹⁸. Así, entre otras, la Leyes de Cataluña (Ley 17/85, art. 2.5); Castilla La- Mancha (Ley 5/85, art. 2.2); Aragón (Ley 1/86, art. 2.3), y Madrid (Ley 1/86, art. 3.2).

¹⁹⁹. Así, incluyen en su ámbito de aplicación al personal local las leyes autonómicas sobre Función Pública del País Vasco (Ley 6/89, art. 2.1.d)); Navarra (Ley 13/83, art. 1.b)); Canarias (Ley 16/85, art. 1.b)); Galicia (Ley 4/88, art. 3.2); Valencia (Ley 10/85, art. 1.b)); Baleares (Ley 2/89, art. 2.1); Extremadura (Ley 2/86, art. 2.1.b)). En cambio, las leyes de Cataluña (Ley 17/85, art. 2.3.b)) y de Andalucía (Ley 6/85, disposición adicional 1ª) excluyen expresamente de su ámbito de aplicación a los funcionarios locales y remiten a una ley autonómica posterior la regulación de su estatuto. En esta línea, los arts. 290 y ss de la Ley 8/87, de 15 de abril, Municipal y de Régimen Local de Cataluña, contiene reglas sobre la Función Pública Local.

5º) Coherentes con el carácter básico de los arts. 3.4 y 5.2 de la L.F.C.A.E. y el art. 20.2 de la L.M.R.F.P., donde se establece la clasificación de los funcionarios, las leyes parten de la consideración del personal propio de la Comunidad en un listado completo con reiteración y del que se excluye a los cargos políticos; el funcionariado de carrera, los interinos, el personal eventual y el personal estatutario que haya sido transferido quedan incluidos en el ámbito subjetivo de estas leyes²⁰⁰.

2. La Administración de Personal.

68. En principio, las C.C.A.A. pueden crear los órganos superiores de la Función Pública que estimen convenientes, en virtud de su potestad de autoorganización. Además, al no existir en este punto preceptos básicos que les vinculen, pueden hacerlo con total libertad. Ello no obstante, las leyes de las diversas Comunidades Autónomas han imitado el modelo estatal. El reparto de atribuciones en materia de personal entre los órganos de la Administración autonómica presenta un paralelismo evidente con el de la Administración del Estado.

²⁰⁰. Coherentes con el carácter de norma básica de la dispo. adicional cuarta de la L.M.R.F.P. (cfr. art. 1.3 L.M.R.F.P.) las leyes autonómicas de la Función Pública no contemplan la figura del contratado administrativo. Véanse, por todas, la Ley 3/88, de 13 de diciembre de ordenación de la Función Pública de Castilla-La Mancha (art. 4) y la Ley 2/86, de 23 de mayo, de la Función Pública de Extremadura (art. 3).

La organización

1º) Así, las leyes autonómicas, en imitación estructural del art. 3.1 de la L.M.R.F.P., suelen atribuir al Consejo de Gobierno la dirección de la política de personal y el ejercicio de la función ejecutiva y la potestad reglamentaria en materia de Función Pública de la respectiva Comunidad²⁰¹. Aquí se vuelve a reproducir el mismo problema señalado respecto a la distribución de la potestad reglamentaria en la esfera estatal entre el Gobierno y los Ministros. En principio, deberá atenderse a los respectivos Estatutos²⁰² y a las diferentes leyes del Gobierno y de la Administración²⁰³, y de la Función Pública²⁰⁴ aprobadas por las Asambleas legislativas para conocer los titulares de la potestad reglamentaria en materia de Personal. Así, mientras en algunos casos se ha precisado la distribución interna de la potestad

²⁰¹. Ver, por todas, las leyes autonómicas sobre Función Pública de Andalucía (Ley 6/85, art. 4.1); País Vasco (Ley 6/89, art. 5) y Canarias (Ley 2/87, art. 5.1).

²⁰². Tres son, básicamente, las tendencias seguidas por los Estatutos de Autonomía en orden a la atribución de titularidad reglamentaria: 1ª) El silencio (Estatutos de Autonomía del País Vasco, Cataluña y Extremadura); 2ª) La asignación de titularidad reglamentaria al Consejo de Gobierno exclusivamente (Estatutos de Autonomía de Galicia (art. 37), Andalucía (art. 4.1); Castilla-La Mancha (art. 13), Canarias (art. 14), Navarra (art. 23), Baleares (art. 34), y Castilla y León (art. 17)); y 3ª) La atribución de potestad reglamentaria a éste y a la Asamblea (Asturias (art. 33), La Rioja (art. 23), Murcia (art. 32) y Madrid (art. 21)). Pero ningún Estatuto precisa la distribución interna de la potestad reglamentaria.

²⁰³. Así, por ejemplo, la Ley del Gobierno Vasco de 30 de junio de 1.981 atribuye competencia reglamentaria al Presidente (art. 8.c) y d)), al Consejo de Gobierno (art. 18.c)) y a los Consejeros "en las materias de su Departamento" (art. 26.4). La Ley Catalana de 23 de marzo de 1.982 sobre el Parlamento, Presidente y Consell Executiu establece que "corresponde al Consejo de Gobierno ejercer la potestad reglamentaria en todos los casos en que no esté específicamente atribuida al Presidente o a los Consejeros". La Ley sobre el Gobierno y la Administración de Extremadura de 7 de abril de 1.984 reconoce poder reglamentario a la Junta de Extremadura y a los Consejeros "en las materias que le sean propias".

²⁰⁴. Así, por ejemplo, el art. 5.1 de la Ley 6/85, de Ordenación de la Función Pública de Andalucía señala que el Consejero de la Presidencia ejerce la potestad reglamentaria en los supuestos de autorización del mismo.

La organización

reglamentaria, reconociéndola a los Consejeros, en otros supuestos tan sólo se ha establecido que la titularidad de tal potestad corresponde al Consejo Ejecutivo. En estos casos, no obstante, y por aplicación supletoria de la L.R.J.A.E., podrá reconocerse potestad reglamentaria a los Consejeros en las materias propias de su departamento, y no limitada al ámbito interno organizativo y doméstico.

2º) Se establece un tratamiento interdepartamental de las cuestiones generales en materia de personal. El proceso de transferencias pone de relieve en cada Comunidad que los funcionarios transferidos en las condiciones normales de trabajo, horario, jornada, ..., etc., tenían distinto tratamiento según el Departamento Ministerial de procedencia. Para evitar los agravios comparativos que tales tratamientos diferenciados pudieran producir se crean órganos con competencias generales respecto a todos los funcionarios públicos de la respectiva Comunidad Autónoma.

Así, partiendo de que al Consejo ejecutivo corresponde la dirección de la Administración, aunque se mantiene la tradicional bipolaridad entre la Conserjería de la Presidencia y la de Hacienda, existe un cierto decantamiento hacia la primera en relación al personal en general. A la Consejería de la Presidencia se suele atribuir el desarrollo general, la coordinación y el

La organización

control de la ejecución de la política del Consejo de Gobierno en materia de la Función Pública. Y a la Consejería de Hacienda se atribuye el control de los gastos en materia de Personal. Como novedad en la Ley de Murcia en la que se atribuyen las competencias a una sola Conserjería de Hacienda y Administración Pública (Ley 3/86, arts. 10 y ss), o la catalana, que determina que la Conserjería de Hacienda no posee ninguna competencia específica en materia de personal; o el caso de la Comunidad de Madrid, en la que se atribuyen los aspectos retributivos a la Conserjería de Presidencia (Ley 1/86, art.8).

3º) Se dan un variado elenco de organismos de coordinación y participación en los temas de personal, con nombres diversos como Comisión Superior de Organización y Función Pública Regional (Cantabria (Ley 4/86, art. 10), Consejo de la Función Pública (Castilla y León, Ley 7/85, art. 14); Consejo Regional de la Función Pública (Madrid, Ley 1/86, arts. 9 y ss). Se trata de órganos colegiados con funciones de coordinación de las entidades públicas y sindicales concernidas. Con competencias también para informar preceptivamente en todas las leyes y normas que afectan a la función pública.

3. La estructura de la Función Pública autonómica.

69. En principio, hay que decir que el principio de adscripción indistinta no tiene carácter básico, lo que permite que las C.C.A.A. puedan prescindir del mismo y reservar los puestos de trabajo a los funcionarios de los diversos cuerpos y escalas²⁰⁵. En este aspecto, las leyes autonómicas sobre Función Pública pueden ser agrupadas en dos categorías según adopten el sistema de carrera o tiendan a un sistema de empleo²⁰⁶.

70. La mayoría de las leyes autonómicas sobre Función Pública, en imitación del modelo estatal, adoptan el sistema de carrera, pero con algunas correcciones. En efecto, siguen el sistema de cuerpos, intentando evitar las graves disfunciones que aparecen en la Administración del Estado. Así, los funcionarios se agrupan en cuerpos en razón del carácter homogéneo de las funciones a realizar y, dentro de los cuerpos, se diversifican en escalas por razón de la especialidad. El núcleo central del sistema lo constituye la determinación de las funciones que debe desarrollar el cuerpo o escala, de forma que en ningún caso exista más de un cuerpo o escala que realice las mismas funciones o funciones análogas. Los cuerpos, siguiendo la pauta que el art. 25 de la L.M.R.F.P. establece como básica, se agrupan en cinco grupos: del

²⁰⁵. En este sentido, ENTRENA CUESTA, R., Curso..., cit., pág. 326.

²⁰⁶. Sobre la estructura de la Función Pública autonómica ver ESCUIN PALOP, V., El acceso del..., cit., págs. 216 y ss.

A al E.

71. Otras leyes, como la Ley 10/1.985, de 31 de julio, de la Función Pública valenciana, modificada por la Ley 6/1.990, de 19 de noviembre, huyen de la consideración del cuerpo como elemento estructural de la Función Pública y centran su atención en el puesto de trabajo. En la Ley valenciana resulta crucial la conexión entre los puestos de trabajo, elemento básico sobre el que se estructura la Función Pública valenciana, y el personal a su servicio. Conexión que se evidencia claramente a partir de la interpretación conjunta de los arts. 3 y 16 de la Ley. El primero de estos preceptos da un concepto de lo que debe considerarse funcionario de carrera en la Función Pública valenciana en cuanto a su procedencia, definiéndolo como el personal funcionario de carrera al servicio de la Administración Pública de la Generalidad, tanto en puestos de trabajo de las Administración General, como en puestos de trabajo de la Administración Especial. El art. 16 establece los criterios que determinan la relación jurídica del personal que desempeña los puestos de trabajo, definiendo tres grandes sectores o bloques de puestos de trabajo, en que se estructura la Función Pública valenciana: puestos de Administración General, puestos de Administración Especial y puestos de trabajo de naturaleza laboral.

La organización

La inexistencia de cuerpos no impide que se produzcan agrupaciones específicas, sobre todo, en orden a su selección homogénea. En este sentido, el art. 4.2 de la Ley examinada establece que en "los Grupos A y B del sector de Administración Especial, y como consecuencia de la clasificación de los puestos de trabajo y de las necesidades de la selección de personal, se establecerán por ley de la Generalitat Valenciana las clases que se consideren necesarias, atendiendo a la naturaleza de su función o a la profesión específica con que se correspondan. Pero la existencia de clases es una consecuencia de la clasificación de puestos de trabajo.

III. ADMINISTRACION LOCAL.

1. La normativa aplicable.

72. El art. 92.1 L.B.R.L. establece la jerarquía de las normas reguladoras de los funcionarios de la Administración local que se regirán, en primer lugar, por lo dispuesto en dicha ley y, con carácter supletorio ("en lo no dispuesto en esta ley"), por la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas en los términos del art. 149.1.18 de la Constitución. En este sentido, habrá de tenerse presente de modo especial los preceptos que por considerarse bases del régimen estatutario de los funcionarios

La organización

públicos son de aplicación a todas las Administraciones Públicas y, en consecuencia, a la local. Preceptos básicos contenidos en la L.M.R.F.P.; la L.I. y la L.O.R.A.P. El nivel normativo básico, en lo que concierne al personal local, queda, pues, integrado por una legalidad especial (la incluida en la L.B.R.L.) y la general contenida en la legislación estatal sobre funcionarios públicos que tenga carácter básico²⁰⁷. Ambas guardan entre sí la característica relación del Derecho especial y el general²⁰⁸

Para delimitar cual es la legislación del Estado aplicable, la Disposición Final primera de la L.B.R.L. autoriza al Gobierno para refundir en el plazo de un año, y en un solo texto, las disposiciones legales vigentes de acuerdo con lo dispuesto en la Disposición Derogatoria. El Gobierno hizo uso de tal autorización, dictando el texto Refundido del Régimen Local aprobado por el Real Decreto Legislativo 781/1.986, de 18 de abril (en adelante T.R.R.L.).

La L.B.R.L. y el T.R.R.L. hacen referencia tanto a los funcionarios propios de las C.C.L.L. como a los funcionarios con habilitación de carácter nacional. Pero faltaba la regulación pormenorizada que estableciese un régimen jurídico específico para

²⁰⁷. MORELL OCAÑA, L., *El Régimen...*, cit., pág. 162.

²⁰⁸. MORELL OCAÑA, L., *op. ult. cit.*, pág. 162.

La organización

estos últimos, en atención a las importantes funciones que les corresponde desempeñar en el seno de la Corporación Local. Con este fin el Real Decreto 1.174/1.987, de 18 de septiembre, sobre el Régimen jurídico de los Funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional lleva a cabo una enumeración de las funciones consideradas como reservadas a esta clase de funcionarios, clasifica los puestos de trabajo, regula la selección y formación, así como la provisión de los puestos de trabajo.

Así, pues, el régimen jurídico aplicable a los funcionarios propios de cada Corporación local se contiene en los arts. 92 a 97 y 100 y ss de la L.B.R.L. y en los arts. 167 y ss del T.R.R.L. Y el aplicable a los funcionarios locales con habilitación nacional se contiene en los arts. 98 y 99 de la L.B.R.L., arts. 155 a 166 del T.R.R.L. y en el R.D. 1.174/1.987, de 18 de septiembre. Las C.C.A.A. con competencias normativas en materia de Función Pública Local podrán completar las normas básicas estatales y la Ordenanza de cada entidad podrá completar esta regulación, precisando algunos extremos que constituirán el contenido típico de un Reglamento de Régimen interior.

73. Una consideración especial merecen los miembros de los Cuerpos de Policía local y de los Cuerpos de Bomberos, ya que son los únicos funcionarios locales para los que la L.B.R.L. prevé un

La organización

régimen especial²⁰⁹. En efecto, la disposición final tercera de la L.B.R.L. establece que el personal de las policías municipales y de los Cuerpos de Bomberos gozará de un Estatuto específico aprobado reglamentariamente (se entiende, por el Estado)²¹⁰. Pese a este mandato legislativo todavía no se ha reglamentado un Estatuto específico para el personal de la policías municipales de carácter más que unitario, homogeneizador, si bien tampoco puede sostenerse se carece de tal regulación estatutaria, destacando más la dispersión de sus normas, contenidas en la L.O.F.C.S., en las dictadas por las C.C.A.A. y en las que, con carácter transitorio o provisional se contienen en el T.R.R.L., además de las que dentro de su potestad autoorganizatoria aprueben o tengan aprobadas las Corporaciones²¹¹. Tampoco se ha dado cumplimiento a dicho mandato en relación con los Cuerpos de Bomberos. Sin embargo, a diferencia de los primeros en que la L.O.F.C.S. y las leyes de coordinación de las C.C.A.A. permiten un diseño general de su estatuto, para este personal no existen tales referencias legales, por lo que habrá de estarse a lo previsto en las reglamentaciones de este servicio que tengan aprobadas las Corporaciones Locales y, en particular, lo que

²⁰⁹. Así, GARCIA, P. y otros, op. cit., pág. 324; PUBLICACIONES ABELLA, Régimen Jurídico y Económico de los Funcionarios de la Administración Local, Tomo I, el Consultor de los Ayuntamientos, Madrid, 1.990, pág. 307.

²¹⁰. Así, GARCIA, P y otros, op. cit., pág. 324.

²¹¹. PUBLICACIONES ABELLA, Régimen ..., cit., pág. 308.

La organización

establece la Dispo. Transitoria quinta del T.R.R.L.²¹².

También tienen un régimen peculiar, según la disposición final cuarta, los miembros del personal adscrito al extinguido Servicio Nacional de Inspección y Asesoramiento de las Corporaciones Locales; no obstante, la misma norma que prevé su peculiaridad "orgánica y funcional" (que deberá regular el Gobierno en el plazo de tres meses desde la entrada en vigor de la ley) afirma, contradictoriamente, que este personal se regirá por la legislación de funcionarios civiles del Estado.

2. La administración de Personal.

74. El art. 129 T.R.R.L. viene a concretar la distribución de competencias en materia de personal de la Administración Local, distinguiendo entre las competencias del Estado y las propias de las Corporaciones Locales.

2.1. Las competencias estatales.

2.1.1. Del Gobierno.

75. Según el apartado primero del art. 129 T.R.R.L.,

²¹². PUBLICACIONES ABELLA, Régimen..., cit., pág. 309.

La organización

corresponde al Gobierno, a propuesta del Ministro de Administración territorial (hoy para las Administraciones Públicas), las siguientes competencias:

1º. Establecer los límites máximos y mínimos de las retribuciones complementarias de los funcionarios de la Administración Local.

2º. Establecer los límites de carácter general a los gastos de personal de las Entidades Locales, sin perjuicio de los que puedan establecerse en las Leyes de Presupuestos Generales del Estado o en otras Leyes.

3º. Establecer las normas básicas específicas de la carrera administrativa, especialmente en cuanto se refiere a la promoción y movilidad.

4º. Aprobar los demás proyectos de normas básicas de aplicación a la Función Pública local que deban revestir la forma de Real Decreto.

5º. Determinar reglamentariamente el alcance y contenido de la función de la fe pública de todos los actos y acuerdos.

2.1.2. Del Ministro para las Administraciones Públicas.

76. Se recogen en el apartado 2 del art. 129 T.R.R.L., con referencia, al desaparecido Ministerio de Administración

La organización

territorial, cuya estructura organizativa se integró en el actual para las Administraciones Públicas creado por R.D. 1.519/1.986, de 25 de julio, y son las siguientes:

1º. Establecer las normas con arreglo a las cuales hayan de confeccionarse en las entidades locales las relaciones de puestos de trabajo, la descripción de puestos de trabajo tipo y las condiciones requeridas para su creación.

2º. En relación con los funcionarios con habilitación de carácter nacional:- El desarrollo de su régimen legal general; - La convocatoria de las pruebas selectivas para el acceso a los cursos para la obtención de la habilitación y la aprobación de las bases y programas correspondientes; - La expedición de los títulos acreditativos de la habilitación de carácter nacional a quienes superen los cursos de formación; - El establecimiento de las normas básicas de los concursos para la provisión de las plazas reservadas a funcionarios con habilitación de carácter nacional, incluyendo los méritos generales de preceptiva valoración; -La determinación de la fecha en que deberán convocarse por las Administraciones de las Comunidades Autónomas los concursos anuales a que se refiere el párrafo anterior, y en su caso, la convocatoria de los mismos con carácter supletorio; -El nombramiento definitivo de estos funcionarios para el puesto de trabajo correspondiente, a la vista

La organización

de la propuesta formulada por la respectiva Corporación; -Los nombramientos interinos, acumulaciones y comisiones de servicios de los funcionarios con habilitación de carácter nacional; - Acordar la destitución del cargo o la separación del servicio de los funcionarios con habilitación de carácter nacional, previo expediente instruido al efecto.

2.2. Las competencias de las Entidades Locales.

77. A los órganos de la Corporación Local le corresponden, según el apartado tercero del art. 129 T.R.R.L., las restantes competencias en materia de personal a su servicio y, en particular, las siguientes:

1º. La aprobación de plantillas y relaciones de puestos de trabajo y sus modificaciones.

2º. El establecimiento de escalas, subescalas y clases de funcionarios y la clasificación de los mismos.

3º. La determinación del procedimiento de ingreso en las Subescalas de Administración especial.

Los órganos de las Corporaciones locales en los que se residen las competencias enumeradas en el precepto transcrito, vienen especificados en los arts. 50 y 70 del Reglamento de

La organización

Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, aprobado por R.D. 2.568/1.986, de 28 de noviembre (en adelante R.O.F.), por lo que se refiere a los Plenos, y 41 y 61, en cuanto al Alcalde o Presidente de la Diputación. Dado que la regulación es similar, nos limitaremos a los órganos municipales.

Pero antes de detallar esta distribución de competencias, conviene traer a primer término el tema de la titularidad del poder reglamentario en el ámbito local. Según defiende la doctrina mayoritaria²¹³, la posibilidad de crear derechos y obligaciones, de ordenar la actividad interna de la Corporación Local es competencia exclusiva del Pleno, que la ejerce por medio de la Ordenanza y del Reglamento (art. 22.2.d) y art. 33.2.b) L.O.R.A.P.²¹⁴ Por ello, la competencia de todos aquellos aspectos en los que de algún modo pueda hacerse presente esa potestad en materia de personal se atribuye al Pleno.

2.2.1. Del Pleno.

²¹³. En este sentido, EMBID IRUJO, A., "Ordenanzas y reglamentos municipales", en A.A.V.V., Tratado de Derecho Municipal, Madrid, 1.988, págs. 403 y ss; MORELL OCAÑA, L., El Régimen Local español, Tomo I, Madrid, 1.988, pág. 216; LLISES BORELL, F., Manual de Derecho Local, Madrid, 1.986, pág. 149.

²¹⁴. Véanse las S.S.T.S. de 24 de octubre de 1.986 y de 13 de julio de 1.987, en las que se dice que la potestad municipal de dictar Ordenanzas corresponde al Ayuntamiento en pleno y que es indelegable. Ello no obstante, reconocen que el bando es un exponente de la potestad normativa de los órganos de la Administración Local, pero sobre cuestiones de tono menor.

La organización

78. Corresponde al Pleno (arts. 50 y 70 R.O.F.):

1º. Aprobar la plantilla de personal y la relación de los puestos de trabajo de la entidad, con arreglo a las normas estatales previstas en el art. 90.2 de la L.B.R.L., y determinar el número y características del personal eventual, así como aprobar la oferta anual de empleo público.

2º. La fijación de la cuantía global de las retribuciones complementarias, dentro de los límites máximos y mínimos y demás prescripciones establecidas en las normas estatales de desarrollo del art. 93 de la L.B.R.L.

3º. Aprobar las bases de las pruebas para la selección de personal, con sujeción a las normas reglamentarias que dicte el Estado en aplicación de la autorización conferida por el art. 100.2 de la L.B.R.L.

4º. Aprobar las bases que hayan de regir en los concursos de provisión de puestos de trabajo, con sujeción a las normas básicas que dicte el Estado, según lo previsto en los arts. 90.2 y 101 de la L.B.R.L., y resolver motivadamente los concursos a que se refiere el art. 102.2 de la misma Ley.

5º. La autorización o denegación de compatibilidad del personal al servicio de la entidad local para un segundo puesto o actividad en el sector público, así como la resolución motivada reconociendo la compatibilidad o declarando la incompatibilidad del

La organización

citado personal para el ejercicio de actividades de la entidad local, a que se refieren los arts. 9 y 14 de la Ley de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas.

6º. Separar del servicio a los funcionarios de la entidad, ratificar el despido del personal laboral e imponer sanciones por faltas graves o muy graves a los funcionarios con habilitación de carácter nacional que no supongan la destitución del cargo ni la separación definitiva del servicio.

2.2.2. Del Alcalde o Presidente.

79. Son sus atribuciones (arts. 41 y 61 R.O.F.):

A) Desempeñar la jefatura superior de todo el personal de la Corporación y como Jefe directo del mismo ejercer todas las atribuciones en materia de personal que no sean de la competencia del Pleno ni de la Administración del Estado, y, en particular, las siguientes:

1º. Efectuar las convocatorias derivadas de la oferta anual de empleo público, de conformidad con las bases aprobadas por el Pleno de la Corporación y nombrar funcionarios de carrera de la Corporación, a propuesta del Tribunal, a los que superen las correspondientes pruebas.

La organización

2º. Resolver las convocatorias y concursos para la provisión de los puestos de trabajo de libre designación.

3º. Contratar y despedir al personal laboral de la Corporación y asignar al mismo a los distintos puestos de carácter laboral previstos en las correspondientes relaciones aprobadas por la Corporación, de acuerdo con la legislación laboral.

4º. Nombrar y cesar al personal interino y eventual en los términos previstos en la legislación vigente.

5º. Ordenar la instrucción de expedientes disciplinarios y apercibir y suspender preventivamente a toda clase de personal.

6º. Premiar y sancionar a todo el personal de la Corporación, salvo que la sanción consista en la separación del servicio o el despido del personal laboral.

7º. La declaración de situaciones administrativas, así como la jubilación de todo el personal.

8º. La asignación individualizada del complemento de productividad y de las gratificaciones, conforme a las normas estatales reguladoras de las retribuciones del personal al servicio de las corporaciones locales.

B) Ejercer la jefatura directa de la Policía municipal, así como el nombramiento y sanción de los funcionarios que usen armas.

El Alcalde y del Presidente de la Diputación ostentan la

La organización

jefatura superior del personal en sus respectivas Corporaciones, atribución que es indelegable, según los arts. 21.3 y 34.2 de la L.B.R.L. Cuestión diferente de esta competencia es el establecimiento de un órgano administrativo de gestión, encargado de los aspectos burocráticos de personal. La propia normativa reseñada permite llegar a esta conclusión, pues diferencia ente la jefatura superior y la jefatura directa y da por supuesto que esta última es delegable. Por consiguiente, nada impide que en la estructuración de organización de los servicios se cree un área, dependencia, servicio o como quiera llamársele, de personal, cuya responsabilidad se le puede atribuir a un funcionario u otro de la propia Corporación, que, en cierta medida, tenga una facultad controladora y de gestión, sin que por ello tales funcionarios se conviertan en superiores jerárquicos de los restantes ni puedan dictar actos administrativos.

3. La estructura de la Función Pública local.

80. Los funcionarios al servicio de las E.E.L.L. se distinguen por razón de su régimen jurídico y dependencia entre funcionarios con habilitación de carácter nacional y funcionarios propios de cada Corporación²¹⁵.

²¹⁵. Sobre la clasificación de los funcionarios locales ver, por todos, PUBLICACIONES ABELLA, El Régimen..., cit., págs. 16 y ss.

La organización

Los funcionarios con habilitación de carácter nacional son los que ejercen las funciones anteriormente atribuidas a los Cuerpos Nacionales de funcionarios de la Administración Local extinguidos por la L.B.R.L. Las funciones reservadas a estos funcionarios son las siguientes: la Secretaría, comprensiva de la fe pública y el asesoramiento legal preceptivo; la intervención, comprensiva del control interno de la gestión económico-financiera y presupuestaria y de la contabilidad; y la Tesorería y Recaudación.

El carácter nacional de la habilitación ofrece dos manifestaciones fundamentales: la selección y la provisión de puestos. En efecto, el art. 98 de la L.B.R.L. impone un sistema estatal y uniforme para la selección, formación y habilitación de estos funcionarios lo que garantiza, por una parte, una formación común para todos ellos y, por otra, su facultad de opción a cualesquiera plazas o puestos de trabajo de las Corporaciones Locales en todo el territorio nacional. En segundo lugar, el art. 99 de la L.B.R.L. configura un complejo mecanismo para dar participación en la provisión de las plazas al Estado, a las Comunidades Autónomas y a las propias Entidades Locales.

Los funcionarios de la Administración local propios de las Entidades Locales que no se incluyan en la Escala de funcionarios con habilitación de carácter nacional", se integran "en las

La organización

escalas, subescalas, clases y categorías de cada Corporación" en los diferentes grupos que se determinan por "la legislación básica del Estado, de acuerdo con la titulación exigida para su ingreso" (art. 131 T.R.R.L.).

Siguiendo el principio de división funcional del trabajo, el art. 167 del T.R.R.L. encuadra a los funcionarios propios de cada Corporación en dos Escalas: a) Escala de Administración General, a cuyos integrantes les corresponde el desempeño de las funciones comunes al ejercicio de las actividades administrativas (burocráticas); se divide en las Subescalas Técnica, Administrativa, Auxiliar y Subalterna; b) Escala de Administración Especial, en la que se comprenden los funcionarios que ejercen actividades o desempeñan funciones que constituyan el objeto peculiar de una carrera, profesión, arte u oficio, subdividiéndose en las Subescalas Técnica y de Servicios Especiales.

De acuerdo con el art. 167.4 del T.R.R.L., corresponde a cada Corporación la creación de Escalas, Subescalas y clases de funcionarios y la clasificación de los mismos dentro de cada una de ellas, siguiendo las previsiones dispuestas en el propio T.R.R.L.

De otra parte, en atención a la titulación exigida para el acceso a las diferentes Subescalas y, en su caso, clases o

La organización

categorías, los funcionarios propios de cada Entidad Local se agrupan, de acuerdo con lo establecido en el art. 25 L.M.R.F.P., de carácter básico, en cinco grupos: del A al E.
.....

TITULO III

LA ESTRUCTURA DE LA NEGOCIACION COLECTIVA.

Indice

CAPITULO I: LOS CARACTERES GENERALES DE LA ESTRUCTURA NEGOCIAL.

I. PRECISIONES TERMINOLOGICAS.

II. LOS CARACTERES GENERALES DE LA ESTRUCTURA NEGOCIAL.

1. El intervencionismo legislativo y la fijación heterónoma de las unidades de negociación.
2. La centralización de la estructura negocial.
3. La verticalidad de las unidades de negociación.
4. La interdependencia de las unidades de negociación.

CAPITULO II: LA ESTRUCTURA DE LA NEGOCIACION COLECTIVA.

I. ADMINISTRACION DEL ESTADO.

1. Las unidades de negociación.

- 1.1. La "supermesa general".
- 1.2. La Mesa general de negociación.
 - 1.2.1. El ámbito funcional.
 - 1.2.2. El ámbito territorial.
 - 1.2.3. El ámbito personal.
- 1.3. Las Mesas sectoriales de negociación.
 - 1.3.1. Las Mesas sectoriales de fijación legal.
 - A) El personal docente de los centros públicos no universitarios.
 - B) El personal de los servicios de Correos, Telégrafos y Caja Postal de Ahorros.
 - C) El personal al servicio de las Instituciones Sanitarias Públicas.
 - D) El personal de la Administración de Justicia.
 - E) El personal funcionario de las Universidades.
 - F) El personal de la Administración Central e Institucional de las Entidades Gestoras de la Seguridad Social.
 - G) Los rasgos comunes.
 - 1.3.2. Las Mesas sectoriales de establecimiento autónomo.
 - A) Instancia competente para la constitución de las unidades de negociación.
 - B) Las posibilidades de la Mesa general a la hora de abrir nuevos niveles de negociación.
 - a) Las posibilidades en cuanto al ámbito funcional.
 - 1º- Los sectores funcionariales susceptibles de constituir una unidad apropiada.
 - 2º- El centro de trabajo como ámbito de negociación.
 - 3º- El grupo o cuerpo de funcionarios como unidad de negociación.
 - 4º- La división Departamental.
 - 5º- El Organismo Autónomo.

Indice

- b) Las posibilidades en cuanto al ámbito territorial
- c) Valoración global.

c) El control judicial de la unidad de negociación.

2. Las relaciones entre las unidades de negociación.

- 2.1. Las relaciones entre la "supermesa general" y la Mesa general de negociación.
- 2.2. Las relaciones entre la Mesa general y las Mesas sectoriales de negociación.
 - 2.2.1. En cuanto al aspecto procedimental.
 - 2.2.2. En cuanto al aspecto sustantivo.

II ADMINISTRACION DE LAS C.C.A.A.

1. Las unidades de negociación.

- 1.1. La "supermesa general".
- 1.2. La Mesa general de negociación.
- 1.3. Las Mesas sectoriales de negociación.

2. Las relaciones entre las unidades de negociación.

III. ADMINISTRACION LOCAL.

1. Las unidades de negociación.

- 1.1. La "supermesa general".
- 1.2. La Mesa general de negociación.
- 1.3. La Mesas sectoriales de negociación.

2. Las relaciones entre las unidades de negociación.

IV. LAS RELACIONES ENTRE LAS MESAS GENERALES DE NEGOCIACION.

V. LAS MESAS "INTER-ADMINISTRACIONES".

1. El régimen jurídico aplicable.

2. La competencia para negociar los "Acuerdos-Interadministraciones"

3. El procedimiento negociador.

4. La eficacia de los "Acuerdos-Interadministraciones".

CAPITULO III: LAS RELACIONES ENTRE LOS SISTEMAS DE NEGOCIACION COLECTIVA LABORAL Y FUNCIONARIAL EN LAS A.A.P.P.

I. LA DUALIDAD DE SISTEMAS DE NEGOCIACION COLECTIVA EN EL SENO DE LAS A.A.P.P.

II. LAS ESPECIALIDADES DEL SISTEMA DE NEGOCIACION COLECTIVA DEL PERSONAL LABORAL AL SERVICIO DE LAS A.A.P.P.

1. La legitimación negocial.

2. Problemas de aplicación de los convenios sectoriales.

3. El contenido de la negociación.

3.1. La 30/1.984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública y sus normas complementarias.

3.2. Las Leyes presupuestarias.

3.2.1. Las limitaciones en materia de incrementos salariales.

3.2.2. Las limitaciones en materia de Seguridad Social complementaria.

4. El procedimiento de negociación.

5. La vigencia temporal de los convenios colectivos.

III. EL EJERCICIO CONJUNTO DEL DERECHO DE NEGOCIACION COLECTIVA POR LOS TRABAJADORES Y POR LOS FUNCIONARIOS AL SERVICIO DE LAS A.A.P.P.

1. Los sujetos negociadores.

2. El contenido de la negociación.

Indice

3. El procedimiento de negociación.

4. La naturaleza jurídica de los acuerdos negociales.

5. La cobertura contractual de los acuerdos negociales.

6. La jurisdicción competente.

IV. VALORACION CRITICA.

CAPITULO I

LOS CARACTERES GENERALES DE LA ESTRUCTURA NEGOCIAL

Las unidades-

1. La L.O.R.A.P. dedica al tema de la estructura de la negociación colectiva varias disposiciones. En primer lugar, los arts. 30 y 31.1. El contenido de estos preceptos es más amplio. En efecto, el primero pretende establecer una definición de principio sobre dos temas que el artículo siguiente va a regular más detenidamente, aunque en relación exclusiva a la Administración del Estado, a saber, la estructura de la negociación y la legitimación para negociar en la Función Pública.

En segundo lugar, el art. 33 de la L.O.R.A.P., en su versión proporcionada por la Ley 7/1.990. Este precepto se ocupa de algunos aspectos del proceso negociador, que van a incidir en la estructura de la negociación y en la legitimación negocial. Desde la perspectiva meramente sistemática, y con independencia de su acierto material o no, lo contemplado en el art. 33 parece que hubiera encontrado un acomodo más racional y una formulación técnica mejor si se hubiera ubicado en el art. 31.1 y puesto en consonancia con los niveles de negociación y de legitimación

Las unidades -----

referidos en el art. 30¹. Téngase en cuenta que la "supermesa general" prevista en este precepto va a tener poderes normativos de articulación temporal y sustancial de los procesos negociales desarrollados por la Mesa general y las Mesas sectoriales en su ámbito y que los sindicatos simplemente representativos, estando legitimados para negociar según lo dispuesto en los arts. 30 y 31.2 experimentan una limitación en su derecho negocial en tanto que se van a incorporar a unas mesas de negociación en las que el "timing" y los temas a discutir ya han sido predeterminados.

El objetivo de este título se centra precisamente en el estudio de la configuración de la estructura negocial en la Función Pública. Para ello se ha creído conveniente hacer con carácter previo algunas consideraciones de alcance general sobre ciertas cuestiones terminológicas, no exentas de relevancia tanto en el plano de los conceptos como en el de la realidad que vamos a examinar. Tras ello, pasaremos a exponer los rasgos generales que presenta la estructura de la negociación colectiva en la Función Pública. La exposición proseguirá con una consideración aislada y desagregada de las unidades de negociación en las diferentes esferas para, seguidamente, dar cuenta de la articulación funcional que se produce entre las mismas. Finalmente, se analizarán las relaciones que mantienen o pueden mantener los dos sistemas de negociación que conviven en el seno de las Administraciones

¹. En parecidos términos se expresa DEL REY GUANTER, S., "La nueva regulación de la negociación colectiva en la Función Pública", R.L., núm. 11, 1.991, pág. 14.

Públicas -el funcionarial y el laboral-.

I. PRECISIONES TERMINOLOGICAS.

2. A la hora de examinar la estructura negocial, tal y como reza el título de este Capítulo, resulta imprescindible llevar a cabo una labor previa de acuñación o explicación terminológica, no sólo por el prurito, en cualquier caso justificado, de aclarar el sentido de las palabras y expresiones que a continuación van a ser utilizadas, sino también por la necesidad de dejar sentado desde este momento el alcance y el contenido que, desde nuestra perspectiva, ha de atribuirse a cada una de ellas, fundamentalmente a las siguientes: "unidades de negociación" y "estructura negocial".

3. Con la primera expresión en el ámbito laboral, se hace referencia al "cuadro general en el que se desarrolla el convenio colectivo, esto es, el conjunto de relaciones de trabajo -de algún modo- conexas y delimitadas por la existencia de intereses colectivos que pueden llegar a ser jurídicamente autotutelados y, por ende, definidos-, que son tomadas en cuenta para el establecimiento de un convenio colectivo que regulará las condiciones de trabajo aplicables a aquélla"². En este sentido

². RODRIGUEZ PIÑERO, M., "La unidad de negociación del convenio colectivo de trabajo", R.P.S., núm. 84, 1.969, pág. 7. En este mismo sentido, GARCIA FERNANDEZ, M., "Las unidades de negociación colectiva de trabajo", A.L., núm. 19, 1.988, pág. 1065; VALDES DAL-RE, F., "Crisis y continuidad en la estructura de la negociación colectiva", R.P.S., núm. 137, 1.983, pág. 398.

objetivo la unidad de negociación coincide con el círculo de intereses profesionales que pueden ser tutelados y regulados en un convenio colectivo.

"Unidad de negociación", por consiguiente, no puede equipararse con la expresión "ámbito de aplicación" del convenio colectivo, esto es, los parámetros funcionales, territoriales y personales que permiten conocer dónde se aplica el convenio³. En efecto, unidades de negociación y ámbito de aplicación son realidades distintas, que no tienen porque coincidir necesariamente. La unidad de negociación permite identificar el conjunto de relaciones de trabajo tomadas en consideración como ámbito potencial de sujeción a las condiciones de empleo que se han de establecer en el acuerdo que se pacte. Pero, una vez definido un nivel de contacto y negociación, las partes pueden disponer de su cobertura socioprofesional, de forma que el convenio puede aplicarse en todo el ámbito de esta cobertura o sólo en parte de la misma.

La L.O.R.A.P. evita la utilización de este término, empleando en vez de ello el más anodino de "mesas de negociación". En efecto, el art. 30 de esta disposición legal indica que para "la participación en la determinación de las condiciones de trabajo (...) se constituirán Mesas de negociación...". Esta expresión es

³. Sobre las diferencias entre unidades de negociación y ámbito de aplicación de los convenios colectivos ver GARCIA FERNANDEZ, M., "Las unidades ...", cit., pág. 1066; OJEDA AVILES, A., Derecho Sindical, Madrid, 1.990, pág. 681; SEMPERE NAVARRO, A.V. y LUJAN ALCARAZ, J., "Limites a la fijación de unidades de negociación en la jurisprudencia española", R.T., núm. 99, 1.990, pág. 60.

empleada a lo largo del articulado de la ley en una doble acepción. una subjetiva y otra objetiva⁴. Con la primera se hace alusión al equivalente de la "comisión negociadora" de los convenios colectivos en el ámbito laboral, esto es, al órgano negociador constituido por los representantes de los funcionarios y de las A.A.P.P. Dicho sentido, de carácter eminentemente subjetivo, no está ausente de la expresión "Mesa de negociación" que utiliza este artículo, a juzgar por la indicación que le sigue de que, en la misma "estarán presentes...". Sin embargo, junto a esta significación subjetiva "Mesa de negociación" también va a tener un sentido objetivo, en relación directa con la estructura de la negociación colectiva, y con un significado equivalente, como ya hemos indicado, al de "unidad de negociación". En este sentido, "Mesa de negociación" equivale al conjunto de relaciones de trabajo tomadas en consideración como ámbito potencial de sujeción a las condiciones de empleo que se han de establecer en el Pacto o Acuerdo que se negocie. Por lo demás, unidad o Mesa de negociación no puede equipararse con el ámbito de aplicación de los Pactos y Acuerdos. En efecto, como se verá, las partes negociadoras tampoco aquí están obligadas a apurar al máximo la unidad de negociación. Estas, al fijar los ámbitos personal, funcional y territorial del Acuerdo o Pacto pueden excluir a un grupo o sector de los funcionarios incluidos en el ámbito de representación de la mesa de negociación.

⁴. Así, DEL REY GUANTER, S., Comentarios a la Ley de Organos de Representación, Determinación de las condiciones de trabajo y Participación del Personal al servicio de las Administraciones Públicas, Madrid, 1.988, págs. 180-181.

No se alcanza a comprender muy bien, a no ser por una ansia un tanto desmedida de "deslaboralización" terminológica en el ámbito funcional, las razones que han podido impulsar al legislador a optar por una terminología sin precedentes en el ámbito laboral, aunque expresiones similares no son desconocidas en la normativa administrativa -así, vid., las "mesas de contratación" reguladas en la Ley de contratos del Estado de 1.965-⁵. En cualquier caso, lo cierto es que entre el sentido subjetivo y el objetivo de "Mesas de negociación" -esto es, como comisión negociadora y como unidad de negociación- existe una clara conexión, en tanto que las partes representadas en la comisión negociadora son, a su vez, causa y consecuencia de la unidad de negociación delimitada por el Ordenamiento jurídico⁶.

4. El término "estructura de la negociación colectiva" no viene siendo utilizado por la doctrina laboral en un sentido unívoco; al menos, se emplea en una doble acepción⁷. En una primera y amplia acepción, la estructura negocial comprende el cuadro en el que se celebra la negociación colectiva, el cauce, formal o informal, a través del cual se organizan los trabajadores y, eventualmente, los empresarios, a fin de lograr la consecución de sus intereses solidarios y, finalmente, el proceso negociador que

⁵. DEL REY GUANTER, S., op. cit., pág. 181.

⁶. Así, DEL REY GUANTER, S., Comentarios..., cit., pág. 181.

⁷. Sobre este extremo ver, por todos, VALDES DAL-RE, F., "Crisis..", cit., pág. 398.

las representaciones de unos y otros siguen para alcanzar un acuerdo que regule, provisionalmente, sus relaciones recíprocas, tanto individuales como colectivas. En este primer significado, la expresión estructura de la negociación colectiva tiende casi a identificarse y confundirse con la realidad de la que pretende ser un simple elemento. Pero en su concepción más generalizada, se entiende por estructura negocial el marco en que se desarrolla la actividad contractual de las colectividades laborales, esto es, la unidad de negociación.

Sin embargo, la pluralidad y diversidad de las unidades de negociación concurrentes en cada momento en un sistema concreto de relaciones laborales son hechos determinantes de que la problemática acerca de la estructura negocial no puede quedar ceñida a la consideración aislada y desagregada de las mismas. Cualquier aproximación al tema enunciado, por elemental que sea, ha de dar cuenta de la articulación funcional que se produce entre ellas. Por ello cabe concluir que la configuración de la estructura negocial envuelve no sólo el análisis de las unidades de negociación, en toda su compleja y plural dimensión, sino además el relativo a los tipos de relaciones que mantienen entre si esas unidades⁸.

II. LOS CARACTERES GENERALES DE LA ESTRUCTURA NEGOCIAL.

⁸. Así, VALDES DAL-RE, F., op. ult. cit., pág. 399.

5. El objetivo central del presente Capítulo, como anunciábamos, es el de sentar los caracteres generales de la estructura de la negociación colectiva en la Función Pública. Tarea ésta que con carácter previo requiere conocer el modelo de estructura negocial existente en el ámbito laboral, porque de la confrontación de ambos se obtiene una mayor claridad expositiva sobre el tema. Para ello es aconsejable, en lugar de comparar en bloque la estructura negocial de ambos sectores, ir contrastando cada uno de los rasgos de las mismas al hilo de la presente exposición. Pese al parco tratamiento que la L.O.R.A.P. dedica a este tema, existen, ciertamente, sustanciales diferencias entre esta regulación y la del E.T.

Cabe distinguir en este sentido cuatro caracteres generales de la estructura de la negociación colectiva en la Función Pública: 1ª) El intervencionismo legislativo y la fijación heterónoma de las unidades de negociación; 2ª) La centralización de la estructura negocial; 3ª) La verticalidad de las unidades de negociación; y 4ª) La interdependencia de las unidades de negociación.

1. El intervencionismo legislativo y la fijación heterónoma de las unidades de negociación.

6. Los sistemas posibles para la delimitación de la

Las unidades

estructura negocial son, básicamente, tres⁹: En primer lugar, la fijación por la ley de todas y cada una de las unidades de negociación, estableciendo heterónomamente una estructura "cerrada" sin espacio para la autonomía colectiva; en segundo lugar, la remisión a las partes negociadoras para que, a través de acuerdos, establezcan las unidades de negociación; y, en tercer lugar, un sistema intermedio por el cual la normativa estatal fija determinadas unidades de negociación, dejando a la autonomía colectiva la posibilidad de establecer unidades adicionales.

El catálogo de unidades de negociación puede ser muy distinto de un sistema a otro. Sin embargo, y si se observa con detenimiento el proceso de formación de las unidades de negociación que potencialmente pueden comparecer en cualquier sistema de negociación, se detecta de inmediato que todas ellas resultan de la combinación de dos componentes primarios a los que la doctrina ha venido a calificar como "tipo" de unidad de negociación y "área" de unidad de negociación¹⁰. El acoplamiento de un "tipo" con un "área" es el hecho que origina una unidad de negociación. El "tipo" está montado sobre la base asociativa del grupo que negocia en representación de los trabajadores. El "área" se construye, a su vez, sobre la dimensión de la organización empresarial. La base asociativa del grupo que negocia en representación de los

⁹. Vid. RODRIGUEZ PIÑERO, M., "La unidad de negociación del convenio colectivo de trabajo", R.P.S., núm. 84, 1.989, págs. 10 y s.s.

¹⁰. Ver VALDES DAL-RE, F., "Crisis..", cit., págs. 399 y ss

Las unidades

trabajadores y la dimensión de la organización empresarial, constituyen, como se acaba de exponer, los elementos que intervienen necesariamente en la formación externa de las unidades de negociación.

Una vez sentado lo anterior, conviene agregar que la relación unidades de negociación y unidades de organización tiene en cada sistema caracteres y peculiaridades propias¹¹.

En un sistema de autonomía de las partes en orden a la fijación de los niveles de negociación, el tema de las unidades de negociación se vincula muy directamente a la estructuración de los agentes negociadores, a las unidades de organización elegidas por ellos. Es decir, los criterios que los sindicatos adoptan para definir su propio ámbito y especialidad, así como los propios aceptados por las asociaciones de empleadores, en base ambos a la existencia de determinadas categorías o grupos de actividad económica, influyen directamente sobre las unidades de negociación.

En un sistema en el que se sustrae a la autonomía colectiva la formación de los niveles de negociación, la unidad no depende de la estructura orgánica de las representaciones profesionales, sino de los criterios legales que se establezcan al respecto. De esta manera, la unidad de organización tiene que adaptarse, al menos informalmente, a las unidades de negociación legalmente

¹¹. Ver RODRIGUEZ PIÑERO, M., "Unidad...", cit., págs. 8 y ss.

Las unidades

establecidas.

7. En el sector laboral el legislador ha optado por el segundo de los sistemas señalados. En efecto, según el art. 83 del E.T. "los convenios colectivos tendrán el ámbito de aplicación que las partes acuerden". Este precepto, pese a su defectuosa redacción, pues identifica las unidades de negociación con los ámbitos de aplicación de los convenios¹², viene a consagrar la libertad de elección por las colectividades laborales de la unidad de negociación¹³. De este precepto, se deduce, además, la libertad de las partes para fijar el ámbito geográfico, funcional y personal del convenio dentro del marco de la unidad de negociación previamente elegida, de forma que éste no tiene porque aplicarse íntegramente a todos los trabajadores incluidos en ésta¹⁴.

La elección de la unidad de contratación corresponde adoptarla, pues, a los sujetos que negocian; es ésta una opción que entra de lleno en la esfera de la autonomía de los grupos

¹². GARCIA FERNANDEZ, M., "Las unidades de negociación colectiva de trabajo", A.L., núm. 19, 1.988, pág. 1.067; SEMPERE NAVARRO, A.V. y LUJAN ALCARAZ, J., op. cit., pág. 60; VALDES DAL-RE, F., op. cit., pág. 433.

¹³. Ver, por todos, RODRIGUEZ PIÑERO, M. y GONZALEZ ORTEGA, S., "Acuerdos interprofesionales, centralización de la negociación colectiva y Ley del Estatuto de los trabajadores", R.P.S., núm. 137, 1.983, pág. 356; VALDES DAL-RE, F., op. cit., pág. 432. Véase la sentencia de la Audiencia Nacional de 5 de julio de 1.991.

¹⁴. Ver, por todos, MERINO FERNANDEZ, H. y ROMAN DE LA TORRE, M^a.D., "Convenios colectivos y exclusiones del ámbito personal", R.L., núm. 16, 1.987, pág. 70; OJEDA AVILES, A., Derecho..., cit., pág. 741.

Las unidades

laborales, en cuanto derivación directa del poder a ellos atribuido de autorreglamentar sus intereses recíprocos. La decisión que llevan a cabo los representantes de trabajadores y empresarios de celebrar la negociación en un ámbito concreto, es una materia objeto de negociación o, por mejor decirlo, la materia previa sobre la que aquellos han de ponerse de acuerdo en la negociación. Precisamente, la naturaleza negociable del nivel de contratación está implícitamente confirmada por el E.T. al establecer en el párrafo primero del art. 89.1 que la parte que promueva la negociación deberá comunicar a la otra "los ámbitos del convenio"¹⁵. Dichos ámbitos, por consiguiente, no se conciben como elementos dados e inamovibles, impuestos unilateralmente por la parte más diligente. El sujeto que recibe la oferta comercial puede aceptarlos, rechazarlos u ofrecer soluciones alternativas.

No obstante, este principio de libertad de fijación de la unidad de contratación está sujeto a ciertas limitaciones¹⁶.

En primer lugar, la elección por las colectividades del nivel de negociación para la defensa de sus intereses viene determinada por la propia capacidad y legitimación convencional de las

¹⁵. VALDES DAL-RE, F., op. cit., pág. 483.

¹⁶. Sobre estas limitaciones ver SEMPERE NAVARRO, A.V. y LUJAN ALCARAZ, J., op. cit., págs. 64 y ss.

Las unidades

partes¹⁷. Resulta del todo imposible que se extienda la voluntad negociadora más allá del ámbito en el que poseen tales cualidades.

En segundo lugar, la misma autonomía colectiva puede ser fuente externa de restricciones a la libertad de elección del nivel de negociación¹⁸. Esta posibilidad está expresamente contemplada en el art. 83.2 del E.T. a tenor del cual "mediante acuerdos interprofesionales o por convenios colectivos las organizaciones sindicales y asociaciones patronales más representativas de carácter estatal o de comunidad autónoma podrán establecer la estructura de la negociación, así como fijar las reglas que han de resolver los conflictos de concurrencia y los principios de complementariedad de las diversas unidades de contratación, fijándose siempre en este último supuesto las materias que no podrán ser objeto de negociación en ámbitos inferiores". De este modo, mediante acuerdos interprofesionales o convenios marco las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas a nivel estatal o autonómico pueden limitar la celebración de negociaciones en determinados ámbitos, constriñendo la libertad de elección de la unidad de contratación a las partes

¹⁷. Vid. SALA FRANCO, T., y ALBIOL MONTESINOS, I., *Derecho Sindical*, Valencia, 1.992, pág. 369; SEMPERE NAVARRO, A.V. y LUJAN ALCARAZ, J., *op. cit.*, pág. 66; VALDES DAL-RE, F., *op. cit.*, pág. 435. Vid. las S.T.C.T. de 16 de octubre 1.986, 26 de junio y 6 de noviembre de 1.986 o 13 de mayo de 1.989.

¹⁸. RODRIGUEZ PIÑERO, M. y GONZALEZ ORTEGA, S., "Acuerdos ..", *cit.*, pág. 435; SALA FRANCO, T. y otros, *op. cit.*, pág. 174; VALDES DAL-RE, F., *op. cit.*, pág. 402. La S.T.S.J. de las Palmas de 28 de septiembre de 1.989 subraya la primacía del Acuerdo marco sobre los convenios colectivos (en el mismo sentido la S.T.S.J. de Madrid de 20 de marzo de 1.990).

Las unidades

legitimadas de ámbito inferior.

En tercer lugar, la elección de la unidad de negociación está condicionada por la estructura preexistente de la negociación. En efecto, entre las causas legales, que permiten a la parte receptora de la comunicación negarse a iniciar las negociaciones (art. 89.1 E.T.) se hallan precisamente las reglas que ordenan la concurrencia de los convenios (art. 84 E.T.) y establecen la vigencia de los mismos (art. 86); reglas que limitan las opciones de las partes en la medida en que, indirectamente, sustraen a una de las partes, incluso a las dos, la posibilidad de modificar las unidades de negociación existentes en el momento de promover la iniciativa¹⁹.

En cuarto lugar, aquella libertad se encuentra limitada por la propia "naturaleza de las cosas", habiendo exigido en este sentido la jurisprudencia que se trate de "unidades adecuadas a las características y necesidades propias de quienes las constituyan", esto es, que se trate de "unidades razonables o apropiadas"²⁰.

¹⁹. Vid. GONZALEZ ORTEGA, S., "Concurrencia y sucesión de convenios y estructura de la negociación", R.E.D.T., núm. 30, 1.987, págs. 187 y s.s.; SALA FRANCO, T., y GOERLICH PESET, J.M^a., "La problemática de las unidades de negociación, con especial referencia a los supuestos de cambio de unidad", R.E.D.T., núm. 35, 1.988, págs. 326 y ss.; VALDES entiende, en cambio, que la prohibición de concurrencia del art. 84 del E.T. no interfiere en la formación del nivel de negociación, sino que afecta a la fase aplicativa del convenio. Vid. VALDES DAL-RE, F., op. cit., pág. 434. Aparte de la jurisprudencia citada en estas obras, véanse, entre otras, las S.T.C.T. de 2 y 23 de noviembre, y de 7 de diciembre de 1.988; La S.T.S.J. de Madrid de 31 de octubre de 1.989, la S.T.S.J. de las Palmas de 27 de diciembre de 1.989, la S.T.S.J. de Navarra de 25 de enero de 1.991 y la S.T.S.J. de 18 de septiembre de 1.991.

²⁰. Así, las S.T.C.T. de 17 de diciembre de 1.982, 8 de febrero y 10 de octubre de 1.983, 15 de julio de 1.985 y 26 de junio de 1.986 y la S.T.S.J. de Cataluña de 11 de octubre de 1.989. Vid. SALA FRANCO, T. y ALBIOL MONTESINOS, I., op. cit., pág. 668; SEMPERE NAVARRO, A.V. y LUJAN ALCARAZ, J., op. cit., pág. 70.

Las unidades

Pero dentro de estos límites, corresponde a las partes negociadoras la elección de la unidad de negociación. Se rompe así, con el sistema anterior de unidades apropiadas legalmente establecidas²¹. Y prueba de esta ruptura se encuentra en el mecanismo legalmente previsto para la solución de los problemas que en este terreno pueden plantearse: rechazados los mecanismos algo más contundentes que se barajaron durante los trabajos parlamentarios, el E.T. se limita a prever la constitución de una Comisión Nacional Consultiva "que tendrá por función el asesoramiento y consulta de las partes de la negociación colectiva de trabajo en orden al planteamiento y determinación de los ámbitos funcionales de los convenios" (dispo. final 8ª)²². Ahora bien, la constitución concreta de la unidad de negociación es cuestión a decidir por las partes.

En definitiva, son las partes las que establecen la unidad de negociación. En consecuencia, los elementos que intervienen en la formación externa de las unidades de negociación son la base asociativa de los grupos que negocian en representación de los trabajadores y de los empresarios que, al combinarse, permiten la

²¹. Subrayan este hecho, entre otros, GARCIA FERNANDEZ, M., "Las unidades ...", cit., pág. 1067; VALDES DAL-RE, F., "Crisis ...", pág. 432; SAGARDOY BENGOCHEA, J., "La estructura de la negociación colectiva antes y después del Estatuto de los trabajadores", R.E.D.T., núm. 16, pág. 510.

²². Esta Comisión fué creada y regulada por el Real Decreto 2.976/1.983, de 9 de noviembre, desarrollado por la O.M. de 28 de mayo de 1.984 y adscrita a la Dirección General de trabajo por el Real Decreto 530/1.985, de 8 de abril. La Comisión debe elaborar y mantener al día un catálogo de actividades que pueda servir de indicador para la determinación de los ámbitos funcionales de la negociación colectiva (dispo. final octava del E.T. y art. 2.2 del R.D. 2.976/1.983). Hasta la fecha, el "catálogo" no ha sido elaborado, si bien la Comisión ha realizado abundantes "dictámenes" sobre concretos problemas planteados.

Las unidades

elaboración de una tipología "casi ilimitada". Por dejarse la cuestión a la autonomía colectiva, el tema de la sujeción al convenio se vincula muy directamente a la estructuración de los entes sindicales y de las asociaciones empresariales, a las unidades de organización elegidas por ellos, que influirán directamente sobre las unidades de negociación.

8. Este esquema sumamente flexible quiebra, no obstante, en el ámbito de la Función Pública. En efecto, aunque el art. 35 de la L.O.R.A.P. dispone que los Pactos y Acuerdos "deberán establecer {...} su ámbito personal, funcional y territorial", lo que podría entenderse como el reconocimiento de la libertad de determinación de la unidad de negociación por las partes, lo cierto es que esta disposición legal ha optado por el tercer sistema señalado: fija determinadas unidades de negociación, al mismo tiempo que posibilita limitadamente la intervención de la propia autonomía colectiva en el establecimiento de otras²³.

El art. 31.1 de esta disposición legal establece un cuadro de mesas negociadoras a un triple nivel: en el primero existe una especie de "supermesa general" por cada persona jurídico-pública de carácter territorial; así pues, una para la Administración del Estado, una para cada C.A. y otra para cada E.L. En el segundo

²³. Subrayan esta característica de la estructura de la negociación colectiva funcional, entre otros, BLASCO ESTEVE, A., "La negociación colectiva de los funcionarios públicos en la Administración Local", en MUÑOZ MACHADO (coord), Tratado de Derecho Municipal, Tomo II, Madrid, 1.988, pág. 2.164; ESCUDERO RODRIGUEZ, "Comentarios a la ley 9/1.987", R.L., núm. 15, 1.987, pág. 67; DEL REY GUANTER, S. Comentarios ..., cit., pág. 187.

Las unidades

existen Mesas generales, una por cada persona jurídica-pública de carácter territorial. En un plano inferior establece una serie de Mesas sectoriales dentro de la Administración del Estado. Estas son, en principio, las cinco enumeradas en el párrafo segundo del art. 31.1. Pero es en este punto en el que se desarrolla el criterio mixto antes señalado, ya que se permite la formación de otras, por decisión de la Mesa general.

Sin embargo, los agentes negociadores no son absolutamente libres a la hora de configurar nuevas unidades de negociación, pues han de someterse a los criterios establecidos por la L.O.R.A.P. El legislador permite la instauración de nuevas unidades de negociación, "atendiendo al número y peculiaridades de sectores concretos de funcionarios públicos" (art. 31.1 L.O.R.A.P.). Por lo tanto, se puede concluir, pese a lo señalado anteriormente, que es la ley quien fija, en todo caso, las unidades de negociación aunque de forma diversa. Unas veces precisándolas detalladamente caso por caso; otras, en cambio, señalando de modo genérico y abstracto los principios que determinan la consideración como apropiada de una determinada unidad de negociación.

9. De este modo, el art. 35 de la L.O.R.A.P., pese a ser una reproducción casi literal de los arts. 83.1 y 85.2 del E.T., posee un sentido y alcance menor, pues el contexto en el que se inserta es diferente. Este precepto tan sólo viene a reconocer la libertad de las partes negociadoras para fijar el ámbito aplicativo de los

Las unidades

Pactos y Acuerdos dentro de la unidad de negociación prefijada legalmente. De este modo, la ley no exige que las partes apuren al máximo la unidad de negociación. Estas, al fijar los ámbitos personal, funcional y territorial del Acuerdo o Pacto, pueden excluir a ciertos funcionarios.

Cabría preguntarse, no obstante, qué diferencia existe entre la libertad para fijar la unidad de negociación y la libertad para determinar el ámbito aplicativo de los Pactos y Acuerdos, ya que en ambos casos se puede alcanzar el mismo resultado, esto es, el de negociar expresamente para un determinado grupo o colectivo de funcionarios. En principio, se podría pensar que tanto da constituir una Mesa de negociación para un sector, grupo, cuerpo o categoría de funcionarios, como que la Mesa general negocie directamente un Pacto o Acuerdo para los mismos.

Sin embargo, esto no es así si tenemos en cuenta las siguientes consideraciones:

En primer lugar, que la libertad de las partes para fijar el ámbito aplicativo de los acuerdos no es absoluta, sino que está sometida a ciertas limitaciones. En efecto, su conexión con otras previsiones en materia de negociación colectiva y la interrelación con diversos derechos (señaladamente los de no discriminación y libertad sindical) reclaman la existencia de aquéllas.

Las unidades

En segundo lugar, que las negociaciones en el seno de la Mesa general se llevarán a cabo por sindicatos generales, quienes, por mucho que actúen en representación de un colectivo funcional determinado, siempre lo harán de acuerdo con una estrategia general, al servicio de un modelo de Función Pública elaborado tomando en consideración los intereses y problemas de todos los que la componen, cualquiera que sea la naturaleza del cuerpo al que pertenecen o del organismo en que presten sus servicios. En cambio, la libertad para fijar la unidad de negociación supondría dar entrada en la negociación a sindicatos vertebrados sobre los principios organizativos clásicos en la Función Pública, esto es, los cuerpos y los organismos en que los funcionarios prestan servicio. Estos guiados por sus intereses privativos podrían poner en peligro la homogeneización de las condiciones de trabajo de los funcionarios tan anhelada por el legislador.

10. En definitiva, el sistema de negociación colectiva en la Función Pública se caracteriza por la relevancia autónoma de las unidades de negociación fijadas legalmente. Además, el criterio decisivo para la determinación de los niveles de negociación no depende de la estructura orgánica o del alcance representativo de los sindicatos, sino de la organización de las A.A.P.P. De todo ello derivan tres consecuencias de notable trascendencia.

En primer lugar, se reserva a la ley el establecimiento de las unidades de negociación, sustrayéndose la formación de las mismas

Las unidades

a la autonomía colectiva. La negociación ha de discurrir necesariamente a través de los marcos legalmente establecidos, produciéndose una suerte de "encuadramiento constitutivo de negociación"²⁴. La unidad de negociación es una realidad objetiva, anterior e independiente de la voluntad de las partes negociadoras, y con relevancia decisiva para la validez del Pacto o Acuerdo.

En segundo lugar, la Administración, como contraparte negociadora, carece de competencia en esta materia, que pertenece al sector de la reserva legal. Esta no puede a través de actos singulares o reglamentarios, ni actuando conjuntamente con las representaciones sindicales funcionariales, excluir, limitar o modificar las unidades apropiadas existentes.

En tercer lugar, las organizaciones sindicales han de adaptar su estructura, al menos informalmente, a las unidades de negociación legalmente establecidas²⁵. Por lo tanto, para la determinación de los sindicatos que están legitimados para negociar es presupuesto necesario conocer las unidades de negociación y, por ello, el estudio de las mismas debe preceder como presupuesto al de

²⁴. Según la terminología empleada por la doctrina en relación al sistema de fijación heterónoma vigente en el sector laboral con anterioridad a la Constitución. Vid. CABRERA BAZAN, J. La titularidad y el ejercicio del interés colectivo en las relaciones colectivas de trabajo, IGO, Sevilla, 1.967, pág. 97.

²⁵. Así, los sindicatos tienden a integrar a todo el personal al servicio de la Administración en una sola organización, apareciendo la división sectorial a nivel orgánico, en el interior del grupo. Sobre la estructura de los sindicatos constituidos en la Función Pública ver FERNANDEZ LOPEZ, M^a. F. y CRUZ VILLALON, J., "Los sindicatos en la Función Pública: régimen jurídico y representaciones sindicales en el centro de trabajo", en A.A.V.V., Seminario sobre las relaciones colectivas en al Función Pública, Sevilla, 1.989, pág. 214.

Las unidades

la legitimación negocial.

11. Esta diferencia que se aprecia entre los sectores laboral y funcionarial plantea, obviamente, la cuestión relativa a su razón de ser y, consiguientemente, a su legitimidad constitucional. La solución a este interrogante debe tomar en consideración el diferente fundamento constitucional del derecho de negociación colectiva en uno y otro sector. El derecho a la negociación colectiva laboral, tal como viene recogido en el art. 37.1 de la C.E., no se agota, en la conclusión del convenio colectivo, sino que comprende además la facultad de fijar el ámbito de la negociación y las materias y contenido objeto del convenio colectivo, hallar vías de solución a los conflictos que puedan surgir en el curso de la actividad contractual y, en fin, administrar y gestionar en toda su amplitud el acuerdo negociado. De este modo, el legislador no podía establecer de forma imperativa las unidades de negociación. La fijación heterónoma de éstas hubiera constituido, sin duda, un atentado contra la autonomía colectiva, y, por consiguiente, la inconstitucionalidad de la ley por no respetar el contenido esencial del derecho de negociación colectiva como le impone el art. 53.1 de la Constitución²⁶.

Sin embargo, como ya vimos (ver supra, título I), el derecho de negociación colectiva de los funcionarios públicos no se

²⁶. Vid. VALDES DAL-RE, F., op. cit., págs. 431 y s.s.; RODRIGUEZ PIÑERO, M. y GONZALEZ ORTEGA, S., op. cit., págs. 347 y s.s.

Las unidades

encuentra comprendido en el art. 37.1 de la C.E., sino que es objeto de un reconocimiento implícito en el art. 28.1 de la Constitución²⁷. Y, precisamente, este precepto exige que el ejercicio de este derecho sea adaptado o modalizado a la especial configuración del empleo público. Por consiguiente, la fijación heterónoma de las unidades de negociación estará justificada constitucionalmente si responde a la necesidad de adaptar el ejercicio de este derecho a la organización administrativa.

12. A mi juicio, los condicionamientos o factores que han determinado la intervención legal son desde luego distintos en cada uno de los tres niveles antecitados. En cuanto al primer nivel, hay que indicar que, desde la perspectiva de la organización administrativa, no existe ninguna razón que justifique la creación de este nivel negocial superior. Lo que en el art, 33 se hace es trasladar al ámbito de la Función Pública lo indicado en el art. 83.2 del E.T. Se trata, por consiguiente, de una relación entre legitimación negocial y competencia material -no coincidente plenamente en el E.T. y en la L.O.R.A.P., dicho sea de paso- que se fundamenta en una determinada opción de promocionar a los sindicatos más representativos.

²⁷. En esta línea, MARTINEZ ABASCAL, V.A., "Contenido de la negociación colectiva: materias de consulta obligatoria y de consulta potestativa", en A.A.V.V., Seminario de relaciones colectivas en la Función Pública, Sevilla, 1.989, págs. 318-319, señala que la inaplicación del art. 37.1 de la C.E. al ámbito de la Función Pública ratifica la separación y el distinto tratamiento que respecto de las unidades de negociación y, en especial, de su modo de configuración proporciona la normativa aplicable a la negociación colectiva laboral.

Las unidades

En cuanto al segundo nivel, el legislador establece una Mesa general de negociación para cada persona jurídico-pública de carácter territorial porque todas ellas tienen poderes normativos en materia funcional. En efecto, la Constitución, los Estatutos de autonomía y la L.B.R.L., como hemos visto, garantizan la competencia del Estado, de las C.C.A.A. y de las E.E.L.L. para ordenar su respectiva Función Pública. Por consiguiente, dada la configuración de los procedimientos de consulta y negociación como cauces que permiten la participación de los funcionarios en la determinación de sus condiciones de trabajo, esto es, en el ejercicio de estas competencias normativas, era necesaria una estructuración de la negociación en tres ámbitos. Así, era imprescindible establecer tres unidades de negociación distintas: una para la Administración del Estado, una para cada C.A. y otra para cada E.L. Si la L.O.R.A.P. no hubiera previsto esta configuración, habría incurrido en tacha de inconstitucionalidad.

Así, el legislador estaba obligado a prever una mesa de negociación para los funcionarios de la Administración del Estado, en la que los sindicatos funcionariales puedan intervenir en el desarrollo de la actividad normativa que la Constitución atribuye al Estado en materia funcional (arts. 103.3 y 149.1.18 C.E.).

También debía establecer una unidad de negociación para cada una de las C.C.A.A., en la que la representación de los funcionarios autonómicos pueda participar en el ejercicio de la

Las unidades

competencia normativa que aquellas tienen en virtud del juego combinado de la Constitución y de sus respectivos Estatutos. De haber desconocido esta unidad de negociación, la L.O.R.A.P. habría incurrido en inconstitucionalidad por vulnerar los Estatutos de autonomía, dada la superioridad jerárquica de éstos respecto de la ley estatal²⁸.

Finalmente, también debía contemplar la existencia de una mesa de negociación para cada una de las E.E.L.L., donde la representación sindical negociase o, en su caso, informe sobre el contenido del poder de ordenanza. No obstante, en este último supuesto, dada la identidad de rango entre la L.B.R.L. y la L.O.R.A.P., cabría plantear la posibilidad de que esta última hubiera podido desconocer a los entes locales como unidad de negociación. En efecto, la Constitución remite a la ley el establecimiento de los límites de la "autonomía local", y, en tal sentido, el rango de ésta última cumpliría el requisito constitucional.

Un sector doctrinal²⁹, escéptico sobre el papel de la L.B.R.L., entiende que ésta, a diferencia de los Estatutos de Autonomía, en tanto que ley ordinaria, carece de plus valor alguno

²⁸. Vid. AJA FERNANDEZ, E. y otros, El sistema jurídico de las Comunidades Autónomas, Madrid, 1.985, pág. 105.

²⁹. Vid. LEGUINA VILLA, J., "La autonomía de municipios y provincias en la nueva ley básica de Régimen Local", R.E.A.L., núm. 227, 1.985, pág. 435.

Las unidades

frente a las demás leyes ordinarias de carácter sectorial. En este sentido, se afirma que las leyes básicas no difieren formalmente del resto de leyes ordinarias estatales, pues ni la Constitución ni los Reglamentos de las Cámaras legislativas establecen diferencias en cuanto a su elaboración o aprobación. Desde esta perspectiva si cabría aceptar la posibilidad indicada.

Otro sector doctrinal³⁰ entiende, por el contrario, que la L.B.R.L. si tiene un plus valor respecto de las restantes leyes ordinarias estatales (e incluso básicas), no por su rango jerárquico o condición de norma básica, sino por la función constitucional que desempeña. Se argumenta, en esta dirección, que la L.B.R.L., al desempeñar en el ámbito local, una función análoga a la que juegan los Estatutos para las C.C.A.A., está dotada de una reduplicada vis normativa. Esta disposición legal desarrolla la garantía institucional de la autonomía local, delimitando las competencias del legislador ordinario con relación a la misma, y, por consiguiente, forma parte del denominado bloque de constitucionalidad. Se trata, en definitiva de una de las leyes, que por su función, están en una situación de superioridad respecto de las restantes leyes ordinarias³¹.

³⁰. Vid., por todos, LOPEZ BENITEZ, M., "Doctrina del Tribunal Constitucional sobre las leyes básicas", R.E.A.L., núm. 235-236, 1.987, pág.586. En esta línea, la Exposición de motivos de la L.B.R.L. declara que: "...esa norma desarrolla la garantía constitucional de la autonomía local, función ordinamental que, al estarle reservada o, lo que es igual, vedada a cualesquiera otras normas, presta su posición en el ordenamiento en su conjunto una vis específica, no obstante su condición formal de ley ordinaria".

³¹. Así, lo ha entendido el propio Tribunal Constitucional, al afirmar que "todos estos preceptos estatutarios y legales (se refiere a diversos preceptos de la L.B.R.L.), interpretados conjunta y

Las unidades

Por tanto, hay que negar la posibilidad antes planteada, porque, de lo contrario, la L.O.R.A.P. habría merecido la acusación de inconstitucional por desconocer la potestad normativa que, de acuerdo con la Constitución y la L.B.R.L., corresponde a las entidades locales en materia funcional³².

En definitiva, la triple estructuración de las unidades de negociación venía impuesta al legislador ordinario por el reparto de poderes normativos que en materia funcional efectúa el bloque de constitucionalidad y por el doble mandato constitucional de modalizar el ejercicio del derecho a la negociación colectiva a la especial configuración del empleo público.

En cuanto al tercer nivel de negociación, la intervención del legislador venía determinada por la reserva legal que en materia funcional establece la Constitución. A este respecto, conviene recordar la posición de los Pactos y Acuerdos en la regulación de las condiciones de trabajo de los funcionarios. En tanto que se trata de normas que desarrollan las leyes sobre Función Pública, su extensión está condicionada por la de éstas. De este modo, como la L.M.R.F.P. y demás leyes tienen un alcance normativo general en

sistemáticamente y de conformidad con la Constitución, son los que deben tomarse en consideración como parámetros de la legitimidad constitucional de los preceptos impugnados, de tal manera que su infracción por estos últimos determinaría su nulidad por vulneración del bloque de la constitucionalidad aplicable a la materia de que se trate" (S.T.C.O. 22/1.987, de 27 de febrero).

³². En este mismo sentido, BLASCO ESTEVE, A., "La negociación .., cit, pág. 2.165, afirma que la imposición obligatoria de los Acuerdos a nivel supramunicipal atentaría contra la autonomía municipal.

Las unidades

cuanto a los funcionarios de la Administración del Estado, ha de ser la ley la que determine en qué casos y en qué condiciones las partes pueden negociar en su aplicación normas singulares para determinados funcionarios. En este sentido, el art. 31.1 de la L.O.R.A.P. viene a reproducir lo dispuesto en el art. 1.2 de la L.M.R.F.P., donde se autoriza al Gobierno a dictar en su aplicación "normas específicas para adecuarla a las peculiaridades del personal docente e investigador, sanitario, de los servicios postales y de telecomunicaciones y del personal destinado en el extranjero", en una palabra, colectivos de funcionarios que coinciden casi plenamente con la determinación de las Mesas sectoriales de negociación.

2. La centralización de la estructura negocial.

13. En función de las unidades de negociación predominantes, esto es, aquellas que comprenden mayor número de trabajadores y empresarios o que constituyen el marco por el que discurren la mayoría de los convenios colectivos, la doctrina³³ ha elaborado dos modelos de estructura negocial: de un lado, un modelo centralizado en el que prevalecen unidades de negociación de dimensiones amplias a escala territorial y funcional; de otro lado, un modelo descentralizado en el que las unidades de negociación se estructuran de acuerdo con criterios territoriales y funcionales reducidos.

³³. Vid. VALDES DAL-RE, F., op. cit., pág. 402.

Las unidades

14. El E.T. consagra la libertad de las partes en la elección de la unidad de negociación, contemplando de forma expresa la negociación a nivel de empresa o centro de trabajo, por lo que en el sector laboral es posible la descentralización de la estructura negocial. Sin embargo, a continuación, sienta las bases para una racionalización y centralización de la estructura de la negociación colectiva (art. 83.2 E.T.). A través de los acuerdos interprofesionales y los convenios marco, las confederaciones o federaciones sindicales y las asociaciones empresariales más representativas pueden estructurar la negociación colectiva, esto es, determinar los ámbitos de las unidades de negociación subsiguientes. Así, pues, pueden limitar o vedar la celebración de negociaciones en determinados ámbitos³⁴.

Tal opción se presta a las siguientes consideraciones. Primera, que la restricción al derecho de negociación colectiva en los niveles inferiores deriva de la propia autonomía colectiva y no de la intervención directa del legislador. Este se abstiene, en principio, de inclinarse a favor de la centralización o descentralización, sino que ofrece "instrumentos eficaces a las partes tanto para mantener o acentuar la descentralización como para realizar un proceso de recentralización"³⁵. Además, las

³⁴. Vid. PEREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., "Los pactos sociales y los acuerdos y convenio colectivo marco", en A.A.V.V., Manifestaciones de la autonomía colectiva en el ordenamiento español, Madrid, A.C.A.R.L., 1.989, pag. 35; VALDES DAL-RE, F., op. cit., pág. 437.

³⁵. RODRIGUEZ PIÑERO, M. y GONZALEZ ORTEGA, S., op. cit., pág.356.

Las unidades

exigencias de representatividad que derivan de la legitimación, ex art. 83 y de la necesaria observancia de lo prevenido en los arts. 87 y 88, son garantías legales del respeto al principio constitucional³⁶.

La segunda de las consideraciones a realizar es que tal medida legislativa no vulnera el derecho de negociación, pues siempre es posible que los representantes de los trabajadores y empresarios puedan negociar en el ámbito afectado por la prohibición a través de la vía extraestatutaria³⁷.

15. La L.O.R.A.P., en cambio, tiende a una centralización rígida de las unidades de negociación³⁸. Por un lado, establece la existencia de "macrounidades" de negociación en tres ámbitos: una, para la Administración del Estado, una en cada C.A. y una en cada E.L. -en este último caso, el término "macrounidad" sólo será adecuado en los Municipios mayores-. Por otro lado, fija las unidades de negociación de la Administración del Estado atendiendo

³⁶. En este sentido, PEREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., op. cit., pág. 36; GARCIA MURCIA, J., Organizaciones sindicales y empresariales más representativas. Posición jurídica y dimensión política, Madrid, 1.987, págs. 242 y 243.

³⁷. PEREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., op. cit., pág. 36; SALA FRANCO, T., y GOERLICH PESET, J.M^a, "La problemática jurídica..", cit., pág. 349.; VALDES DAL-RE, F., op. cit., pág. 437.

³⁸. Subrayan este rasgo de la estructura negocial, entre otros, LOPEZ GANDIA, J., "La negociación colectiva de los funcionarios públicos", Revista de Treball, núm. 8, 1.988, pág. 17; OJEDA AVILES, A., "Los derechos de representación y negociación de los funcionarios públicos según la ley 9/1.987, de 12 de mayo", R.L., núm. 18, 1.988, pág. 19; RODRIGUEZ PIÑERO, M., "La negociación colectiva de los funcionarios públicos en la ley 9/1.987", R.L., núm. 19, 1.987, pág. 7; DEL REY GUANTER, S., Comentarios..., cit., pág. 154.

Las unidades

a criterios territoriales y funcionales muy amplios. Las mesas de negociación tienen ámbitos nacionales y "general" o "sectoriales", pero no de centro de trabajo. La centralización del sistema de negociación es patente. Se ha llevado hasta sus últimas consecuencias el espíritu que anima el art. 83.2 del E.T., con la diferencia de que mientras este precepto reenvía a la autonomía colectiva tal eventualidad, en cambio, aquí es la propia ley quien impone directamente esta circunstancia.

16. Los condicionamientos que han determinado esta opción legal son, como en el caso anterior, distintos en relación con cada nivel de negociación. En cuanto a la gran dimensión de las "supermesas" y de las Mesas generales de negociación, las razones que hemos señalado para explicar la intervención legal también pueden considerarse como válidas.

En cuanto a la delimitación de las unidades de negociación de la Administración del Estado, hay que notar que el legislador contaba con dos condicionamientos importantes y, en cierto modo, paralelos. De un lado, el alcance general de las leyes sobre Función Pública estatal. El legislador con el fin de coherenciar los principios de uniformidad y de especialidad dentro de la Función Pública estatal y de poner fin a la caótica situación anterior, derivada de la existencia de múltiples y variados regímenes jurídicos funcionariales, diseña un estatuto general y varios estatutos especiales para determinados sectores de la Función

Las unidades

Pública estatal. Por ello, crea Mesas de negociación de base territorial y funcional amplias, donde, tomando en consideración los intereses de la generalidad de los funcionarios o de algunos sectores de ellos, se negocie el desarrollo de estos estatutos general y sectoriales.

De otro lado, el sistema de distribución competencial en materia de personal que realiza la L.M.R.F.P. Esta disposición atribuye las competencias normativas en materia de personal a los órganos centrales de la Administración del Estado (Gobierno, Ministro para las A.A.P.P. y Ministro de Economía y Hacienda), quienes, además, las ejercen respecto a todos los funcionarios públicos de la Administración del Estado incluidos en el ámbito de aplicación de la L.M.R.F.P., con independencia de su adscripción a un Departamento determinado. Por ello, el legislador fija unidades de negociación amplias que se correspondan con el ámbito competencial que tienen estos órganos. De este modo, la centralización que en materia de personal se opera en la Administración del Estado constituye una causa inmediata de la centralización de las unidades de negociación³⁹.

3. La verticalidad de las unidades de negociación.

17. Un sistema legal de unidades apropiadas de negociación

³⁹. DEL REY GUANTER, S., Comentarios..., cit., pág. 18.

Las unidades

colectiva impone al legislador el adoptar los criterios a tomar en cuenta para delimitar las colectividades predeterminadas para ser objeto de negociación⁴⁰. En esta fijación existe una opción fundamental que se ha desarrollado a lo largo de toda la historia del sindicalismo: o bien se toma por base para fijar la unidad el oficio o la función concreta realizada por el trabajador, prescindiendo de la empresa o actividad económica en la que aquella se realiza (unidad horizontal) o bien se toma en cuenta la empresa o rama de actividad en la que los trabajadores realizan sus prestaciones laborales, con independencia de la naturaleza concreta de sus tareas, pues se incluye a todos los que, sea cual sea el oficio que tengan, estén empleados en una misma empresa o rama industrial (unidad vertical).

18. En el ámbito laboral, el legislador reconoce a las partes negociadoras libertad para fijar las unidades de negociación y los ámbitos personal y funcional de aplicación del convenio colectivo (arts. 83.1 y 85.2.b) E.T.), por lo que, en principio, admite tanto la unidad horizontal como la vertical⁴¹. Sin embargo, al concebir la legitimación negocial sobre la base de la representación unitaria, bien directamente (negociación por los comités de empresa o delegados de personal), bien indirectamente (negociación por

⁴⁰. Sobre este tema vid. RODRIGUEZ PIÑERO, M., "Unidad ...", cit., págs. 12 y ss.

⁴¹. Vid. DEL REY GUANTER, S., "Los convenios colectivos de franja", R.E.D.T., núm. 17, 1.984, págs. 113 y ss; RAYON SUAREZ, E., "Sindicatos de cuadros y negociación colectiva. El estado de la cuestión en la doctrina de los tribunales", D.L., núm. 9, 1.983, pág. 123.

Las unidades

secciones sindicales de empresa o por sindicatos con representatividad medida en función de las elecciones a comités de empresa y delegados de personal), parece inclinarse por la verticalidad de las unidades de negociación⁴².

Ello no obstante, conviene insistir en la idea de que el E.T. no cierra las posibilidades de negociación a los sindicatos de cuadros, sino que tan sólo las dificulta⁴³. En efecto, dado el derecho a la negociación colectiva que les reconoce el art. 37.1 de la C.E., éstos podrán negociar convenios colectivos extraestatutarios de eficacia personal limitada a los trabajadores afiliados al sindicato firmante⁴⁴. E, incluso, podrán negociar convenios colectivos de eficacia general, cuando acrediten los porcentajes de representatividad exigidos por el E.T., pero referidos, exclusivamente, a aquellos miembros del comité de empresa elegidos por el colegio electoral en el que esté incluido el grupo que intenta la negociación⁴⁵.

⁴². DEL REY GUANTER, S., op. ult. cit., pág. 113; RAYON SUAREZ, E., op. ult. cit., pág. 123.

⁴³. El legislador no podía, en base a la Constitución, prohibir la existencia del convenio colectivo de franja. Vid. DEL REY GUANTER, S., "Los convenios...", cit., págs. 109 y ss.

⁴⁴. Vid., por todos, VALDES DAL-RE, F., "Negociación colectiva y representación del personal directivo", R.L., núm. 2, 1.986, págs. 67 y ss; SALA FRANCO, T., La relación laboral de los altos cargos directivos de las empresas, Bilbao, 1.990, pág. 94.

⁴⁵. DEL REY GUANTER, S. "Los convenios...", cit., pág. 130; RAYON SUAREZ, E., "Sindicatos de cuadros y legitimación para la negociación colectiva. (Base para el cálculo para la atribución de la condición de representatividad", A.L., núm. 15, 1.988, págs. 799 y ss. En este sentido, la S.T.C.T. de 20 de enero de 1.988.

Las unidades

19. Por su parte, la L.O.R.A.P. se ha decantado firmemente por la verticalidad. De un lado, las Mesas sectoriales previstas en la ley se perfilan no en razón de grupos, cuerpos, escalas o categorías de funcionarios, sino de su ámbito funcional, esto es, en función del tipo de Administración de que se trate (Enseñanza, Universidad, Instituciones Sanitarias Públicas, Correos y telégrafos, Administración de Justicia, Administración de la Seguridad Social)⁴⁶. De otra, no se contempla la posibilidad de crear otras mesas de nivel inferior o subsectorial por categorías o cuerpos. Por ello, cabe decir que el tipo de trabajo que se realiza tiene sólo una influencia indirecta (en cuanto que cada Administración gestiona unos servicios típicos) y no directa (no es el tipo de trabajo que se realiza, sino el tipo de Administración el que determina el ámbito de la unidad).

20. En esta elección el legislador venía condicionado por las importantes reformas que sobre los cuerpos y los grupos de funcionarios ha operado la L.M.R.F.P. A partir de esta disposición legal, el cuerpo no predetermina ni el puesto de trabajo ni la retribución del funcionario. En este contexto legal es lógico que la L.O.R.A.P. haya eludido la institucionalización de unidades de negociación específicas en función de los diferentes cuerpos, escalas, clases o categorías de funcionarios. En efecto, en el sector laboral tiene sentido plantearse la posibilidad de una negociación para un grupo de trabajadores pertenecientes a un mismo

⁴⁶. LOPEZ GANDIA, J., "La negociación..", cit., pág. 17.

Las unidades

grupo o categoría profesional, pues las funciones a desempeñar y las remuneraciones a percibir por los mismos deben ser, en principio, las correspondientes a su categoría profesional, según la norma aplicable en la que ésta se defina⁴⁷. De este modo, como los trabajadores pertenecientes a una misma categoría tienen funciones homogéneas y retribuciones similares, y éstas pueden diferir notablemente de las del resto de trabajadores de la empresa o del sector de actividad, puede estar justificada la existencia de un régimen peculiar para los mismos. En cambio, los funcionarios integrantes de los diferentes cuerpos, salvo contadas excepciones⁴⁸, no tienen asignadas funciones y retribuciones homogéneas y diferenciadas perfectamente por responder a un mismo sector ocupacional, por lo que quiebra el presupuesto legitimador de una diversidad de régimen jurídico.

Tan sólo tendría sentido crear unidades de negociación para los funcionarios pertenecientes a los cinco grupos en que se clasifican los cuerpos, escalas, clases o categorías de funcionarios, ya que éstos pasan a ser el elemento estructural

⁴⁷. Sobre el principio de correspondencia de categoría-función ver VALDES DAL-RE, F., Movilidad funcional y derechos económicos, en Estructura Salarial, C.E.O.E., Madrid, 1.987, págs. 103 y ss.

⁴⁸. El art. 15.2 de la L.M.R.F.P. permite la adscripción de puestos de trabajo a funcionarios de determinado cuerpo o escala, pero tal posibilidad es limitada y debe hacerse en forma expresa y con posterioridad a la L.M.R.F.P. Vid. ESCUIN PALOP, V. "Cuerpos de funcionarios y la Ley de Medidas de Reforma de la Función Pública", R.E.D.A., 1.985, págs. 498 y ss.

Las unidades

básico en la clasificación de los funcionarios públicos⁴⁹. Pero ni tan siquiera en este caso estaría plenamente justificada la unidad vertical, ya que, aunque de acuerdo con el art. 27 del R.D. 28/1.990, de 15 de enero, aprobatorio del nuevo Reglamento General de provisión de puestos de trabajo de la Administración del Estado, "en ningún caso los funcionarios podrán desempeñar puestos de trabajo no incluidos en los niveles de intervalo correspondientes al grupo en el que figure clasificado su cuerpo o escala", hay que tener en cuenta que los intervalos que el art. 26 del mismo Reglamento ha asignado a los distintos grupos se superponen parcialmente unos con otros. De este modo, resulta que los puestos de trabajo, sobre todo los situados en niveles intermedios, pueden ser desempeñados por funcionarios de diversos grupos⁵⁰.

Es probable, además, que con ello se haya querido facilitar la penetración e implantación del sindicalismo en la Función Pública; el cuerpo de funcionarios es el mayor competidor que el sindicato encuentra en su deseo de alzarse como interlocutor privilegiado en la defensa de los intereses de los funcionarios⁵¹.

⁴⁹. GONZALEZ-HABA GUIZADO, V.M., "La nueva normativa sobre Función Pública y sus derivaciones en el ámbito local", R.E.A.L., núm. 231, 1.986, pág. 462.

⁵⁰. Vid. ESCUIN PALOP, V., El acceso del personal y la provisión de puestos de trabajo en la Administración del Estado y de las Comunidades Autónomas, Madrid, 1.986, págs. 145 y ss; PIÑAR MAÑAS, J.L., "Gobierno y Administración en la Constitución", Vol. II, Dirección General del Servicio Jurídico del Estado. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1.988, pág. 968. Aunque las consideraciones realizadas por estos autores versan sobre la normativa anterior, siguen siendo válidas pues las reglas generales en materia de grado personal son bastantes similares a las anteriores.

⁵¹. Cfr. DEL REY GUANTER, S., Estado., cit., pág. 65.

Las unidades

De esta forma, se pretende evitar el peligro de tensiones y presiones corporativas que intenten utilizar los espacios proporcionados por la ley a la autonomía colectiva, al servicio de intereses particulares y no precisamente para conseguir un buen funcionamiento de la Administración para la ciudadanos (art. 103.3 C.E.), en cuya perspectiva debe situarse el nuevo modelo de relaciones colectivas.

4. La interdependencia de las unidades de negociación.

21. Como ha señalado la doctrina laboral⁵², existen distintos modelos o formas de relacionarse entre si las unidades de negociación en atención a dos aspectos: el procedimental y el sustantivo.

Por lo que se refiere al aspecto procedimental, los modelos de conexión conocidos pueden reconducirse, básicamente, a dos: el "jerarquizado" y el "autónomo". El primero se distingue por la subordinación de las instancias contractuales inferiores a las superiores en la ordenación y desarrollo de la actividad negocial. El segundo, por el contrario, se define por la inexistencia de reglas que prefiguren y determinen de modo imperativo o restrictivo el procedimiento al que ha de atenerse la negociación dentro de un determinado territorio o sector de actividad.

⁵². Vid. VALDES DAL -RE, F., "Crisis..", cit., pág. 409.

Las unidades

En atención al aspecto sustantivo, es posible distinguir también dos modelos: el "articulado" y el "anómico". En el modelo de estructura contractual articulada hay una distribución de los contenidos materiales entre los distintos niveles de negociación, fijándose por los superiores qué materias son de su exclusiva competencia y cuya regulación, por tanto, queda cerrada en los ámbitos inferiores, y cuáles otras, en cambio, pueden ser suplementadas, complementadas o integradas por éstos. La vertebración de la estructura negocial impone pues, como requisito técnico imprescindible, una restricción a la libertad de contratación: las partes que negocian en unidades situadas en escalones inferiores no pueden convenir sobre cualquier cuestión, sino tan sólo sobre aquellos temas reenviados y dentro de los límites predeterminados. Por el contrario, en el modelo anómico o de "contratación no vinculada" las unidades de negociación son independientes entre si y gozan de una paridad de rango, no existiendo una relación de jerarquía funcional entre las mismas. Los niveles inferiores no integran los contenidos establecidos en el nivel superior, pudiendo convenir libremente sobre todas las cuestiones, incluidas desde luego las que ya han sido tratadas en escalones superiores.

En principio, los cuatro modelos mencionados pueden combinarse reciprocamente entre si, conformando otras tantas estructuras negociales. Con todo, la experiencia enseña la tendencial correlación que se instaura ente los primeros y los segundos

Las unidades

términos de ambos binomios. De esta suerte, cabe sostener que un orden contractual jerarquizado favorece la implantación de fórmulas de articulación y viceversa; del mismo modo, la autonomía en los procedimientos negociales suele ir acompañado de un sistema contractual anómico.

22. En el sector laboral corresponde, en principio, a los agentes negociadores la delimitación de las unidades de negociación, así como las materias y el contenido sustantivo del convenio. En principio, existe una paridad de rango e independencia entre los diversos niveles de negociación⁵³. Sin embargo, el art. 83.2 del E.T. sienta las bases para la implantación autonómica de un orden contractual "jerarquizado" y "articulado". En efecto, la dicción de este precepto resulta enormemente abierta, de forma que permite a las organizaciones sindicales y empresariales más representativas negociar "no sólo los temas relacionados con la articulación y la concurrencia sino también cualquier otro aspecto que afecte a la estructura de la negociación (en materia de procedimiento, por ejemplo)"⁵⁴.

De este modo, el legislador permite el establecimiento de una ordenación superior de las relaciones entre los convenios

⁵³. Vid. RODRIGUEZ PIÑERO, M. y GONZALEZ ORTEGA, S., op. cit., pág. 356.

⁵⁴. SALA FRANCO y otros, op. cit., pág. 179. VALDES DAL- RE, F., "Acuerdos.", cit., pág. 436, defiende un sentido más preciso sobre la expresión legal "estructura negocial", limitado a las unidades de negociación y a las relaciones entre las mismas. Sobre la aplicación práctica de este precepto ver, por todos, ALONSO OLEA, M y CASAS BAAMONDE, M^a.E., Derecho del Trabajo, Madrid, 1.989, págs. 708 y ss.

Las unidades

colectivos de distinto ámbito, a través de "acuerdos interprofesionales o convenios colectivos". Estos instrumentos normativos pueden comprender, entre otros aspectos, la determinación de los "criterios de complementariedad" de las distintas unidades de negociación, es decir, criterios de coordinación jurídica de los diversos niveles de negociación⁵⁵. Estos no sólo contienen una regulación de las relaciones de trabajo, sino que ordenan a su vez las relaciones entre convenios de ámbito inferior, que han de complementar el contenido de aquél, fijando cuáles son las materias reservadas a cada uno de estos niveles. De esta forma, el convenio de ámbito superior fija las materias que no pueden ser objeto de negociación en niveles inferiores, establece los mínimos y máximos que necesariamente ha de respetar el convenio colectivo, así como los criterios que ha de seguir la negociación en niveles inferiores.

En definitiva, el art. 83.2 del E.T. permite a los niveles superiores establecer los criterios que han de regir procedimental y materialmente la negociación en los niveles inferiores, de tal forma que las partes negociadoras de los primeros tienen un acentuado grado de discrecionalidad sobre el tema. La vinculación que éstos pueden llevar a cabo no vulnera el derecho a la negociación colectiva de los representantes de los trabajadores y empresarios legitimados para negociar en el ámbito afectado. Y

⁵⁵. Vid. RODRIGUEZ PIÑERO, M. y GARCIA ORTEGA, S., *op. cit.*, pág. 357; VALDES DAL-RE, F., *op. cit.*, pág. 438.; la S.T.S.J. de Madrid de 18 de septiembre de 1.990.

Las unidades

ello, fundamentalmente, porque tal limitación proviene de la propia autonomía colectiva y, más concretamente, de las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas, lo que supone una garantía de respeto al derecho de negociación⁵⁶. Además, siempre cabe a las partes suscribir el convenio al margen del E.T., y, por tanto, fuera del dominio de las instancias contractuales superiores⁵⁷.

23. La L.O.R.A.P. apenas dedica atención a este tema. Por un lado, contempla las conexiones existentes entre la "supermesa general" y las Mesas de negociación, confiriendo a las primeras, como se ha dicho, poderes normativos de articulación temporal y sustancial de los procesos negociales desarrollados por las segundas. A su vez, dentro de la Administración del Estado establece una relación de jerarquía material entre la Mesa general y las Mesas sectoriales, en tanto que la Mesa general va a tener también poderes normativos de articulación procedimental y sustancial de los procesos negociales desarrollados por estas últimas. Finalmente, y a pesar del silencio que esta disposición legal guarda sobre la articulación entre las distintas Mesas generales no quiere decir que materialmente no exista una relación de jerarquía entre las mismas, en tanto que la autonomía de cada

⁵⁶. PEREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., op. cit., pág. 36.

⁵⁷. SALA FRANCO, T., "los convenios colectivos extraestatutarios", en A.A.V.V., Manifestaciones de la autonomía colectiva en el ordenamiento español, A.C.A.R.L., Madrid, 1.989; VALDES DAL-RE, F., "Crisis ..", cit., pág. 437.

Las unidades

Mesa general para negociar estará condicionada por la distribución de competencias constitucional y legalmente diseñada entre las distintas Administraciones Públicas.

24. Se aprecia, por lo tanto, una notable diferencia entre los sistemas de negociación colectiva laboral y funcional. Mientras el primero reenvía a la autonomía colectiva el establecimiento de las relaciones y conexiones entre los diversos niveles de negociación, el segundo, en cambio, establece una "negociación articulada ex lege".

A mi juicio, los condicionamientos o factores que han determinado esta configuración legal son desde luego distintos en cada caso. En cuanto a la articulación de las "supermesas generales" y las Mesas generales de negociación se encuentra en la influencia que ha ejercido el modelo laboral y, en particular, lo dispuesto en el art. 83.2 de E.T. Por lo que se refiere a la articulación de los niveles de negociación en el seno de la Administración del Estado, la explicación se encuentra en la actual configuración orgánica de competencias en materia de personal y, especialmente, en el principio de unidad de acción que preside la política de personal. Como hemos visto, la L.M.R.F.P. y el R.D. 2.169/1.984 atribuyen al Ministro para las A.A.P.P., que es a quien competen las negociaciones a nivel general, una competencia general en materia de personal, que le convierte en un gran aparato centralizador de la gestión en este ámbito. En efecto, corresponde

Las unidades

a este Ministro, entre otras, competencias, proponer al Gobierno el Proyecto de Ley de Bases del Régimen estatutario de los Funcionarios Públicos y los demás proyectos de normas de general aplicación de la Función Pública; competencia que ejerce respecto a todos los funcionarios de la Administración del Estado incluidos en el ámbito de aplicación de la L.M.R.F.P. En ello debe verse la causa de la supremacía de la Mesa general sobre las Mesas sectoriales.

En cuanto a las relaciones entre las Mesas generales, tal diferencia halla su justificación en el sistema de distribución competencial entre el Estado, las C.C.A.A. y las E.E..L.L. en materia funcional diseñada por el ordenamiento jurídico español. A diferencia de lo que sucede en otras materias en las que estas tres instancias aparecen como compartimentos estancos, el bloque de legalidad en materia funcional responde a la idea de fraccionamiento en estrados, en el que cada uno de ellos está legitimado para desarrollar el correspondiente poder normativo atendiendo a los mandatos o instrucciones del legislador superior.

CAPITULO II

LA ESTRUCTURA NEGOCIAL

1. El art. 31.1 de la L.O.R.A.P. establecía y establece -en tanto que no ha sido modificado por la Ley 7/1.990- la existencia de un cuadro de mesas a un doble nivel: en el primero, dispone la constitución de una Mesa general para la Administración del Estado, otra para cada C.C.A.A y otro para cada E.E.L.L. Por lo demás, a pesar del silencio legal, la autonomía de cada Mesa general para negociar está condicionada por la distribución de competencias constitucional y legalmente diseñada entre las distintas esferas -estatal, autonómica y local-. En un plano inferior, y en relación específica a la Administración del Estado, fija -de forma obligatoria- una serie de Mesas Sectoriales y, además, permite que, por decisión de la Mesa general, se formen otras "en atención al número y peculiaridades de sectores concretos de funcionarios públicos". Todas ellas están incluidas -léase jerárquicamente subordinadas- en la Mesa general.

Por su parte, el nuevo art. 33 de la L.O.R.A.P. crea un nivel negocial superior en el ámbito de la Administración correspondiente que va a tener poderes normativos de articulación temporal y sustancial de los procesos negociales desarrollados por las Mesas

de negociación que se creen⁵⁸.

De este modo, se puede concluir que, a partir de la Ley 7/1.990, la negociación colectiva funcional se estructura en tres niveles diferentes⁵⁹: 1º) Las "supermesas generales"; 2º) Las Mesas generales de negociación; y 3º) Las Mesas sectoriales de negociación

2. A este respecto, hay que notar que la disposición final de la L.O.R.A.P., donde se establece expresamente qué preceptos tienen la consideración de básicos, incluye el art. 33, pero no el apartado primero del art. 31. Por consiguiente, cabría entender que la estructuración de las Mesas generales y sectoriales que se acaba de exponer no es aplicable a todas las Administraciones Públicas.

Esta afirmación, sin embargo, ha de ser objeto de una reconsideración a la luz de la reciente jurisprudencia constitucional en relación con las normas básicas, que puede sistematizarse así: las normas básicas han de acompañarse de la delimitación expresa de su naturaleza y alcance básico, salvo que tal carácter normativo unitario se desprenda naturalmente de sus

⁵⁸. DEL REY GUANTER, S., "La nueva..", cit., págs. 15 y 16.

⁵⁹. En este sentido, parece pronunciarse DEL REY GUANTER, S., "La nueva..", cit., págs. 15 y 16. Por contra, PALOMAR OLMEDA, A., "Comentarios a la Ley por la que se regula la negociación colectiva y la participación en la determinación de las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos (Ley 7/90, de 19 de julio)", A.A., núm. 23, 1.991, pág. 299, afirma que la estructura de la negociación se mantiene en la misma forma que en la Ley 9/1.987.

propias determinaciones (ver supra, título II). Pues bien, teniendo en cuenta esta doctrina, hay que distinguir entre la estructuración de las Mesas generales, por un lado, y la estructuración de las Mesas sectoriales, por otro. En cuanto a la primera -la vertebración de las Mesas generales-, hay que decir que, aunque, incomprensiblemente, el párrafo primero del art. 31.1 no se incluye en la disposición final, tiene la condición de norma básica aplicable a todas las Administraciones Públicas, porque así se infiere de la estructura de esta disposición legal. Y ello por las siguientes razones:

En primer lugar, porque las Mesas de negociación constituyen la instancia en la que los representantes de las Administraciones Públicas y de los sindicatos actúan conjuntamente el poder normativo que aquellas tienen en materia funcionarial y, precisamente, el bloque de constitucionalidad garantiza la competencia normativa del Estado, de las C.C.A.A. y de las E.E.L.L. para regular su respectiva Función Pública.

En segundo lugar, porque, según dispone el art. 32 de la L.O.R.A.P., que si tiene la consideración de norma básica, las materias susceptibles de negociación serán negociadas "en su respectivo ámbito y en relación con las competencias de cada Administración Pública".

En tercer lugar, porque los arts. 35 y 36, con el carácter de

normas básicas, atribuyen al Consejo de Gobierno de las C.C.A.A. y al Pleno de las E.E.L.L. la competencia para determinar las instrucciones a las que han de atenerse sus representantes en la negociación colectiva, para aprobar expresa y formalmente los Acuerdos alcanzados por sus representantes y los sindicatos en el ámbito de sus competencias materiales y para fijar en su respectivo ámbito las condiciones de trabajo en el supuesto de que no se llegue a un acuerdo.

Valorando conjuntamente todo ello, se puede concluir que la distribución de las Mesas generales tiene la consideración de norma básica⁶⁰.

La organización de la Mesa general y de las Mesas sectoriales, en cambio, no tiene tal consideración⁶¹. En efecto, la estructuración de las Mesas sectoriales y su relación con la Mesa general se fija en relación exclusiva a la Administración del Estado. Esta conclusión es evidente a partir de las siguientes premisas: de un lado, porque así se desprende del tenor literal del art. 31.1, pues señala expresamente que tales Mesas sectoriales se

⁶⁰. En este sentido, PALOMAR OLMEDA, A., "Comentarios...", cit., pág. 304, afirma que la naturaleza del art. 31.1 justifica su consideración como norma básica.

⁶¹. DEL REY GUANTER, J., "La negociación...", cit., pág. 9; OJEDA AVILES, A., "Los derechos de representación y negociación de los funcionarios públicos", R.L., núm. 8, 1.988, pág. 10. En sentido contrario, BLASCO ESTEVE, A., op. cit., pág. 2.164, quien afirma que este precepto también es aplicable a las C.C.A.A y C.C.L.L. Por su parte, PALOMAR OLMEDA, A., op. cit., pág. 305, afirma que la naturaleza del precepto que regula las Mesas sectoriales también justifica su consideración como norma básica.

constituirán en el ámbito de la referida Administración, en segundo lugar, porque este artículo carece del carácter de norma básica a los efectos de lo dispuesto en el art. 149.1.18 de la Constitución (Disposición final de la L.O.R.A.P.). Por consiguiente, las C.C.A.A. y las E.E.L.L. podrán abandonar esta distinción y proceder a un diseño propio de la estructura negocial en su respectivo ámbito.

3. Una vez formuladas estas consideraciones de carácter general, se pasa a una consideración aislada y desagregada de las unidades de negociación en cada una de las esferas, para, seguidamente, dar cuenta de la articulación funcional que se produce entre ellas.

I. ADMINISTRACION DEL ESTADO.

1. Las unidades de negociación.

4. La L.O.R.A.P. prevé la creación de los siguientes niveles de negociación: 1ª) La "supermesa general"; 2ª) La Mesa general de negociación; y 3ª) Las Mesas sectoriales de negociación.

1.1. La "supermesa general".

5. El art. 33 de la L.O.R.A.P., en su versión proporcionada por la Ley 7/1990, al dotar a las organizaciones sindicales más

representativas para que, de acuerdo con el Gobierno, encuadren formal y materialmente procesos de negociación desarrollados por las mesas de negociación, viene a crear un nuevo nivel negocial superior⁶². Se trata, como se ha dicho, de una opción similar a la acogida en el art. 83.2 del E.T., donde se permite a los sindicatos y organizaciones empresariales más representativas a nivel estatal y autonómico diseñar la estructura de la negociación colectiva laboral a través de convenios o acuerdos marco.

Los ámbitos funcional, territorial y personal de representación de esta "supermesa general" son comunes a los de la Mesa general, por lo que se estudian a continuación.

1.2. La Mesa general de negociación.

6. A tenor del art. 31.1 de la L.O.R.A.P. "se constituirá una Mesa general de negociación en el ámbito de la Administración del Estado (...) que será competente para la determinación de las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos del ámbito correspondiente"⁶³. En sentido objetivo, esta unidad o mesa de

⁶². Así, DEL REY GUANTER, S., "La nueva..", cit., págs. 24 y 15.

⁶³. Esta Mesa ha concluido, entre otros, los siguientes acuerdos: Acuerdo sobre incremento de retribuciones de los funcionarios de la Administración del Estado para 1.989 de 15 de septiembre de 1.988 (B.O.E. de 15 de marzo de 1.989); Acuerdo de 28 de febrero de 1.989 sobre aplicación del fondo de 5.634.0000.000 de pesetas integrante del previsto en el art. 25 de la Ley 37/1.988, de 28 de diciembre y aprobación de las mejoras retributivas que se derivan del mismo para los del Estado (B.O.E. de 26 de abril de 1.989); Acuerdo sobre negociación colectiva de funcionarios públicos de 6 de abril de 1.990 (B.O.E. de 18 de junio de 1.990); Acuerdo de 2 de abril de 1.991 de colaboración en materia de formación entre el Ministerio para las Administraciones Públicas y las centrales Sindicales más representativas (B.O.E. de 17

negociación está definida por los ámbitos funcional, territorial y personal que, a continuación, se delimitan.

1.1.1. El ámbito funcional.

7. En principio, la determinación del ámbito funcional de esta Mesa general requiere de las correspondientes remisiones tanto a los diferentes preceptos de la L.O.R.A.P. que especifican su ámbito subjetivo -arts. 1 y 2, fundamentalmente- como a aquellos que estructuran las "unidades electorales" y las Mesas sectoriales de negociación en el ámbito de la Administración del Estado (arts. 7.1 y 31.1 L.O.R.A.P., respectivamente).

De esta forma, la primera aproximación al tema viene dada por el art. 31.1 cuando indica que la Mesa general de negociación será competente para determinar las condiciones de trabajo "de los funcionarios públicos del ámbito correspondiente". Respecto a la expresión "funcionarios del ámbito correspondiente", hay que remitirse para su concreción a lo indicado anteriormente en relación al personal comprendido en el ámbito subjetivo de esta ley. Así, se trata no sólo del funcionariado de la Administración Civil del Estado, sino también del funcionariado civil de la Administración Militar, del funcionariado al servicio de los

de mayo de 1.991); el Acuerdo del Consejo de Ministros sobre la aplicación del artículo 15 y la disposición transitoria decimoquinta de la L.M.R.F.P. y de los arts. 39, 33 y 32 de las Leyes de Presupuestos Generales del Estado para 1.989, 1.990 y 1.991 (B.O.E. 1 de abril de 1.991); y el Acuerdo para modernizar la Administración y mejorar las condiciones de trabajo suscrito el 16 de noviembre de 1.991 (B.O.E. de 21 de enero de 1.992)

Organismos Autónomos, del personal funcionario y estatutario de la Seguridad Social y de ciertos colectivos de la Administración de Justicia.

La inclusión de estos últimos en el ámbito funcional de la Mesa general viene, además, implícitamente confirmada por el art. 7.1. La virtualidad interpretativa de la configuración orgánica de las Juntas de Personal en orden a delimitar el ámbito de representación de la Mesa general es evidente⁶⁴. En efecto, dado que la facultad de convenir se otorga a ciertos sindicatos calificados como más representativos y en la medida en que el criterio de selección de los sindicatos es la audiencia electoral, la selección de los sindicatos queda vinculada al sistema de representación unitaria. La base representada o representable por ese sistema viene así a delimitar el núcleo de funcionarios representados o representables por los sindicatos que negocian. De este modo, la inclusión de estos colectivos funcionariales en el ámbito de representación de las Juntas de Personal, que sirven de base para determinar los sindicatos legitimados para negociar en la Mesa general, confirma su inclusión en el ámbito de representación de la misma.

El párrafo segundo del art. 31.1 también corrobora la tesis

⁶⁴. Destacan la virtualidad de la composición de los órganos unitarios en orden a delimitar la base representable por las comisiones de negociación, entre otros, FERNANDEZ LOPEZ, M., "La relación especial del personal de alta dirección y el Real Decreto 1.382/85", R.L., núm. 6, 1.988, pág. 32; VALDES DAL-RE, F., "Negociación colectiva ..", cit., págs. 67 y ss.

aquí sostenida, pues prevé la constitución de Mesas sectoriales para el personal al servicio de ciertos Organismos Autónomos (Caja Postal de Ahorros, Universidades), Instituciones Sanitarias Públicas, Administración de Justicia, Administración de Seguridad Social. De este modo, como la Mesa general comprende todos los sectores funcionariales de la Administración del Estado, incluidos los que disponen de niveles de negociación específicos⁶⁵, la expresa previsión de una Mesa sectorial para los citados colectivos confirma, implícitamente, su inclusión en el ámbito funcional de esta Mesa general.

8. En definitiva, y a modo de conclusión, la Mesa general de negociación comprende los siguientes sectores de la Función Pública estatal⁶⁶: 1º) funcionarios de la Administración Civil del Estado; 2º) funcionarios civiles de la Administración Militar; 3º) funcionarios de los Organismos Autónomos y del sector público empresarial de la Administración del Estado; 4º) personal

⁶⁵. En este sentido, LOPEZ GANDIA, J., "La negociación ..", cit., pág. 16, afirma que las Mesas sectoriales se constituyen "en el ámbito de cada Mesa general"; DEL REY GUANTER, S., Comentarios ..., cit., pág. 187, señala que estas mesas de negociación "están incluidas en la Mesa General..".

⁶⁶. A este respecto, conviene tener en cuenta las cláusulas que establecen el ámbito aplicativo de los Pactos y Acuerdos de esta Mesa general, pues, al delimitar, tanto positiva como negativamente, su ámbito subjetivo, indirectamente nos indican los sectores que están representados por la dicha mesa. Así, por ejemplo, el Acuerdo de 15 de septiembre de 1.988 "comprende al personal de la Administración del Estado y de las Entidades de la Seguridad Social, incluidos en el ámbito de aplicación de la Ley 9/1.987, de 12 de junio..." (cláusula primera). Y el Acuerdo de 28 de febrero de 1.989 afecta a los funcionarios en activo de la Administración del Estado, sus Organismos Autónomos y las Entidades Gestoras de la Seguridad Social, con excepción del personal docente en los centros públicos no universitarios, personal funcionario de las Universidades y de los servicios de la Dirección General de Correos y Telégrafos. (cláusula primera). El A.M.A. "será de aplicación general al personal de la Administración Civil del Estado y de sus Organismos Autónomos, y al de la Seguridad Social" (cláusula primera del Cap. I del Tít. I).

funcionario y estatutario de la Administración de la Seguridad Social; y 5º) funcionarios de la Administración de Justicia.

A este respecto, conviene notar que su ámbito de representación es más amplio que el normativo de la L.M.R.F.P., pues también comprende al personal estatutario del I.N.S.A.L.U.D. y al personal al servicio de la Administración de Justicia, lo que supone el comienzo de un proceso de equiparación progresiva con los funcionarios de la Administración del Estado. Se ha llevado hasta sus últimas consecuencias el afán de homogeneización que anima a la L.M.R.F.P. El alcance real de esta medida legislativa, sin embargo, no es tan evidente como a simple vista pudiera parecer; pero esta cuestión se analiza más tarde al estudiar las relaciones entre las mesas de negociación, a cuyo momento se remite el análisis.

9. Quedan fuera los miembros de las Fuerzas Armadas, los funcionarios de la Guardia Civil y del Cuerpo Nacional de Policía. Así, aunque habrá en un futuro que armonizar el estatuto de estos funcionarios, que juntamente con los funcionarios civiles están al servicio del Gobierno, pues éste dirige tanto la Administración Civil como la Militar y por consecuencia debe, con criterios actuales y similares, regularla⁶⁷, ello queda en manos del Gobierno, pues sus condiciones de trabajo o bien son fijadas

⁶⁷. CARRASCO CANALS, C., "El régimen de la Función Pública española", en A.A.V.V., Gobierno y Administración en la Constitución", Vol. I, Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1.988, pág. 393.

unilateralmente por éste o bien mediante la negociación con organizaciones sindicales que no pueden mantener ningún tipo de vinculación orgánica con el resto de sindicatos. Y lo mismo cabría decir en relación con los jueces, magistrados y fiscales. Por último, también está excluido el personal funcionario al servicio de las Cortes Generales, cuyas condiciones de trabajo serán negociadas en el seno de la Mesa negociadora de las Cortes Generales. Ahora bien, en este caso las organizaciones sindicales que participan en esta Mesa negociadora si pueden mantener vinculaciones orgánicas con otras organizaciones sindicales funcionariales, lo cual puede representar una garantía de homogeneidad de sus condiciones de trabajo con las del resto de funcionarios.

10. Finalmente, conviene recordar que el Estado también es competente para fijar las bases del estatuto de los funcionarios públicos autonómicos y locales (art. 149.1.18 C.E.) y que dicha competencia comprende no sólo la potestad de dictar principios o directrices dirigidos al legislador autonómico, sino también la de dictar normas directamente aplicables a los funcionarios (Ver supra, título II). De este modo, aun cuando a partir del tenor literal de la ley podría entenderse que la base representada por la mesa negociadora se circunscribe a los funcionarios de la Administración Central, cuando la mesa intervenga en la regulación de tales bases comprenderá también a la Función Pública autonómica

y local⁶⁸.

1.2.2. El ámbito territorial.

11. La delimitación del ámbito territorial de la Mesa general no plantea problema alguno. El legislador, a la hora de estructurar las unidades de negociación, a diferencia de lo que sucede con las "unidades electorales", no ha utilizado el criterio de división territorial⁶⁹. La mesa se constituye en el ámbito de la Administración del Estado; debiéndose entender por tal toda la organización administrativa que la forma, esto es, tanto los servicios centrales como los ubicados en cada una de las provincias⁷⁰. Por lo demás, también comprende a los funcionarios destinados en las Misiones diplomáticas, representaciones permanentes, Oficinas Consulares e Instituciones y Servicios de la Administración del Estado en el extranjero, pues el art. 7.1.3 de la ley prevé, expresamente, la constitución de Juntas de Personal para los mismos.

⁶⁸. Así, el apartado 2 del Capítulo XIII del Título IV del "Acuerdo para modernizar la Administración y mejorar las condiciones de trabajo" (A.M.A., en adelante) establece que la Mesa general se negociará no sólo las condiciones generales de trabajo que afecten a todos los empleados públicos de la Administración del Estado, sino también las "condiciones de trabajo que afecten a todos los empleados de las diversas Administraciones Públicas y los derechos sindicales que afecten a todos los empleados públicos".

⁶⁹. OJEDA AVILES, A., "Los derechos..", cit., pág. 19; RODRIGUEZ PIÑERO, M., "La negociación..", cit., pág. 7.

⁷⁰. Los Acuerdos citados en nota 63 se aplican a los funcionarios adscritos tanto a los servicios centrales como a los periféricos de la Administración del Estado.

1.2.3. El ámbito personal.

12. En principio, la delimitación del ámbito personal requiere de las correspondientes remisiones tanto a los arts. 1 y 2, en los que se delimita el ámbito subjetivo de la ley respecto al personal al servicio de la Administración del Estado, como al art. 16, donde se especifica la condición de "elector" en las elecciones a Delegados y Juntas de Personal.

De acuerdo con el art. 31.1 de la ley, la Mesa general es competente para determinar las condiciones de trabajo de los "funcionarios del ámbito correspondiente", texto que ha de ser entendido en relación con el art. 1 de la L.O.R.A.P., pues, como indica el párrafo tercero de este artículo, "siempre que en esta ley se hace referencia a los funcionarios públicos, debe entenderse hecha al personal comprendido en los apartados 1 y 2 de este artículo". Así, en principio, dentro del ámbito personal de esta mesa están comprendidos los funcionarios de carrera, los funcionarios interinos, el personal estatutario y, transitoriamente, el personal contratado administrativamente en cuanto continúe prestando sus servicios⁷¹.

13. La inclusión de los funcionarios interinos y del personal contratado en régimen de Derecho administrativo viene, además,

⁷¹. Los Acuerdos citados en nota 63 no detallan su ámbito aplicativo desde un punto de vista personal. El Acuerdo de 15 de septiembre es algo más explícito en este tema, al señalar que están comprendidos en él el "personal {...} incluido en el ámbito de aplicación de la Ley 9/1.987, de 12 de junio".

implícitamente, confirmada por el art. 16 y la disposición transitoria segunda, respectivamente. En efecto, como se ha señalado, la base representable por los estructuras unitarias delimita el núcleo de funcionarios representados por las organizaciones sindicales que negocian y, precisamente, las disposiciones reseñadas, a fin de responder a las dudas que podría plantear la "temporalidad" del vínculo de estos dos colectivos, realizan una mención a los mismos, de la que se deduce, a sensu contrario, su condición de "elector" en las elecciones a Juntas de Personal⁷².

14. A solución contraria parece que ha de llegarse en relación al personal eventual. El artículo 20 de la L.M.R.F.P. dispone la regulación actual de este personal, que puede sintetizarse en los siguientes puntos: 1º- el personal eventual sólo puede ejercer funciones expresamente calificadas de confianza o asesoramiento especial; su nombramiento y cese, que es libre, corresponde a los Ministros y Secretarios de Estado, en el ámbito de la Administración del Estado, y, en su caso, a los Consejeros de Gobierno de las Comunidades Autónomas y Plenos de las Entidades Locales en el ámbito de sus respectivas competencias; 2º- el número, características y retribuciones de los puestos de trabajo reservados al personal eventual deben determinarse por el Gobierno, los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas y los Plenos de las Corporaciones Locales dentro de los créditos presupuestarios

⁷². Vid. DEL REY GUANTER, S., Comentarios..., cit., pág. 134.

Las unidades -----

consignados al efecto; 3º- El personal eventual cesará automáticamente cuando cese la autoridad a la que preste su función de confianza o asesoramiento.

De su configuración como personal "de confianza o de asesoramiento especial" se deduce su proximidad a la parte "empleadora" y, consiguientemente, la imposibilidad de asimilarlo, a los efectos de los derechos de representación y participación reconocidos en la L.O.R.A.P. En esta línea, el art. 16.2.c) de la L.O.R.A.P. les niega la condición de elector en las elecciones a Juntas y Delegados de personal. El sentido de este precepto es el de excluir al personal eventual no sólo del sistema de representación unitaria, sino también del ámbito de la negociación colectiva. En efecto, como se ha indicado, la base representada por las Juntas de personal delimita el núcleo de funcionarios representado por la Mesa general, núcleo del que quedan fuera quienes quedan excluidos de este sistema en atención a la naturaleza de las funciones que desempeñan. De este modo, el legislador, al negarles la participación en la conformación orgánica de las Juntas de Personal, indirectamente, les está excluyendo del ámbito de representación de las mesas negociadoras.

En consecuencia, debe considerarse no incluido en el ámbito personal de la Mesa general en cuanto tal personal eventual. Este último inciso -en cuanto tal personal eventual-, obedece a la circunstancia de que cuando los puestos eventuales son ocupados por

funcionarios de carrera en situación de servicios especiales, éstos tienen la condición de electores, ejerciendo su derecho "en la unidad electoral a la que pertenecerían de no encontrarse en situación de servicios especiales" (art. 16.2.c) L.O.R.A.P.). En este caso, éstos en cuanto funcionarios de carrera, no en cuanto cargo eventual, son representables por la Mesa general, bastando para que la representación se haga efectiva la reincorporación al puesto de trabajo funcional.

15. Con mayor razón habrá de considerarse como excluido del ámbito de representación de la Mesa general al "funcionariado político" al que se refiere el art. 16.2 de la L.O.R.A.P. -"quienes sean nombrados por Real Decreto acordado en Consejo de Ministros {...} y, en todo caso, quienes desempeñen cargos con categoría de Director General o asimilados u otros de rango superior". Como hemos visto, en el ordenamiento jurídico español, los cargos de Director General y asimilados reciben la consideración de "funcionarios políticos" o, con más propiedad, de "cargos políticos"⁷³. El nivel de Director General es el que separa a los cargos políticos de los puestos ocupados por los funcionarios de carrera en cuenta tales. Estos cargos son provistos según criterios de confianza política. Por ello, al faltarles la nota de la profesionalidad no tienen la consideración de funcionarios públicos

⁷³. Vid. BAENA DEL ALCAZAR, M., Curso ..., cit., pág. 224.

en el ordenamiento jurídico-administrativo⁷⁴. La legislación funcional no les es aplicable directamente⁷⁵, sino con carácter supletorio (art. 1.5 L.M.R.F.P.). En cuanto al régimen jurídico aplicable a los mismos, hay que notar que sus retribuciones son fijadas anualmente en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado. También tienen un régimen especial de incompatibilidades y responsabilidad. Pero no tienen un estatuto específico; el ordenamiento jurídico tan sólo los contempla en cuanto titulares de un órgano administrativo. En base a todo ello la L.O.R.A.P. les priva de la condición de elector y de elegible en las elecciones a Juntas de Personal⁷⁶, y, con ello, del ámbito de la negociación colectiva.

⁷⁴. Así, ENTRENA CUESTA, R., Curso de derecho administrativo, V. 1/2, Organización administrativa, Madrid, 1.990, pág. 315. En esta línea, la S.T.S. de 23 de febrero de 1.989 afirma que "a pesar de la vertiente eminentemente pública de un servicio prestado a la Administración a través de un cargo ministerial, no tendrían acogida en la amplia acepción de empleados públicos, estos cualificados miembros del Gobierno, nombrados y separados por el Rey a propuesta del Presidente del Gobierno {...}, constituidos en órganos superiores de los respectivos Departamentos {...} y cuya vocación política, excluyente de toda idea de profesionalidad, marcan, pese a eventuales coincidencias, acusados rasgos de diferencias con el concepto de funcionarios públicos". Si la tienen, en cambio, en el ordenamiento jurídico penal, ya que en el art. 119 del C.P. "se considera funcionario público a todo el que ya por disposición inmediata de la ley, o por elección, o nombramiento de autoridad competente, participe de funciones públicas". Este artículo fue comentado por COBO DEL ROSAL, M., "Examen crítico del párrafo 3º del artículo 119 del Código Penal Español", Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, 1.962. Las S.T.S. de 26 de julio de 1.983 y de 8 de mayo de 1.985 también entienden que la cuestión relativa a los efectos económicos del haber pasivo de un ministro se encuentra en el concepto de "materia de personal" a efectos procesales. VAZQUEZ DE PRADA, V., "Personal al servicio de la Administración", R.E.D.A., núm. 46, 1.985, pág. 275-276, critica la doctrina contenida en estas sentencias. Posteriormente, el T.S. ha modificado su posición inicial en la sentencia de 23 de febrero de 1.989, al considerar sujeto a régimen de apelación ordinaria la sentencia dictada sobre los efectos económicos del haber pasivo de un ex Ministro.

⁷⁵. En este sentido, PALOMAR OLMEDA, A., Derecho de la Función Pública. Régimen jurídico de los funcionarios públicos, Madrid, 1.990, pág. 165; VAZQUEZ DE PRADA, V., op. cit., pág. 276.

⁷⁶. Vid. DEL REY GUANTER, S., Comentarios..., cit., pág. 136.

No obstante, sería conveniente realizar las siguientes observaciones sobre el concepto de "alto cargo" empleado por la L.O.R.A.P.:

En primer lugar, el que el nombramiento del alto cargo se produzca por el Gobierno a través de un Real Decreto implica, a sensu contrario, que todos los afectados por otros procedimientos, a través de Ordenes Ministeriales, por ejemplo, no entrarían en su ámbito, aunque el contenido del puesto o cargo implique confianza o responsabilidad. La precisión no es ociosa, ya que algunos puestos que, deberían clasificarse como cargos políticos por ser de libre designación entre personas que no precisan ser funcionarios de carrera, tales como los secretarios y consejeros de los Organismos Autónomos no son nombrados por Decreto⁷⁷. Otras veces sucede que los puestos de ciertos Organismos Autónomos por puros azares administrativos son nombrados a través de Ordenes Ministeriales. El tema pudiera salvarse si el panorama legal sobre las equiparaciones fuera claro, cosa que no sucede.

En segundo lugar, que en cualquier caso estarán comprendidos quienes desempeñen cargos con categoría de Director General u otros de rango superior o asimilados; fórmula esta última que necesariamente remite a otras normas donde se produzca esta equiparación. Pero ello no resuelve el problema, ya que

⁷⁷. Vid. OLIAS DE LIMA GETE, B., "Las incompatibilidades de los altos cargos", R.D.A., 1.986, pág. 136.

precisamente lo que ocurre es que ese panorama legal es un tanto difuso, inconcreto e incluso contradictorio y deja en la indeterminación la definición de lo que es un alto cargo⁷⁸.

En tercer lugar, quedan fuera del concepto de alto cargo aquellos puestos que, aunque impliquen confianza, están reservados para su provisión entre funcionarios, esto es, los de categoría de subdirector o inferior (art. 20.1.b.) L.M.R.F.P.)⁷⁹.

A modo de conclusión, la delimitación legal de alto cargo es insuficiente para resolver la complejidad, cuando no la excesiva casuística que preside la vida del sector público, y la existencia de una multiplicidad de figuras y situaciones de difícil tipificación. Existe una zona amplia de puestos clave cuya inclusión o no en el ámbito de la Ley es problemática. Ante esta situación cabría proponer la aplicación analógica del concepto de "alto cargo" empleado por el art. 24.2.c) de la L.M.R.F.P. a efectos de determinar el pase a la situación de servicios especiales o por la Ley 25/83, de 26 de diciembre, de incompatibilidades de los altos cargos, modificada por la Ley 9/1.991, de 22 de marzo, dada la similitud existente entre los supuestos de hecho regulados en estas normas y en la L.O.R.A.P.

⁷⁸. OLIAS DE LIMA GETE, B., op. ult. cit., pág. 133.

⁷⁹. A este respecto, conviene notar que el art. 1.4 de la Ley 25/83, de 26 de diciembre, de incompatibilidades de los altos cargos, modificada por la Ley 9/1.991, excluye expresamente de su ámbito subjetivo a "los puestos reservados reglamentariamente para su provisión entre funcionarios".

Pero esta solución tampoco resolvería los problemas pues la L.M.R.F.P. remite la determinación de este concepto a la legislación sobre incompatibilidades y vincula la situación de servicios especiales con la incompatibilidad⁸⁰ y las deficiencias que se han objetado a la L.O.R.A.P. son también predicables de la Ley de Incompatibilidades de los altos cargos⁸¹.

16. Así pues, tanto el personal eventual como el personal directivo quedan excluidos del ámbito personal de la Mesa general⁸². La razón de dicha exclusión se encuentra en que en ambos casos la relación orgánica que les une con la Administración tiene mucha más importancia que la relación de servicio. Estos funcionarios se identifican orgánicamente con la Administración pública porque o bien expresan su voluntad al exterior o bien contribuyen a su formación. Por ello, la ley, que excluye del ámbito material de la negociación las potestades orgánicas de la Administración, excluye también del ámbito de la negociación al personal eventual y al personal directivo.

⁸⁰. MORILLO-VELARDE PEREZ, J.I., "Las situaciones administrativas de los funcionarios en la Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública", en A.A.V.V., Gobierno y Administración en la Constitución, Vol. II, Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1.988, pág. 1.273.

⁸¹. Sobre la definición de "alto cargo" realizada en la Ley 25/83 ver OLIAS DE LIMA GETE, B., op. ult. cit. págs. 132 y ss.

⁸². DEL REY GUANTER, S., Comentarios., cit., pág. 38 y ss propugna la extensión de la exclusión del sistema de representación unitaria al conjunto de la L.O.R.A.P., en base a la estrecha relación que estos colectivos mantienen con la parte empleadora.

No obstante, hay que criticar la técnica empleada por el legislador para operar dicha exclusión, pues puede dar lugar a varias interpretaciones sobre el tema. En efecto, ni el personal eventual ni el funcionario político aparecen mencionados en la relación de exclusiones del art. 2 de la ley, por lo que, dado el carácter taxativo de la misma, habría que entender que están comprendidos en la expresión legal "funcionarios públicos" del art. 1 y, por ende, en el ámbito de representación de la Mesa general. Además, al ser mencionados expresamente en el art. 16, se podría deducir, a sensu contrario, su inclusión en el resto de la L.O.R.A.P.

La explicación de esta ambigüedad se encuentra en la fuerte influencia que sobre la L.O.R.A.P. ha ejercido la regulación de la representación unitaria del sector laboral. Como se pone de manifiesto en los trámites parlamentarios de la ley, no ha sido un hecho accidental, sino conscientemente asumido por el legislador, hasta el punto de que la inclusión o no de un determinado precepto en dicha regulación ha sido utilizado durante dichos trámites como argumento, a favor o en contra, de la inclusión o no de aquel en la L.O.R.A.P.⁸³. Y, en este sentido, hay que notar que el art. 16 del R.D. 1.382/1.985 excluye al personal directivo del sistema de representación unitaria y, por ende, del ámbito de la negociación

⁸³. Así, DEL REY GUANTER, S., Comentarios..., cit., pág. 28.

colectiva estatutaria⁸⁴.

17. En definitiva, y a modo de conclusión, tanto el personal eventual como el funcionario político, al igual que el personal directivo del sector laboral, quedan excluidos del ámbito de la negociación colectiva. Sin embargo, mientras éste último puede participar en la determinación de sus condiciones de trabajo a través de la negociación colectiva extraestatutaria o la autonomía individual⁸⁵; las condiciones de trabajo de aquellos, en cambio, son fijadas unilateralmente por la Administración Pública, pues no cabe ni las negociaciones al margen de la L.O.R.A.P. ni la autonomía individual, lo que no deja de representar otra peculiaridad. Por otra parte, esta diferencia parece lógica por cuanto el personal laboral directivo, pese a ejercitar poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa, no llega a identificarse con el empresario; en cambio, el personal eventual y, sobre todo, el funcionario político personifican la voluntad de la Administración ante terceros.

⁸⁴. La posición de la doctrina sobre este tema es unánime. Ver FERNANDEZ LOPEZ, M^a.F. y RODRIGUEZ PIÑERO, M., op. cit., pág. 32; SALA FRANCO, T., La relación laboral .., cit., pág. 93; VALDES DAL-RE, F., "Negociación colectiva..", cit., págs. 69-70. Véase la S.T.S. de 15 de marzo de 1.990. BORRAJO DACRUZ, E., "El personal de alta dirección en la empresa", R.E.D.T., núm. 22, 1.985, pág. 178, maniene una posición parcialmente diferente, al afirmar que los sindicatos que legalmente no sean representativos sólo tienen abierta la negociación colectiva irregular, pero los sindicatos representativos por su simple condición de afiliados en una organización nacional más representativa pueden convenir colectivamente en los términos del E.T. IGLESIAS CABERO, M., Relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección. Real Decreto 1.382/1.985, de 1 de agosto, Madrid, 1.991, pág. 115, en cambio, entiende que los convenios colectivos supraempresariales, dada su eficacia general, son aplicables a los altos cargos directivos, salvo que expresamente queden excluidos de su ámbito por voluntad de los negociadores.

⁸⁵. En este sentido se manifiesta el sector doctrinal citado en primer lugar en la nota anterior.

1.3. Las Mesas sectoriales de negociación.

18. El art. 31.1 de la L.O.R.A.P. dispone que: "constituida la Mesa general, en la Administración del Estado se constituirán Mesas sectoriales de negociación para la determinación de las condiciones de trabajo en los sectores específicos que a continuación se relacionan:

- Para el personal docente en los centros públicos no universitarios.
- Para el personal de los servicios de Correos, Telégrafos y Caja Postal de Ahorros.
- Para el personal al servicio de las Instituciones sanitarias públicas.
- Para el personal al servicio de la Administración de Justicia.
- Para el personal funcionario de las Universidades
- Para el personal de la Administración Central e Institucional y de las Entidades Gestoras de la Seguridad Social.

Por decisión de la Mesa General podrán constituirse otras Mesas sectoriales, en atención al número y peculiaridades de sectores concretos de funcionarios públicos".

19. El legislador establece una serie de Mesas sectoriales tasadas legalmente para determinados sectores de la Función Pública

estatal y permite a las partes la creación de otras nuevas. Por consiguiente, es posible distinguir entre Mesas sectoriales de fijación legal y Mesas sectoriales de establecimiento autónomo, según sea la ley o la autonomía colectiva quien prevea su constitución.

1.3.1. Las Mesas sectoriales de fijación legal.

20. La constitución de estas Mesas sectoriales es obligatoria para los miembros de la Mesa general⁸⁶. El legislador no deja en manos de la discrecionalidad de las partes la decisión de su establecimiento o no. Esta conclusión se obtiene a partir de la interpretación literal de la cláusula legal en la que se prevé su creación, pues se señala que "constituida la Mesa general en la Administración del Estado se constituirán Mesas sectoriales de negociación...". Además, si se compara la redacción empleada en esta ocasión con la utilizada para permitir la creación de otros niveles de negociación se corrobora esta afirmación.

Cuestión distinta es que los miembros de estas mesas negociadoras no puedan negociar materia alguna. A este respecto,

⁸⁶. En el mismo sentido, DEL REY GUANTER, S., Comentarios..., cit., pág. 187; PIÑAR MAÑAS, J.L., "Las estructuras de participación y representación del personal al servicio de las Administraciones Públicas", R.E.D.A., núm. 65, 1.990, pág. 60.

conviene notar que su competencia material, salvo contadas excepciones, es residual, en la medida en que sólo pueden abordar la regulación de aquellos contenidos que no hayan sido objeto de decisión por la Mesa general. De este modo, ésta podría agotar al máximo el ámbito material susceptible de negociación, dejando vacía de contenido la competencia de aquellas.

Sin embargo, hay que concluir que una vez los miembros de la Mesa general deciden que determinados aspectos deben recibir un tratamiento específico en los sectores que cuentan con Mesas sectoriales, la constitución de éstas es obligatoria para aquéllos. Ciertamente, ello se deriva de los términos empleados por el legislador y, además, porque tales mesas están llamadas a determinar las condiciones de trabajo de los funcionarios del correspondiente sector. Esta es, por otra parte, la interpretación acorde con la distribución de competencias normativas en materia de personal entre los órganos de la Administración del Estado. Según el art. 4.2.a) de la L.M.R.F.P. corresponde al Ministro del ramo correspondiente y no al Ministro para las A.A.P.P., elaborar y proponer al Gobierno los proyectos normativos referentes a funcionarios sujetos a un régimen singular o especial.

21. Los sectores funcionariales que han sido considerados por el legislador como apropiados para disponer de niveles de

negociación específicos son los siguientes:

A) El personal docente de los centros públicos no universitarios.

22. Se constituye para los funcionarios docentes de los centros públicos no universitarios. Este personal, como se recordará (ver supra, título II) está incluido en el ámbito de aplicación de la L.M.R.F.P. Sin embargo, el art. 1.2 de esta ley autoriza al Gobierno a dictar normas especiales para adecuarla a las peculiaridades de estos funcionarios, al tiempo que excepciona la aplicación de determinados preceptos en materia de acceso, promoción profesional y promoción interna y remite a una norma con rango de ley la regulación de tales materias, así como la reordenación de sus Cuerpos y Escalas. Hasta la entrada en vigor de esta normativa específica, la ley dispone la aplicación de determinadas reglas provisionales, de las normas que se dicten en aplicación de lo dispuesto en el apartado 2 del art. 1 y demás disposiciones vigentes en las respectivas materias (apartado 2º de la dispo. adicio. 15 L.M.R.F.P.). El orden normativo establecido en la L.O.R.A.P. ha sido completado por la L.O.G.S.E., en cuyas disposiciones adicionales, novena a decimosexta, establece las normas sobre los aspectos antes apuntados.

En vista de todo lo cual, el legislador ha previsto para los funcionarios docentes de los centros públicos no universitarios al servicio de la Administración del Estado una Mesa sectorial, donde se negocie el desarrollo reglamentario de este estatuto especial⁸⁷, y órganos de representación unitaria específicos y singulares, que permitan determinar los sindicatos legitimados para formar parte de esta mesa negociadora por ser representativos en este sector.

23. Los funcionarios públicos docentes que presten sus servicios en las C.C.A.A que hayan recibido la transferencia de este servicio, en principio, quedan excluidos de la base representada por esta Mesa sectorial. En efecto, la competencia para ordenar la Función Pública docente en el territorio autonómico, como reconoce expresamente la L.M.R.F.P. (disposición adicional 15.10), corresponde a la Comunidad Autónoma correspondiente y, por ende, estos funcionarios se integran en el ámbito de representación de la Mesa General o Sectorial que se hayan creado dentro de su respectiva Administración. Ello no

⁸⁷. En cuyo seno se ha negociado el Acuerdo de 20 de junio de 1.991 sobre el nuevo calendario retributivo para el profesorado funcionario no universitario entre el M.E.C. y los sindicatos U.G.T., C.C.O.O. y A.N.P.E.; el R.D. 574/1.991, de 22 de abril, que regula transitoriamente el ingreso en los Cuerpos a que se refiere la Ley Orgánica 1/1.990, de 3 de octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo; y el R.D. 575/1.991, de 22 de abril que regula la movilidad entre Cuerpos y la adquisición de la condición de catedrático a que se refiere la Ley Orgánica 1/1.990. de 3 octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo.

obstante, hay que tener en cuenta que dicha competencia para ordenar la Función Pública docente en el propio territorio ha de ejercitarse, como subraya la L.M.R.F.P., "de conformidad con lo que se establezca en las normas básicas que se regulen los aspectos señalados en el punto 2 de esta disposición adicional". En esta línea, hay que recordar que la L.O.G.S.E., en sus disposiciones adicionales, novena y decimosexta, contiene las normas que, junto con las recogidas en la L.M.R.F.P., constituyen las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos docentes y que, en su disposición novena, habilita al Gobierno para que desarrolle reglamentariamente las bases reguladas en ella en aquellos aspectos que sean necesarios para garantizar el marco común básico de la Función Pública docente. Por consiguiente, cuando esta Mesa sectorial negocie el desarrollo reglamentario de estas bases, su ámbito de representación comprenderá también a la Función Pública docente de las C.C.A.A.⁸⁸.

B) El personal de los servicios de Correos, Telégrafos y Caja Postal de Ahorros.

24. Se crea para los funcionarios al servicio de la Dirección General de Correos y Telégrafos, integrada en el Ministerio de

⁸⁸. En esta línea, hay que subrayar que los R.D. citados en nota anterior tienen en parte el carácter de norma básica y, por ende, aplicables a todas las A.A.P.P.

Obras públicas y Transportes, ya estén adscritos a los servicios centrales o a los provinciales, y para los funcionarios del Organismo Autónomo de la Caja Postal de Ahorros. El art. 1.2 de la L.M.R.F.P. autoriza al Gobierno a adecuarla a las peculiaridades del personal de los servicios postales y de telecomunicaciones, y, en su consecuencia, la L.O.R.A.P. se ha visto avocada a constituir una Mesa sectorial para los mismos.

No obstante, hay que tener en cuenta las siguientes modificaciones introducidas por el legislador:

En primer lugar, que, en los términos previstos en el art. 99 de la Ley 31/1.990, de 27 de diciembre, el Real Decreto 1.766/1.991, de 13 de diciembre, constituye el Organismo Autónomo Correos y Telégrafos y aprueba los estatutos del mismo. Dicho Organismo se configura como un Organismo Autónomo de carácter comercial adscrito al Ministerio de Obras Públicas y Transportes que asume, entre otras, las funciones que hasta la fecha desempeñaban la Dirección General de Correos y Telégrafos y la Subdirección General de Infraestructura de Comunicaciones (art. 1 de los Estatutos del Organismo Autónomo Correos y Telégrafos). En consecuencia, los funcionarios que prestan sus servicios en los antecitados órganos y ocupen puestos de trabajo a los que corresponden las funciones asignadas a este Organismo, pasan a

Las unidades -----

formar parte del personal al servicio del Organismo con la misma situación, antigüedad y grado que tuvieran, quedando en situación de servicio activo en su cuerpo o escala, en la fecha de inicio de prestación de los servicios por este (disposición adicional segunda del R.D. 1.766/1.991).

En segundo lugar, que la Ley 25/1.991, de 21 de noviembre, que crea la "Corporación Bancaria, S.A.", prevé la transformación del Organismo Autónomo "Caja Postal de Ahorro" en la Sociedad estatal "Caja Postal, Sociedad Anónima". Los funcionarios públicos que presten sus servicios en tal Organismo Autónomo "podrán optar por su integración plena en régimen de derecho laboral, en las plantillas que se establezcan en la Sociedad "Caja Postal, Sociedad Anónima", con reconocimiento, en todo caso, de la antigüedad que les corresponda por razón de los servicios prestados en dicho Organismo Autónomo quedando en sus cuerpos de origen en la situación de excedencia voluntaria prevista en el art. 29.3.a) de la Ley 30/1.984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, o por su reincorporación a los puestos de trabajo que les correspondan en el Ministerio o Centro a que sean destinados por la autoridad competente, causando baja a todos los efectos en el servicio al Organismo Autónomo" (disposición adicional primera).

Por consiguiente, a partir de estas medidas legislativas, la

base representada por esta Mesa sectorial queda reducida al personal funcionario al servicio del Organismo Autónomo Correos y telégrafos.

C) El personal al servicio de las Instituciones Sanitarias Públicas.

25. Se constituye para el personal sanitario y no sanitario de las Instituciones Sanitarias Públicas dependientes del I.N.S.A.L.U.D. Como hemos visto (ver supra, título II), estos mantienen su régimen estatutario, en tanto no se apruebe su regulación especial (disposición transitoria 4ª de la L.M.R.F.P.), que deberá contenerse en el "Estatuto- Marco" previsto en el art. 84.1 de la L.G.S. A partir de su entrada en vigor, este personal se regirá por la L.M.R.F.P. y el resto de la legislación funcional vigente (art. 85 L.G.S.), quedando derogados sus estatutos personales, salvo en lo referente a la concreción de las funciones de cada estamento, que se mantendrán como tales (art. 84.2 L.G.S.).

En todo ello debe verse la causa de que este personal tenga tanto órganos de representación unitaria propios como que posea su propia Mesa de negociación⁸⁹.

⁸⁹. Hasta la fecha esta Mesa sectorial ha concluido los siguientes Acuerdos: Pacto suscrito el 7 de octubre de 1.988 por C.E.M.S.A.T.S.E. y por el Ministro de Sanidad y Consumo (sobre el

Los miembros de esta Mesa sectorial deberán negociar el contenido de ese "Estatuto- Marco". En este sentido, hay que notar que en la fijación de esta unidad de negociación, al igual que en la estructuración de los órganos unitarios, no se ha tomado como base la concreta función realizada por el personal estatutario, sino el sector de la Administración en el que realizan sus prestaciones⁹⁰. En efecto, tanto el personal sanitario (personal sanitario y personal sanitario no facultativo) como el personal no sanitario se integran dentro de una misma mesa negociadora. De esta forma, y dado que, como se analiza con detalle más tarde, tampoco se contempla la posibilidad de crear Mesas de negociación de nivel inferior o subsectorial por categorías o cuerpos, van a resultar

mismo véase la S.T.S. de 17 de junio de 1.991); el Pacto de la Administración Sanitaria del Estado con C.E.M.S.A.T.S.E., C.C.O.O. y C.S.I.F. sobre permisos y uso de crédito horario en el I.N.S.A.L.U.D. (B.O.E. de 18 de agosto de 1.989); el Pacto entre la Administración Sanitaria del Estado y U.G.T. para el mismo propósito y ente (B.O.E. de 18 de agosto de 1.989); Acuerdo sobre condiciones de trabajo del personal funcionario de los Cuerpos Sanitarios Locales, incluido el personal interino que tenga relación de servicios con el I.N.S.A.L.U.D., suscrito el 18 de enero de 1.990, por las representaciones de la Administración Sanitaria del Estado y C.E.M.S.A.T.S.E., C.C.O.O., U.G.T. y C.S.I.F. (B.O.E. de 14 de marzo de 1.990), Acuerdo suscrito el 11 de mayo por C.C.O.O., U.G.T., C.S.I.F. y E.L.A.-S.T.V. (B.O.E. de 28 de julio de 1.990); y el Pacto de 17 de julio de 1.990 firmado por C.C.O.O. y C.S.I.F. sobre determinados asuntos estatutarios y de carrera profesional, respecto del personal estatutario que presta servicios en las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social dependientes del I.N.S.A.L.U.D. (B.O.E. de 8 de septiembre de 1.990).

⁹⁰. Véase LOPEZ GANDIA, J., "El personal estatutario y las fuentes de regulación de sus condiciones de trabajo", A.L., núm. 23, 1.990, págs. 27 y ss.

imposibles las negociaciones singulares para cada uno de estos estamentos profesionales. Con ello se pretende que las negociaciones en el sector sanitario sean canalizadas por los sindicatos sectoriales más representativos por afiliación o simplemente representativos en el mismo. Naturalmente, los miembros de la Mesa sectorial podrán reconocer las peculiaridades de estos sectores profesionales diferenciados y dedicar a cada uno de ellos un tratamiento especial⁹¹. Sin embargo, ello será el resultado de un proceso de síntesis e integración de los intereses y problemas de todo el personal estatutario.

26. El personal sanitario y no sanitario de las Instituciones Sanitarias Públicas dependientes de las Comunidades Autónomas, en principio, quedan excluidos de la base representada por esta Mesa sectorial, integrándose en el ámbito de representación de la Mesa general o, en su caso, de la Mesa sectorial que se haya creado dentro de su respectiva Administración. Sin embargo, hay que recordar que el "Estatuto-Marco" contendrá la normativa básica sobre determinadas materias (clasificación, selección, provisión de

⁹¹. De hecho, el anteproyecto de Estatuto Marco de julio de 1.988, sin perjuicio de su carácter de "Marco", reconoce las particularidades de estos sectores profesionales, y a cada uno de ellos dedica un Capítulo de su título II (Personal médico y facultativo asistencial, Personal asistencial no facultativo y personal no asistencial. Vid. AYERRA LAZCANO, J. M^a, "El personal estatutario de la Administración de la Seguridad Social", A.L., núm. 45, 1.989, pág. 601.

puestos de trabajo, situaciones administrativas, derechos, deberes, régimen disciplinario, incompatibilidades y sistema retributivo). Por consiguiente, cuando esta Mesa sectorial intervenga en la regulación de tales bases, dentro de su ámbito de representación estará también incluido el personal estatutario al servicio de las Instituciones Sanitarias Públicas transferidas a las C.C.A.A.⁹².

D) El personal de la Administración de Justicia.

27. El art. 2.2 de la L.O.R.A.P. excluye de su campo de aplicación a los jueces, magistrados y fiscales, por lo que sólo se hallan representados por esta Mesa sectorial el personal administrativo del art. 454 L.O.P.J.: secretarios judiciales, médicos forenses, oficiales auxiliares y agentes judiciales (art. 1.2 L.O.R.A.P.)⁹³. La L.M.R.F.P. y demás normas generales sobre la

⁹². A este respecto, conviene notar que el Pacto suscrito el 17 de julio de 1.990 en el seno de la Mesa sectorial de Sanidad de la Administración del Estado confiere el carácter de básico a las disposiciones relativas a la regulación de la convocatoria y tramitación de los procesos selectivos previstos en la Ley de Presupuestos para 1.990, promoción, interna, concursos de traslados, la estructura del Baremo para la selección del personal facultativo, ..., etc.

⁹³. La Mesas Sectorial de Negociación de la Administración de Justicia, reunida en Madrid el 29 de enero de 1.991, acordó promover la modificación del Real Decreto 1.616/1.989, de 29 de diciembre, a fin de que los funcionarios interinos de la Administración de Justicia pudieran percibir el 100 por 100 de la cuantía del complemento de destino que corresponderá a un funcionario de carrera en el mismo puesto de trabajo. Como

Función Pública no son aplicables directamente a estos funcionarios, sino con carácter supletorio (art. 456 L.O.P.J.). El régimen jurídico que les es aplicable se contiene en la propia L.O.P.J. y en los Reglamentos orgánicos. A este respecto, el art. 455 de la L.O.P.J. atribuye al Ministro de Justicia las competencias en todas las materias relativas a su estatuto y régimen jurídico, comprendidas la selección, formación y perfeccionamiento, así como la provisión de destinos, ascensos, situaciones administrativas y régimen disciplinario. Por ello, la L.O.R.A.P. dispone para este personal tanto órganos de representación unitaria exclusivos como una Mesa de negociación - arts. 7.2 y 31.1, respectivamente⁹⁴.

E) El personal funcionario de las Universidades.

28. Se constituye para el personal de las Universidades a que aluden los arts. 33 y 49 de la Ley Orgánica 11/1.983, de 25 de Agosto, de Reforma Univeristaria (L.R.U.), esto es, para los funcionarios públicos de los Cuerpos docentes y el personal de Administración y Servicios de las Universidades. Quedan excluidos

resultado del proceso de negociación entablado, el Consejo de Ministros aprueba el R.D. 1.3/1.991, de 13 de septiembre.

⁹⁴. En este mismo sentido, DEL REY GUANTER, S., Comentarios..., cit., pág. 274.

los de aquellas C.C.A.A. que hayan recibido la transferencia de este servicio. Estos funcionarios se rigen por la L.R.U. y sus disposiciones de desarrollo, por la legislación de funcionarios que les sea de aplicación y por los Estatutos de su Universidad (arts. 44 y 49.3 L.R.U.). El legislador pretende con este precepto formar un bloque legal básico constituido por la Ley y sus reglamentos y otro supletorio y complementario formado por la legislación general y la autonómica⁹⁵. Por ello, L.O.R.A.P. prevé una Mesa sectorial donde se negocie un régimen propio y separado para estos funcionarios, que permita adaptar el general de la Función Pública a las peculiaridades de sus funciones y tareas.

29. A la hora de fijar esta unidad de negociación, a diferencia de lo que sucede en la estructuración de los órganos unitarios, no se ha tomado como base la concreta función realizada por estos funcionarios, sino el sector de la Administración en el que realizan sus prestaciones. En efecto, mientras en el ámbito de cada Universidad se constituyen dos Juntas de Personal, una para los funcionarios de los Cuerpos docentes y otra para el personal de Administración y Servicios, la Mesa sectorial, en cambio, engloba a ambos colectivos. Ello no obstante, y al igual que la Mesa sectorial de Sanidad, esta mesa negociadora puede reconocer las

⁹⁵. LOPERENA ROTA, D., "El marco de la autonomía universitaria tras la S.T.C. 26/87, de 27 de febrero", R.V.A.P., núm. 2, 1.988, pág. 21.

peculiaridades de estos colectivos y dedicar a cada uno de ellos un tratamiento específico. De hecho, la L.R.U. y los propios Estatutos de las Universidades reconocen tales peculiaridades, y a cada uno de ellos dedican un tratamiento diferente.

30. El personal al servicio de las Universidades de las C.C.A.A. que hayan recibido la transferencia de este servicio, como hemos visto, queda, en principio, excluido de la base representada por este Mesa sectorial. Ello no obstante, hay que tener en cuenta que la L.R.U. y sus disposiciones de desarrollo contienen el marco común aplicable al personal al servicio de todas las Universidades y que reservan al Gobierno el ejercicio de determinadas competencias en relación al mismo. Así, por ejemplo, el art. 46.1 de la L.R.U. establece que el Gobierno fijará un régimen retributivo uniforme para el profesorado universitario. En consecuencia, cuando esta Mesa sectorial intervenga en la negociación de estas materias, dentro de su ámbito de representación estará también comprendido el personal al servicio de las Universidades de estas C.C.A.A.

Por último, conviene subrayar que mientras la Universidad constituye una "unidad electoral", no ha sido, en cambio, considerada una unidad de negociación apropiada. Tal opción legal responde a la circunstancia de que los arts. 44 y 49.3 de la L.R.U.

preven la existencia de normas generales para los funcionarios de todas las Universidades. Sin embargo, hay que notar que las Universidades constituyen un caso muy especial de Organismo Autónomo por tener garantizada su autonomía en el art. 27.10 de la Constitución⁹⁶, lo que ha obligado al legislador ordinario a reconocerles, excepcionalmente, poder normativo, entre otras cuestiones, en materia de personal⁹⁷. En esta línea, los arts. 33 y ss. de la L.R.U. efectúan diversas remisiones a los Estatutos de cada Universidad para que regulen determinados aspectos del régimen jurídico tanto del personal docente como del personal de Administración y Servicios.

Cada Universidad dispone ya de su propio Estatuto, donde se completa el cuadro normativo aplicable al personal docente e investigador de Administración y Servicios de su respectiva Universidad, y se distribuyen entre los órganos de la Universidad las competencias que en materia de personal corresponden a la Universidad. Así, por ejemplo, los Estatutos de la Universidad de Valencia, aprobados por el Decreto 17/1.985, de 28 de octubre, del

⁹⁶. Sobre la naturaleza de este ente véase, por todos, PARADA VAZQUEZ, J.R., op. cit., pág. 210; GARCIA DE ENTERRIA, E., "La autonomía universitaria", R.A.P., núm. 117, 1.988, págs. 7 y ss; LOPERENA ROTA, D., "El marco...", cit., págs. 7 y ss.

⁹⁷. Como afirman GARCIA DE ENTERRIA, E. y RAMON FERNANDEZ, J.L., op. cit., pág. 403, el poder reglamentario es un atributo exclusivo de los entes territoriales.

Las unidades -----

Consell de la Generalitat Valenciana, vienen a concretar la distribución de competencias en materia de personal en la Universidad de Valencia, distinguiendo entre las competencias del Claustro y las de la Junta de Gobierno. Concretamente, el Claustro tiene, entre otras, las siguientes competencias: elaborar y modificar los Estatutos, los Reglamentos Generales de la Universidad; discutir y, en su caso, aprobar las líneas generales presupuestarias en la Universidad de Valencia. Y la Junta de Gobierno ejerce, entre otras, las siguientes competencias: aprobar el calendario académico anual; aprobar las propuestas de las plantillas de personal y de cargos con complemento de destino; aprobar los requisitos necesarios para que el personal docente e investigador pueda mejorar y completar su formación; fijar los requisitos para que el personal docente e investigador pueda optar a los años sabáticos; la regulación de las obligaciones del personal docente e investigador según su régimen de dedicación, fijar la normativa general para la provisión de plazas y de contratación del personal docente e investigador,.., etc. Así pues, todos estos asuntos no son regulados a través de normas de aplicación o de desarrollo general, por lo que no serán negociados en la Mesa sectorial.

En definitiva, el régimen jurídico del personal al servicio de las Universidades ofrece una singularidad frente a los demás y es

que el reparto de su contenido ha de hacerse entre tres instancias -Estado, Comunidades Autónomas y Universidades-. De este modo, puede afirmarse que el ordenamiento aplicable a los funcionarios universitarios tiene un carácter trifronte por cuanto estará compuesto por normas emanadas del Estado, de la Comunidad Autónoma correspondiente y de cada Universidad en ejercicio de su autonomía⁹⁸.

Pues bien, la L.O.R.A.P. para dar efectividad al derecho de estos funcionarios a participar en la determinación de sus condiciones de trabajo prevé una Mesa sectorial en la Administración del Estado y una Mesa de negociación en la Comunidad Autónoma correspondiente, donde sus representantes sindicales y los representantes de la Administración Pública correspondiente negociaran el contenido de la normativa que sobre esta materia procede del Estado y de las C.C.A.A. Sin embargo, la competencia material de estas mesas de negociación no abarca los aspectos antes señalados. Por ello, cabría plantear la posibilidad de constituir una mesa de negociación en el ámbito de cada Univeridad.

El legislador, en principio, no parece contemplar esta posibilidad. Parece, por tanto, que la intervención de estos

⁹⁸. Sobre el carácter trifronte del ordenamiento universitario véase LOPERENA ROTA, D., "El marco..", cit., pág. 25.

funcionarios en la elaboración de los Estatutos en su condición de miembros del Claustro garantiza suficientemente su derecho a participar en la determinación de sus condiciones de trabajo.

Debe notarse, sin embargo, que la organización del Claustro no responde, exclusivamente, a la idea de sindicalismo funcional, puesto que en el mismo, además, de los profesores y del personal no docente, también participan los alumnos⁹⁹. Por ello, cabría plantear la posibilidad de constituir, al amparo de la facultad prevista en el art. 31.1, una Mesa sectorial en cada Universidad, en la que representantes de la Junta de Gobierno y del personal docente y no docente negociaran el contenido del Estatuto referente a sus condiciones de trabajo, y, que, posteriormente, se sometiera a la consideración de la Junta de Gobierno o, en su caso, del Claustro para su aprobación.

En esta dirección, los arts. 65 y 202.2 de los Estatutos de la Universidad de Valencia reconocen, respectivamente, a las Asambleas del personal docente e investigador y al comité de Funcionarios, órgano de representación sindical del personal funcionario de Administración y Servicios, el derecho a negociar aquellos aspectos de las condiciones de trabajo no previstas en la legislación vigente; derecho que se habrá de ejercer en la forma que establece

⁹⁹. Sobre los principios de la organización de la Universidad ver PARADA VAZQUEZ, J.R., op. cit., págs. 210-211.

la L.O.R.A.P. Así, se habrá de canalizar a través de una Mesa de negociación con participación sindical y que integre a un mismo tiempo al personal docente e investigador y al personal de Administración y Servicios¹⁰⁰.

F) El personal de la Administración Central e Institucional y de las Entidades Gestoras de la Seguridad Social.

31. La creación de esta Mesa sectorial es consecuencia del compromiso adquirido por la Administración del Estado en el A.N.C. -clausula cuarta-, en el sentido de que "ambas partes estiman precisa la creación de una Mesa sectorial de Negociación que cubra el ámbito de la llamada Administración Central e Institucional y de las Entidades Gestoras de la Seguridad Social". El esquema legal de la Ley 9/1.987 dejaba la puerta abierta a la constitución de otras mesas en ámbitos distintos a los enumerados de forma expresa en el art. 31, pues, en todo caso, la Mesa general así podía -y puede, según la Ley 7/1.990- acordarlo; de todos modos, se ha optado por ampliar el elenco de las mesas reconocidas directamente por la ley

¹⁰⁰. Así, la Mesa Negociadora de la Universidad de Valencia, integrada por representantes del Rectorado y de los sindicatos de C.C.O.O. y U.G.T., en las reuniones de los días 23 de enero, 5 de febrero y 5 de marzo de 1.992, aprueba el calendario laboral del personal docente e investigador y del personal de Administración y Servicios, funcionario y laboral, de la Universidad de Valencia para el año 1.992.

sin condicionarlo a una ulterior decisión de la citada Mesa¹⁰¹.

Se constituye para el personal al servicio de las Entidades Gestoras (Instituto Nacional de la Seguridad Social -I.N.S.S- y el Instituto Nacional de Servicios Sociales -I.N.S.E.R.S.O.-) y de la Administración Institucional de la Seguridad Social (Instituto Nacional de Empleo, Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el trabajo, Instituto de Salud "Carlos III")¹⁰². También abarca al funcionariado de los servicios comunes de la Seguridad Social, que, en la actualidad, se reducen a la Tesorería General de la Seguridad Social y a la Gerencia de Informática de la Seguridad Social¹⁰³.

G) Los rasgos comunes.

32. Es conveniente señalar los rasgos comunes de estos colectivos funcionariales, pues, como se analiza con detalle más tarde, a partir de los mismos se pueden extraer criterios generales

¹⁰¹. Así, ESCUDERO RODRIGUEZ, R., "Comentarios a la Ley 7/1.990", R.L., núm. 13, 1.990, pág. 96.

¹⁰². Sobre las entidades de gestión de la Seguridad Social ver ALARCON CARACUEL, M. y GONZALEZ ORTEGA, S., Compendio de Seguridad Social, Madrid, 1.989, págs. 81 y ss; ALONSO OLEA y TORTUERO PLAZA, J.L., Instituciones de Seguridad Social, Madrid, 1.988, págs. 372 y ss; ALMANSA PASTOR, J.M^a, Derecho de la Seguridad Social, Madrid, 1.989, págs. 176 y ss.

¹⁰³. ALMANSA PASTOR, J.M^a, op. cit., págs. 184 y ss.

en orden a delimitar el alcance de la facultad que el párrafo tercero del art. 31.1 confiere a los miembros de la Mesa general.

Así, en primer lugar, las Mesas de negociación se perfilan a nivel nacional y sectorial, en función del tipo de actividad o servicio que presta la Administración de que se trate (Enseñanza, Universidad, Correos y telégrafos, Administración de Sanidad, Administración de Justicia, Administración de la Seguridad Social).

En segundo lugar, se trata de funcionarios que prestan servicios especializados y más concretamente servicios que requieren una organización independiente y una gestión técnica separada, según el modelo generalizado en la Función Pública¹⁰⁴. Y prueba de ello es que en su mayor parte están al servicio de Organismos Autónomos. El legislador, del mismo modo que ha considerado conveniente crear un ente público especializado para la gestión de estos servicios, instituye una Mesa sectorial para que en aplicación de la L.M.R.F.P. se elaboren normas específicas que la adecuen a las peculiaridades del personal que los presta.

En tercer lugar, la mayoría de estos colectivos disfrutaban de un estatuto especial frente al común al resto de funcionarios. El legislador inicia el proceso de homogeneización con el fin de

¹⁰⁴. DEL REY GUANTER, S., Comentarios..., cit., pág. 188.

Las unidades -----

unificar el régimen jurídico aplicable a todo el personal al servicio de la Administración estatal. Por ello, diseña un Estatuto de aplicabilidad general respecto a todos los funcionarios, con independencia de su adscripción a un determinado Ministerio u Organismo Autónomo. Pero, consciente de que la reconstrucción del sistema no puede llevarse a cabo haciendo tabla rasa del anterior y de que, en realidad, la diversidad de regímenes jurídicos está justificada por las características de los servicios que prestan estos funcionarios, prevé varios estatutos especiales para los mismos que, integrados en el general, puedan ser adaptados a las evidentes peculiaridades de sus funciones y tareas. Es por ello por lo que el legislador establece una estructura negociada articulada a través de la cual se proceda a la regulación uniforme de todo el personal al servicio de la Administración, pero que al mismo tiempo permita contemplar las peculiaridades de cada sector.

Finalmente, otra característica común a estos colectivos es que todos ellos disponen de estructuras de representación unitaria propias y exclusivas (art. 7.1 y 2 L.O.R.A.P.). La única excepción a este respecto se da en el caso del personal al servicio de la Administración de la Seguridad Social. En este caso no existe una correspondencia exacta entre los ámbitos funcionales de las unidades electorales y de la Mesa sectorial¹⁰⁵, lo que va a

¹⁰⁵. Véanse los apartados 1.1.4. y 1.2.1. del art. 7 de la

representar para los sindicatos del sector que no estén presentes en la Mesa general mayores dificultades a la hora de alcanzar la legitimación negocial. Pero esta cuestión se analiza más tarde al estudiar la legitimación negocial a nivel sectorial, a cuyo momento se remite el análisis.

1.3.2. Las Mesas sectoriales de establecimiento autónomo.

33. La L.O.R.A.P., permite, no obstante, la creación de otras Mesas sectoriales. En efecto, según dispone el párrafo tercero del art. 31.1 de la citada disposición legal, "por decisión de la Mesa general podrán constituirse otras Mesas sectoriales en atención al número y peculiaridades de sectores concretos de funcionarios públicos". De este modo, se permite la articulación de nuevos niveles de negociación para sectores peculiares de la Función Pública estatal, lo que va a suponer una normativa específica para los mismos.

34. Esta cláusula, abierta obliga a formularse un triple interrogante: primero, cuál es el sujeto competente para constituir las Mesas Sectoriales de negociación (A); segundo, cuáles son las posibilidades de que éste dispone a la hora de abrir nuevos niveles de negociación (B); y tercero, cuál es la instancia competente para

dirimir las controversias que surgan en este campo o, en su caso, para dirimirlas (C).

A) La instancia competente para la constitución de las unidades de negociación.

La respuesta a esta cuestión es bien clara y diáfana en el texto legal, pues se indica que "por decisión de la Mesa general podrán constituirse..". De esta forma, su establecimiento compete a la autonomía colectiva y, más concretamente, a los miembros de la Mesa general de negociación¹⁰⁶. Esta constituye, pues, una excepción a la regla general, según la cual los marcos por los que ha de discurrir la negociación vienen predeterminados "a priori" por el legislador, sin que las partes negociadoras puedan alterar sus contornos o límites. La creación de estas Mesas sectoriales de negociación, por el contrario, constituye una materia objeto de

¹⁰⁶. A este respecto, conviene recordar que la adición de una Mesa sectorial en el ámbito de la Administración estatal para "el personal de la Administración Central e Institucional y de las Entidades Gestoras de la Seguridad Social" tiene su origen en el A.N.C. En la cláusula tercera de este Acuerdo también se recogía el compromiso asumido por las partes de "analizar en la Mesa General de Negociación la constitución de otras Mesas sectoriales en ámbitos específicos que no la tengan establecida". La Ley 7/1.990 no ha asumido esta indicación, y no lo ha hecho porque se trata de una cláusula de naturaleza obligacional que afecta a las partes y, por ello, no necesita un expreso tratamiento legal al tratarse de conductas que ellas mismas pueden llevar a cabo. En este mismo sentido, ESCUDERO RODRIGUEZ, R., "Comentarios a la Ley 7/1.990, ..., cit., pág. 96.

negociación.

Se aprecia, por tanto, una diferencia fundamental entre las Mesas sectoriales relacionadas en el apartado anterior y las constituidas al amparo de esta facultad. Mientras las primeras son fijadas por el legislador; las segundas, en cambio, son el resultado del ejercicio de la autonomía colectiva. Además, mientras la constitución de aquéllas es obligatoria para las partes; la de éstas, en cambio en la medida en que son el resultado del libre acuerdo de los miembros de la Mesa general es voluntaria.

B) Las posibilidades de la Mesa general a la hora de abrir nuevos niveles de negociación.

La respuesta que la legislación da a este interrogante es más complicada. A la hora de precisar el margen de libertad del que disponen los miembros de la Mesa general en orden a la apertura de nuevos niveles de negociación deben tenerse en cuenta los siguientes extremos:

1º) En primer lugar, lo dispuesto en el art. 31.1 de la L.O.R.A.P., a cuyo tenor "podrán constituirse otras Mesas sectoriales en atención al número y peculiaridades de sectores concretos de funcionarios públicos". Lo cual significa, si se

realiza una interpretación del precepto con las categorías al uso en el análisis de la negociación colectiva laboral, lo siguiente: 1º) que el legislador sólo permite la descentralización a nivel funcional, y no geográfico; 2º) que dicha descentralización se focaliza, exclusivamente, en torno a niveles sectoriales¹⁰⁷; 3º) que el criterio numérico y las peculiaridades del sector consituyen bases para el ejercicio de dicha opción.

2º) En segundo lugar, la relación de Mesas sectoriales previstas en el párrafo segundo del art. 31.1. El legislador reconoce a la Mesa general la facultad de instaurar nuevos niveles de negociación inmediatamente despues de enumerar las Mesas sectoriales fijadas legalmente, de lo que se desprende que su propósito es el de flexibilizar la estructura negocial permitiendo nuevas unidades de negociación para colectivos funcionariales con características similares a los indicados anteriormente por el mismo y prueba de ello son los criterios fijados para hacer uso de la referida facultad.

3º) En tercer lugar, hay que tener en cuenta que los diversos aspectos de un sistema de negociación forman un todo intimamente

¹⁰⁷. El ámbito laboral con la expresión "sector" o "sectorial" se hace referencia a aquella unidad de negociación que viene referida a un ciclo productivo en relación al producto o servicio que llega al consumidor (automóviles, prensa, juguetería, hostelería, tranportes).

ligados entre si que se condicionan mutuamente, de manera que es difícil llegar a conclusiones definitivas respecto a cada uno de ellos en particular sin tener en cuenta soluciones dadas por el legislador respecto a otros. Tal es el caso de las importantes conexiones que se dan entre las unidades de negociación y los sujetos negociadores¹⁰⁸, sobre todo, en un sistema rígido y cerrado de estructura negocial, como es el diseñado en la L.O.R.A.P. En efecto, como hemos visto, en un sistema de estas características las partes negociadoras deben acomodarse a la estructura y composición de las unidades de negociación. Pero el legislador debe ordenar una regulación acorde respecto a la legitimación y competencia de los sindicatos y órganos administrativos para negociar en tales ámbitos. Por ello, resultará lógico entender que, si en un determinado ámbito existen sujetos capacitados para negociar en representación de los funcionarios y de la Administración Pública, las partes puedan constituir una Mesa sectorial. Pero si tal razonamiento debe considerarse correcto, también lo es su opuesto, es decir que sería lógico que si no existen tales sujetos, ello se pueda traducir en un elemento interpretativo en contra de dicha posibilidad. Ciertamente, teniendo en cuenta que el legislador predetermina las unidades de negociación, es evidente que, de contemplar tal nivel, habría

¹⁰⁸. Subrayan esta conexión en el ámbito laboral, entre otros, GARCIA FERNANDEZ, M., "Las unidades..", cit., pág. 1.069, DEL REY GUANTER, S., "Los convenios..", cit., págs. 114 y ss.

ordenado una regulación acorde respecto a los sujetos negociadores en dicho ámbito.

Así pues, a la hora de dilucidar cuáles son las posibilidades de la Mesa general tanto desde un punto de vista funcional como territorial debe tenerse en cuenta la regulación de las unidades de negociación, de la legitimación negocial y de la competencia de los órganos administrativos. Sólo teniendo en cuenta estos aspectos puede llegarse a una conclusión definitiva sobre el alcance real de la facultad que el legislador confiere a los miembros de la Mesa general.

a) Las posibilidades en cuanto al ámbito funcional.

35. En el ámbito de la Función Pública, de acuerdo con la interpretación literal y sistemática del art. 31.1 de la L.O.R.A.P., las posibilidades parecen reducirse al nivel sectorial¹⁰⁹. Ello no obstante, se ha de determinar, en primer lugar, si existe alguna posibilidad, por remota que sea, de crear otras unidades de negociación similares a las que existen en el ámbito laboral. En este último, las unidades de negociación desde el punto de vista funcional pueden ser de dos tipos: -vertical, en

¹⁰⁹. En este mismo sentido, LOPEZ GANDIA, J., "La negociación...", cit., pág. 17.

la que se atiende a la actividad o sector económico en que se efectúa el trabajo, con independencia de los singulares cometidos, tareas u oficios, de cada trabajador (intersectorial, sectorial o subsector de actividad, empresa o centro de trabajo); -horizontal, profesional o de grupo, en la que se toma en cuenta únicamente el trabajo o tarea singular que realizan los trabajadores regidos por el convenio, con independencia de la actividad o sector económico en que aquéllos se prestan.

Pues bien, los ámbitos intersectorial y empresarial son rechazables. El primero porque es el que corresponde a la Mesa general y el segundo porque la normal dimensión de las A.A.P.P. hace coincidir, con frecuencia, ese ámbito "empresa" con el ámbito "sector de actividad" e incluso, "intersectorial"¹¹⁰. Se trata, por tanto, de dilucidar qué sectores son susceptibles de constituir una unidad de negociación apropiada y , si aparte del nivel sectorial, se pueden crear mesas de negociación para los funcionarios adscritos a un centro de trabajo o para grupos de funcionarios profesionalmente homogéneos.

En segundo lugar, hay que plantearse también la posibilidad de utilizar en la estructuración de nuevos niveles de negociación otros criterios organizativos específicos de la Función Pública,

¹¹⁰. Vid RODRIGUEZ PIÑERO, M., "Dualismo..", cit., pág. 5.

como podrían ser los Departamentos Ministeriales a los que están adscritos los funcionarios o los Organismos Autónomos en los que prestan sus servicios.

12- Los sectores funcionariales susceptibles de constituir una unidad apropiada.

36. El art. 31.1 de la L.O.R.A.P. permite la creación de Mesas de negociación para sectores de la Función Pública estatal caracterizados por el número de funcionarios y por las peculiaridades de los servicios que éstos prestan. Es evidente, por tanto, que estas mesas de negociación están pensadas para colectivos sumamente diferenciados del "grueso" de los funcionarios o, al menos, con ciertas peculiaridades dentro de la Función Pública estatal. Pero, la Mesa general respetando estos requisitos tiene, en principio, absoluta libertad para designar qué intereses seccionales son apropiados para gozar de una ordenación específica.

37. Esta afirmación, sin embargo, ha de ser matizada. Del análisis realizado en el apartado anterior se ha podido deducir como principal conclusión que un elemento a tener en cuenta a la hora de determinar las posibilidades reales de la Mesa general es la regulación de la legitimación negocial. La pieza esencial sobre

la que descansa dicha regulación son los órganos de representación unitaria, que pasan a constituir un importante elemento a tener en cuenta en este análisis¹¹¹. No sólo porque el legislador haya aprovechado su realidad institucional para determinar los sindicatos legitimados para negociar en cada unidad de negociación, sino porque la configuración de su estructura y composición indica qué intereses funcionariales considera el legislador adecuados para gozar de una protección específica.

Desde esta perspectiva se puede señalar que si en la estructuración de los órganos unitarios el legislador tiene en cuenta la singularidad de los intereses de un determinado sector funcional, ello se puede traducir en un argumento favorable a la existencia de un nivel de negociación específico para los funcionarios que lo componen. Pero si tal argumento debe considerarse correcto, también lo es su opuesto, es decir, si no se ha tenido en cuenta esta diversificación de intereses a nivel orgánico, resulta coherente que tampoco se haga tal distinción en el plano negocial, de forma que no exista la posibilidad de que estos intereses seccionales puedan tener una protección especial a través de una Mesa sectorial.

¹¹¹. Vid. DEL REY GUANTER, S., "Los convenios..", cit., pág. 114.

La virtualidad interpretativa de los órganos unitarios deriva también de la opción del legislador de adoptar el índice de audiencia electoral como criterio de selección de los sindicatos que han de participar en la determinación de las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos. Se reconoce la legitimación a los sindicatos más representativos y a los simplemente representativos en la Administración estatal, así como a los que acrediten el 10 por 100 de las representaciones electivas del correspondiente sector. Aunque ambos tipos de sindicatos disponen de legitimación, existe una diferencia fundamental entre los mismos. Mientras los primeros ostentan el derecho a formar parte de todas las Mesas sectoriales, aún cuando carezcan de representatividad real en el correspondiente sector; los segundos, en cambio, para obtener la legitimación interviniente han de acreditar, necesariamente, el 10 por 100 de los miembros de las Juntas de Personal de los funcionarios afectados por la negociación.

A partir de esta constatación se vislumbran los problemas que la constitución de Mesas sectoriales conlleva. En efecto, si se crean niveles de negociación para colectivos funcionariales que carecen de órganos unitarios propios es prácticamente imposible que tales negociaciones sean llevadas a cabo por representaciones específicas del colectivo funcional afectado. En este caso la

medida de la suficiente representatividad debería extenderse sobre las Juntas de Personal comunes al grueso de los funcionarios. Por lo tanto, sería ciertamente difícil que un sindicato con base afiliativa de exclusiva extracción en el grupo funcional en cuestión pudiera alcanzar el 10 por 100 de tales representaciones, cuando las mismas vienen referidas a la generalidad de funcionarios.

Por todo ello, aun cuando esta circunstancia no supondría la negación de la negociación colectiva, puesto que ésta podría ser desarrollada por las organizaciones presentes en la Mesa general, se puede concluir que sólo es posible constituir nuevas unidades de negociación para aquellos sectores funcionariales que dispongan de estructuras de representación unitaria propias y específicas. De aceptarse esta tesis es evidente que las posibilidades de la Mesa general se reducen, notablemente, pues casi todos los colectivos funcionariales con tales características poseen ya Mesas sectoriales por expreso mandato legal, circunstancia que viene a corroborar la tesis aquí sostenida.

38. Sin embargo, la lista de unidades electorales delimitadas en el art. 7 de la L.O.R.A.P. es abierta y no cerrada¹¹². Según este precepto pueden crearse otras unidades electorales cuando el

¹¹². DEL REY GUANTER, S., Comentarios..., cit., pág. 73.

número o las peculiaridades de un colectivo funcional a aconsejen una protección específica. De este modo, las partes de la Mesa general pueden establecer Mesas sectoriales para sectores específicos de la Función Pública estatal, aún cuando éstos no dispongan de órganos unitarios, porque en virtud del referido precepto pueden llegar a gozar de los mismos.

La facultad recogida en el art. 7.5 obedece, pues, a este propósito. Ciertamente, con ello el legislador persigue una mejor adecuación entre las estructuras administrativas y la representación de los funcionarios¹¹³. Pero junto a esta finalidad más inmediata, esta opción sirve también al establecimiento de otras unidades de negociación. Ello se evidencia, claramente, pues en ambos casos se fijan los mismos criterios: el numérico y el de las peculiaridades. Se observa, pues, la estrecha conexión que existe entre las posibilidades de constituir nuevas estructuras de representación unitaria y Mesas sectoriales.

39. No obstante ello, es necesario realizar dos observaciones. En primer lugar, que las exigencias legales para la articulación de nuevas "unidades electorales" son menores, pues es suficiente con la concurrencia de uno sólo de los requisitos

¹¹³. Vid. DEL REY GUANTER, S., Comentarios..., cit., pág. 73; PIÑAR MAÑAS, J.L., "Las estructuras..", cit., pág. 59.

señalados, esto es, el numérico o las peculiaridades, como se desprende de la utilización de la disyuntiva "o" para relacionar ambos requisitos. En cambio, la constitución de las Mesas sectoriales requiere la confluencia de ambas condiciones. Ello no desvirtúa la afirmación antes formulada. Significa, simplemente, que el legislador considera que la posibilidad de que un grupo funcional pueda gozar de una ordenación singular requiere no sólo un cierto grado de disimilitud de éstos con respecto al grueso de los funcionarios, sino que, además, estén afectados un considerable número de funcionarios.

La segunda observación se refiere a que los sujetos competentes para flexibilizar las estructuras de representación unitaria y las unidades de negociación no coinciden plenamente. Mientras la instauración de nuevos niveles de negociación corresponde a los miembros de la Mesa general; en cambio, la creación de nuevas Juntas de Personal se encomienda al Gobierno, por lo que, aun cuando esta materia, como en su momento se analiza, es susceptible de negociación, las deliberaciones de la mesa negociadora al respecto concluirán en Acuerdos que requerirán la aprobación expresa y formal de aquel.

40. En conclusión, las partes negociadoras podrán constituir nuevos niveles de negociación para determinados sectores

funcionariales caracterizados por las peculiaridades de los servicios que prestan, por su número y por disponer de estructuras de representación unitaria propias y exclusivas. De no cumplir este último requisito, la Mesa general deberá hacer uso de la facultad prevista en el art. 7.5 de la L.O.R.A.P. a fin de adaptar la configuración legal de las "unidades electorales" a la nueva estructura negocial. Otra solución produciría agravios comparativos con respecto a los sindicatos sectoriales. Ha de tenerse en cuenta, en este sentido, que el régimen electoral en la Función Pública ya de por sí produce algunas distorsiones en la apreciación de la representatividad real de los sindicatos, sobre todo en relación a los sindicatos sectoriales, quienes por ello encuentran mayores dificultades para alcanzar la legitimación negocial.

2º- El centro de trabajo como ámbito de negociación.

41. Uno de los problemas que plantea la estructura de la negociación en la Función Pública es la viabilidad de una negociación descentralizada a nivel de centro de trabajo. En principio, la L.O.L.I.S. reconoce el derecho a la negociación colectiva a este nivel en dos ocasiones. De una parte, el art. 2.2.d) establece que "las organizaciones sindicales en el ejercicio de la libertad sindical, tienen derecho a: {...} d) el ejercicio de la actividad sindical en la empresa o fuera de ella, que

comprenderá, en todo caso, el derecho a la negociación colectiva {...} en los términos previstos en las normas correspondientes". Por otro lado, el art. 8.2.b) dispone que "...las Secciones Sindicales de los sindicatos más representativos y de los que tengan representación {...} en los órganos que se establezcan en las Administraciones Públicas, tendrán los siguientes derechos: {...} b) a la Negociación Colectiva en los términos establecidos en su legislación específica". Dada la aplicabilidad de ambos preceptos al ámbito funcional, se puede concluir que esta disposición legal garantiza también en este sector una negociación colectiva descentralizada a nivel de centro de trabajo.

42. Por su parte, la L.O.R.A.P., al configurar la estructura de la negociación colectiva en la Función Pública, no contempla, al menos, de forma expresa el centro de trabajo como unidad de negociación. No obstante ello, el silencio legal no ha de llevar por principio y obligatoriamente a la negación absoluta de tal posibilidad. Ciertamente, dada la facultad que el legislador confiere a los miembros de la Mesa general, cabría plantear la posibilidad de que estos pudieran constituir Mesas sectoriales para la fijación de las condiciones de trabajo de los funcionarios adscritos a un centro de trabajo.

43. En un análisis jurídico positivo es posible plantear esta unidad de negociación desde tres perspectivas, las cuales son tanto

imprescindibles como complementarias. Estas tres perspectivas son la determinación de los ámbitos de negociación, la legitimación para negociar y, por último, la distribución de competencias en materia de personal entre los órganos de la Administración estatal.

44. Desde el punto de vista de la determinación de las unidades o ámbitos de negociación no cabe duda que el precepto fundamental es el art. 31.1 de la L.O.R.A.P. Este permite a la autonomía colectiva el establecimiento de otras unidades de negociación, pero de su lectura no parece derivarse una actitud del legislador estatal favorable a la constitución de unidades de negociación descentralizadas a nivel de centro de trabajo. Si se contemplan los ámbitos de las Mesas sectoriales de negociación impuestas legalmente se advierte que los mismos comprenden colectivos sumamente diferenciados del "grueso" del funcionariado, en atención a su número y a las características de los servicios que prestan y no por el lugar de su ejecución. De esta forma, teniendo en cuenta la ubicación sistemática del párrafo en el que se reconoce a la Mesa general la facultad de instaurar nuevos niveles de negociación, se ha de concluir que el legislador no está contemplando la negociación a este nivel.

45. Además, a partir de la interpretación sistemática de los Capítulos II y III de la L.O.R.A.P. se llega también a esta

conclusión. El art. 7 de la misma, al delimitar los ámbitos de representación de las Juntas de Personal de los funcionarios de la Administración estatal, a diferencia del E.T., no toma como punto de referencia el centro de trabajo¹⁴. En el sector laboral la determinación de la unidad electoral viene dada por una mera alusión al centro de trabajo o, en su caso, a la empresa. La L.O.R.A.P., en cambio, opta por determinar "a priori" tanto la estructura electoral como las unidades electorales, "fraccionando" previamente a la organización administrativa a estos efectos y distribuyendo taxativamente los órganos de representación¹⁵. Esta división se efectúa atendiendo a criterios territoriales y funcionales muy amplios¹⁶.

La estructuración básica se realiza según se trate de "servicios centrales" (art. 7.1.1) o servicios periféricos radicados en cada provincia y en las ciudades de Ceuta y Melilla.

¹⁴. Vid. CRUZ VILLALON, J., "Juntas y Delegados de Personal: conceptos, ámbitos de actuación y competencias", en A.A.V.V., Seminario sobre relaciones colectivas en la Función Pública, Sevilla, 1.989, pág. 90; RODRIGUEZ PIÑERO, M., "La "participación ..", cit., págs. 1 y s.s.

¹⁵. Vid. DEL REY GUANTER, "Organos de representación unitaria y proceso electoral en la Función Pública", T.L., núm. 10, 1.987, pág. 108; RODRIGUEZ PIÑERO, M., "Dualismo representativo en el empleo público", R.L., núm. 18, págs. 2 y s.s.

¹⁶. ESCUDERO RODRIGUEZ, R., "Comentarios a la ley 9/1.987, de 12 de junio", R.L., núm. 15, 1.987, pág. 65.

Así, se prevé la existencia de una Junta de Personal para cada uno de los departamentos ministeriales, incluidos los servicios provinciales de Madrid y en cada provincia para el conjunto de las delegaciones ministeriales existentes en ella. Por último, algunos colectivos se separan para formar juntas específicas, como los funcionarios de justicia, las Universidades y las misiones diplomáticas, y, por provincias, los docentes no universitarios, los de correos y telégrafos y los del I.N.S.A.L.U.D.

Todas estas unidades electorales se caracterizan por su gran amplitud, ya que comprenden numerosos centros de trabajo. En vista de ello, se concluye que el legislador no admite la existencia de una diversidad de intereses entre los funcionarios de los distintos centros de trabajo, y, por lo tanto, no ha considerado a éste un ámbito adecuado para gozar de una representación y protección específica. En consecuencia, se puede afirmar que, al no prever la ley la existencia de una divergencia de intereses en el seno de las A.A.P.P. en función del centro de trabajo, no es factible la tutela de los intereses de los funcionarios de tal ámbito a través de unas negociaciones singulares.

En efecto, aunque los órganos unitarios carecen de facultades negociadoras, y, por lo tanto, podría entenderse que su estructura y conformación orgánica son intrascendentes en relación al tema

planteado, la legitimación para convenir se determina en función de la presencia de los sindicatos en los mismos, y de ahí su relevancia. Así, de admitir la viabilidad de una negociación descentralizada, sería muy difícil la determinación de los sindicatos negociadores. Efectivamente, no existe un órgano de representación unitaria en este ámbito, y, en consecuencia, la medida de la suficiente representatividad debería extenderse sobre la Junta de Personal común a todos los funcionarios de la provincia. De esta forma, sería imposible para los sindicatos funcionariales implantados en el referido ámbito la obtención de la legitimación negocial, pues difícilmente alcanzarán el 10 por 100 de tales representaciones electivas. Ello no supondría la negación absoluta de la negociación, ya que este derecho podría ser ejercitado por los sindicatos más representativos y por los simplemente representativos en la Función Pública estatal, que no necesitan acreditar ningún nivel de implantación para formar parte de las Mesas sectoriales.

Sin embargo, teniendo en cuenta que el legislador ha configurado un sistema "cerrado" de predeterminación de las unidades de negociación, es evidente que, de haber contemplado este nivel de negociación, habría ordenado una regulación de la legitimación negocial adecuada para negociar en este ámbito. Por consiguiente, las dificultades señaladas en relación a la

determinación de la parte sindical legitimada constituyen un argumento interpretativo más en contra de la posible existencia de negociaciones a nivel de centro de trabajo.

46. Finalmente, otra clave para la comprensión de dicha imposibilidad reside en cuál ha de ser el representante de la Administración del Estado en tal ámbito, es decir, en si existe algún órgano administrativo con competencias al respecto. Desde esta perspectiva también se ha de rechazar el centro de trabajo como unidad de negociación. En efecto, como hemos visto, (Ver supra , título II) en el marco autonómico o provincial no existe otra autoridad en materia de personal que la de los Delegados del Gobierno y Gobernadores Civiles (art. 10 L.M.R.F.P.). Frente a ellos, el resto del personal sólo merece el calificativo jurídico u orgánico de funcionario. En consecuencia, las negociaciones a nivel de centro de trabajo resultan inviables pues no existe un portavoz de la Administración en tal ámbito capaz de responder y cooperar con la representación sindical.

47. En vista del tenor literal del art. 31.1 y de la inexistencia de sujetos capacitados para negociar a nivel de centro de trabajo, cabe concluir que la negociación descentralizada a este nivel no ha sido acogida en la L.O.R.A.P¹¹⁷. La propia definición

¹¹⁷. En este mismo sentido, LOPEZ GANDIA, J., "EL personal..",

de centro de trabajo no se adapta bien al organigrama de una Administración, en la medida en que la legislación laboral está pensando en una unidad de producción económica (art. 1.5 E.T.)¹¹⁸; por ello, el legislador no ha tomado el centro de trabajo como la unidad básica de delimitación de los ámbitos de actuación de las Juntas y Delegados de Personal e, incluso, para la aplicación de la legislación laboral ofrece una definición propia de centro de trabajo a efectos de su aplicación a la Administración Pública para la fijación de los ámbitos de actuación de las representaciones unitarias de su personal laboral (dispo. adic. 5ª L.O.R.A.P.)¹¹⁹.

cit., pág. 276, sostiene que no parece posible que las Mesas sectoriales puedan delegar en niveles inferiores de centros. Por su parte, MARTINEZ ABASCAL, V.A., "El contenido de la negociación colectiva. Materias de consulta obligatoria y de consulta potestativa", en A.A.V.V., Seminario de relaciones colectivas en la Función Pública, Sevilla, 1.989, pág. 318, afirma que en la L.O.R.A.P. no existe reconocimiento alguno de la unidad de negociación centro de trabajo o "empresa". Por contra, DEL REY GUANTER, S., Comentarios..., cit., pág. 184; pese a ello este autor entiende que en base a la L.O.L.I.S. es posible una negociación colectiva de "centro de trabajo", aunque "muy sui generis, con más peculiaridades aún que la desarrollada a nivel central". FERNANDEZ LOPEZ, Mª.F. y CRUZ VILLALON, J., "Los sindicatos en la Función Pública: régimen jurídico y representaciones sindicales en el centro de trabajo", en A.A.V.V., Seminario de relaciones colectivas en la Función Pública, Sevilla, 1.989, pág. 236, afirman que el sistema rígido y cerrado de estructura negocial diseñado en la L.O.R.A.P. dificulta la posibilidad de una negociación en niveles inferiores a las mesas sectoriales previstas en la ley.

¹¹⁸. Así, FERNANDEZ LOPEZ, Mª. F. y CRUZ VILLALON, J., op. cit., pág. 90; DEL REY GUANTER, S., Comentarios..., cit., pág. 74.

¹¹⁹. FERNANDEZ LOPEZ, Mª. F. y CRUZ VILLALON, J., op. cit., pág. 90.

Pero, sobre todo, la unificación de la legislación en materia de funcionarios, la relativa identidad en el tipo de trabajo a realizar y la articulación marcadamente jerarquizada del poder político son factores que influyen fuertemente para que las competencias normativas en materia de personal se centralicen¹²⁰. En base a ello, se ha considerado que el criterio del lugar material de prestación de servicios con identidad organizativa propia no es adecuado en la estructuración ni de las unidades electorales¹²¹ ni de las unidades de negociación.

El hecho de que los arts. 2.2.d) y 8.2.b) de la L.O.L.I.S. garanticen la negociación colectiva a nivel de centro de trabajo, no desvirtúa esta conclusión, pues el genérico reconocimiento encuentra su propia limitación en los mencionados preceptos al decir éstos que tal derecho se entenderá "en los términos establecidos en su legislación específica". Remisión que ha de entenderse realizada al art. 31.1 de la L.O.R.A.P. en base al cual los funcionarios públicos no pueden disponer de una negociación a nivel del centro de trabajo.

¹²⁰. Cfr. DEL REY GUANTER, S., Estado, Sindicatos..., cit., págs. 50 y 208.

¹²¹. En el mismo sentido, FERNANDEZ LOPEZ, M^a.F. y CRUZ VILLALON, J., "Juntas..", cit., pág. 90. Véase la S.T.S. de 9 de julio de 1.991.

32- El grupo o cuerpo de funcionarios como unidad de negociación.

48. La aplicación del concepto de convenio de grupo o "convenio franja", acuñado por la doctrina laboral, en la Función Pública supondría la constitución de niveles de negociación para un grupo de funcionarios caracterizados por pertenecer horizontalmente a un mismo grupo, cuerpo, escala o categoría.

49. La doctrina laboral concluye en la admisibilidad del "convenio franja" estatutario en base a las siguientes consideraciones¹²². De un lado, porque el art. 83.1 del E.T. faculta a las partes negociadoras a establecer la unidad que se adecue a sus necesidades e intereses¹²³; además, el hecho de que el E.T. admita, expresamente, la posibilidad de excluir del ámbito de aplicación del convenio a ciertos trabajadores (arts. 83.1 y 85.2), supone, a sensu contrario, la validez de negociar expresamente para

¹²². Vid., por todos, DEL REY GUANTER, S., "Los convenios...", cit., págs. 93 y s.s.; RAYON SUAREZ, E., "Sindicatos de cuadros y negociación ...", cit., págs. 121 y s.s.; En sentido contrario SERRANO MARTINEZ, J., "El convenio colectivo de franja en el ordenamiento especial", en A.A.V.V., Estudios de Derecho del Trabajo en homenaje al prof. G. Bayón, Madrid, 1.980, págs 199 y s.s.

¹²³. DEL REY GUANTER, S., "Los convenios ..." cit., pág. 121; RAYON SUAREZ, E., op. ult. cit., pág. 126.

un determinado grupo de trabajadores¹²⁴. De otro lado, porque la diversidad de intereses que el legislador ha tenido en cuenta a la hora de configurar la composición orgánica del Comité de Empresa, sustenta la posibilidad del "convenio franja", en cuanto manifestación de esta diversidad¹²⁵. Finalmente, frente a la dificultad estructural que existe para negociar este tipo de convenios, se defiende la legitimación de los sindicatos de cuadros que acrediten los porcentajes de representatividad exigidos por el E.T., pero referidos, exclusivamente, a aquellos miembros del Comité de empresa elegidos por el colegio electoral en el que esté incluido el grupo que intenta la negociación.

50. La anterior exposición respecto al "convenio franja" en el sector laboral resulta oportuna en orden a comprender las dificultades interpretativas que plantea esta figura en la Función Pública. En efecto, el planteamiento es totalmente distinto en el sector funcionarial. En primer lugar, se parte de un sistema "cerrado" de predeterminación de las unidades de negociación, en el que, expresamente, sólo se contempla la posibilidad de crear mesas negociadoras de ámbito sectorial, pero no de nivel inferior o subsectorial por categorías o cuerpos, pues las Mesas sectoriales

¹²⁴. RAYON SUAREZ, E., op. ult. cit., pág. 127.

¹²⁵. DEL REY GUANTER, S., "Los convenios ...", cit., pág. 123.

ejemplificadas en la ley se perfilan no por razón de cuerpos o categorías de funcionarios sino de ámbito funcional, en función del tipo de Administración de que se trate¹²⁶. En segundo lugar, a diferencia de lo que sucede en el sector laboral, el legislador estructura las unidades electorales de acuerdo con criterios funcionales muy amplios, sin distinguir en la composición orgánica de las Juntas de Personal una diversidad de intereses en atención al cuerpo, categoría., etc¹²⁷.

En base a estas consideraciones se puede concluir en la inviabilidad de utilizar el criterio profesional o corporativo en la estructuración de las Mesas sectoriales, máxime si se tiene en cuenta que la apertura de nuevos niveles de negociación se deja a la libre decisión de los sindicatos negociadores, quienes, seguramente, van a ser reacios a renunciar a parte de su competencia en favor de los sindicatos de cuadros. Conscientemente, se ha querido eludir la institucionalización de niveles de negociación por cuerpos o categorías. Y ello es así, no sólo porque con ello se evita la diversificación injustificada del régimen jurídico funcionarial, sino porque, de este modo, se facilita la penetración e implantación del sindicato en la Función Pública.

¹²⁶. LOPEZ GANDIA, J., "La negociación..", cit., pág. 17.

¹²⁷. En idénticos términos, FERNANDEZ LOPEZ, M^a.F. y CRUZ VILLALON, J., "Juntas y..", cit., pág. 84.

4º- La división Departamental.

51. A partir del análisis efectuado en las páginas precedentes, se concluye que los criterios típicos que se siguen en la estructuración de la negociación colectiva laboral, a excepción de la división sectorial, no son aplicables en el ámbito de la Función Pública. Ello se debe, fundamentalmente, al hecho de que la organización administrativa difiere notablemente de la organización empresarial, de suerte que las modalidades de "áreas" posibles en el ámbito laboral no son trasladables al ámbito de la Función Pública. Descartados, pues, los criterios del sector laboral, parece imprescindible proceder a examinar si en la estructuración de la negociación colectiva funcional se pueden utilizar los ejes organizativos de la Administración del Estado, es decir, si se puede crear una estructura negociada paralela a la organización administrativa estatal. Y, en esta línea, teniendo en cuenta que el criterio de división primero y general de la Administración del Estado es el Departamental, hay que dilucidar si es posible crear Mesas sectoriales para los funcionarios adscritos a cada uno de los Ministerios.

52. Para resolver esta interrogante, como en los supuestos anteriores, hay que acudir a una interpretación sistemática e integradora que ponga el art. 31.1 de la L.O.R.A.P. en relación con otras previsiones del mismo cuerpo legal y de otras leyes.

Por lo pronto, el art. 31.1 de la L.O.R.A.P. no contempla, ni expresa ni tácitamente, la división ministerial. En efecto, este precepto permite a la autonomía colectiva el establecimiento de otras unidades de negociación a nivel sectorial, pero no por Departamentos Ministeriales y las Mesas sectoriales establecidas legalmente se perfilan a nivel sectorial, y no Departamental. Adicionalmente, el legislador no acoge hasta sus últimas consecuencias el criterio de división Ministerial en la estructuración de las Juntas de Personal de la Administración del Estado¹²⁸, de suerte que los sindicatos que presentan un encuadramiento sindical diferenciado por Departamentos Ministeriales van a tener muy difícil el acreditar la suficiente representatividad en su respectivo ámbito y, con ello, la legitimación negocial, pues difícilmente alcanzarán el 10 por 100 de unas representaciones unitarias referidas a la totalidad de los funcionarios de la provincia. Por último, los titulares de los Departamentos Ministeriales, salvo excepciones y en relación con determinados sectores funcionariales, carecen de poderes normativos

¹²⁸. En efecto, aunque a nivel central se constituye una Junta de Personal para cada uno de los Departamentos ministeriales, incluidos los servicios provinciales de Madrid, art.(7.1.1.1. L.O.R.A .P.) a nivel provincial, sin embargo, se constituye una Junta de Personal única para todos los funcionarios de los órganos provinciales de la Administración del Estado, de la Seguridad Social, de los Organismos Autónomos y funcionarios civiles que presten sus servicios en la Administración Militar (art. 7.1.2.1. L.O.R.A.P.).

en materia de personal¹²⁹.

53. En vista de todo ello, no cabe sino concluir que el legislador tampoco ha acogido el principio de división ministerial en la estructuración de la negociación colectiva funcionarial. Si ésta es la opción legal, debemos ahora preguntarnos por su significado y trascendencia. A este respecto, es conveniente poner de relieve que esta decisión no es más que una consecuencia lógica de la previa opción por un estatuto general. En efecto, a diferencia de lo que sucedía anteriormente, la L.M.R.F.P. y demás leyes generales en materia de Función Pública no diferencian en orden al régimen jurídico aplicable a los funcionarios por razón de su adscripción a uno u otro Departamento Ministerial. Y, por ello, ha considerado que el Departamento no constituye una unidad de negociación apropiada.

5º- El Organismo Autónomo.

54. Por último, hay que plantearse si el Organismo Autónomo constituye una unidad apropiada de negociación. A este respecto, para comprender mejor la regulación legal conviene traer a primer término los planteamientos doctrinales formulados en torno a la

¹²⁹. En efecto, como hemos visto, el Ministerio para las A.A.P.P. tiene una competencia normativa general respecto a todos los funcionarios públicos, con independencia del Departamento ministerial al que están adscritos.

organización y personalidad jurídica de los Organismos Autónomos. En principio, el art. 2 de la Ley de Régimen Jurídico de las Entidades Estatales Autónomas de 26 de diciembre de 1958 (en adelante, la L.E.E.A.) los define como "entidades de Derecho Público creadas por la Ley, con personalidad jurídica y patrimonio propio, independiente de los del Estado".

Pero no es posible comprender la posición del Organismo Autónomo sin descender necesariamente a la de su fundador. Y, en este sentido, conviene tener en cuenta las siguientes consideraciones:

En primer lugar, que los Organismos Autónomos están integrados en la organización de su fundador a pesar de la separación formal operada respecto a la misma¹²⁹. Entre los dos forman "un complejo organizativo unitario". Esto es lo que la legislación expresa en el concepto de "adscripción" del Organismo Autónomo a la Administración estatal a través de un Ministerio concreto (art. 6 y 8 L.E.E.A.), con la consecuencia de que, como precisa este último artículo, la personificación y autonomía de aquel "no implica desvinculación de los Departamentos Ministeriales a que estén

¹²⁹. Sobre las conexiones entre el Organismo Autónomo y su fundador ver, por todos, las reflexiones de BAENA DEL ALCAZAR, M., Curso de Ciencia de la Administración, Madrid, 1.985, pags.243 y ss; GARCIA DE ENTERRIA, E. y RAMON FERNANDEZ, T., Curso de Derecho Administrativo, Tomo I, Madrid, 1.989, pág. 389; PARADA VAZQUEZ, J., Derecho Administrativo, Organización y empleo público, Madrid, 1.990, págs. 199 y ss.

adscritos".

En segundo lugar, que la personalidad de los Organismos Autónomos es más ficticia que real¹³⁰. Su personalidad jurídica se manifiesta ad extra, en las relaciones con los terceros, normalmente de una manera plena en el ámbito de su esfera funcional específica, pero no puede dejar de ser completamente deficiente ad intra, en la relación interna con su ente matriz; frente a éste la autonomía del ente filial, tanto en su aspecto formal de centro último de imputación de propias relaciones jurídicas, como en su aspecto funcional que postula autodeterminación e independencia, son en buena parte ilusorias.

En tercer lugar, y como consecuencia de lo anterior, que los Organismos Autónomos siguen los mismos criterios que las Administraciones Públicas en materia de personal, estando todo su personal, tanto funcionario como laboral, bajo la dependencia orgánica de los órganos superiores de la Función Pública. Así, el art. 2 de la L.M.R.F.P., a cuyo tenor todo el personal al servicio

¹³⁰. En efecto, aunque el art. 2 L.E.E.A. habla de "entidades de Derecho Pública creadas por Ley, con personalidad jurídica y patrimonio propios, independientes de los del Estado", en su misma exposición de motivos realiza una importante relativización, y hasta una formulación contraria de ese principio dogmático: "Sin embargo, aún en los casos en que dichas entidades gozan de personalidad distinta de la del Estado, no se trata de personal independientes del mismo". Sobre las limitaciones a la personalidad jurídica e independencia de los Organismos Autónomos véanse las reflexiones de GARCIA DE ENTERRIA, E. y RAMON FERNANDEZ, T., Curso., cit., págs. 386-387; PARADA VAZQUEZ, J.R., Derecho., cit., pág. 199.

de la Administración del Estado a que se refiere el artículo anterior entre los que se incluyen según el art. 1.1.a), el personal funcionario y laboral de la Administración Civil del Estado y sus Organismos Autónomos)..tendrá dependencia orgánica del Ministerio de la Presidencia".."").

Dicho lo cual, debemos pasar a examinar el texto de la L.O.R.A.P. Y, en este sentido, hay que indicar, en primer lugar, que la estructuración de la negociación colectiva fijada en el art. 31.1 de la L.O.R.A.P., según una interpretación literal de este precepto, no contempla la división por Organismos Autónomos. En segundo lugar, que el art. 7 de la Ley tampoco acoge hasta sus últimas consecuencias el criterio de división por Organismos Autónomos en la estructuración de las Juntas de Personal de la Administración del Estado¹³¹.

55. Tomando en consideración todos estos datos, se pone de relieve cómo la negociación colectiva no se estructura atendiendo a este criterio organizativo, esto es, a los Organismos Autónomos en que los funcionarios prestan sus servicios. De este modo, se deja atrás el régimen tradicionalmente diferenciado de estos

¹³¹. Si bien, a nivel central, se constituye una Junta de Personal en cada Organismos Autónomos, incluidos los servicios provinciales de Madrid siempre que tengan un censo mínimo de 150 funcionarios, a nivel provincial sus funcionarios se encuentran representados por la J.P. de su provincia (art. 7.1.2.1. L.O.R.A.P.).

funcionarios con respecto al grueso de la Función Pública. Los Organismos Autónomos disponían de un personal propia, con cuerpos de funcionarios distintos de los de la Administración del Estado y de los demás Organismos Autónomos, incluso de los adscritos o dependientes del mismo Ministerio, con un estatuto específico cada uno de ellos.

56. Ahora bien, no se puede pasar por alto el hecho de que los Organismos Autónomos se crean, precisamente, para gestionar servicios públicos de contenido especializado. De esta forma, del mismo modo que se considera conveniente crear un ente público especializado para la gestión de estos servicios puede estar justificada la creación de una Mesa sectorial para los funcionarios que prestan tales servicios, si, además, el colectivo afectado es numeroso.

b) Las posibilidades en cuanto al ámbito territorial.

57. Respecto al ámbito territorial, las posibilidades que se abren al convenio colectivo son, en principio, éstas: local, comarcal, provincial, interprovincial, autonómico y estatal .

En la Función Pública el legislador acoge el ámbito estatal para todas las unidades fijadas por él, y, en consecuencia, éste carece de interés en el presente análisis. Se trata de averiguar si los restantes ámbitos territoriales son viables en la Función

Pública estatal. En este sentido, hay que indicar que todos, a excepción del provincial y del autonómico, son rechazables, fundamentalmente, porque la Administración del Estado no se estructura por E.E.L.L. o comarcas. Así pues, reducidas las posibilidades a los ámbitos provincial y autonómico, se trata de comprobar si es posible la negociación descentralizada en tales ámbitos, esto es, para los funcionarios destinados en los servicios provinciales y autonómicos de la Administración del Estado.

58. En principio, según una interpretación literal y sistemática, el art. 31.1 de la L.O.R.A.P. tampoco parece contemplar este supuesto, pues en la estructuración de la negociación no se contempla la división en base al criterio geográfico¹³². Así, la negociación no contempla la división provincial que tan importante es para delimitar las estructuras representativas unitarias¹³³

59. No obstante ello, es conveniente determinar si existe algún otro inconveniente legal en su aplicación práctica. Una de las objeciones que se han señalado en relación a la apertura de negociaciones a nivel de centro de trabajo es la imposibilidad de determinar los sindicatos representativos en el mismo. No es ésta,

¹³². OJEDA AVILES, A., "Los derechos..", cit. ,pág.; RODRIGUEZ PIÑERO, M., "La negociación..", cit., pág. 7.

¹³³. OJEDA AVILES, A., "Los derechos...", cit., pág. 19.

sin embargo, la dificultad con la que se encuentran los agentes negociadores en esta ocasión. En efecto, los órganos de representación unitaria se estructuran en los servicios periféricos de la Administración del Estado por provincias. En consecuencia los sindicatos funcionariales pueden acreditar su representatividad en tales ámbitos y obtener por esta vía la legitimación para negociar en representación de los funcionarios destinados en los servicios periféricos de una provincia o, en su caso, de una C.C.A.A.

60. No habrían, pues, problemas para hallar el interlocutor que debería negociar en representación de los funcionarios con los representantes de la Administración. Pero ¿existe en tales ámbitos algún órgano administrativo con competencia para formar parte de la Mesa sectorial?.

Para resolver esta cuestión es necesario determinar, primeramente, cuáles son los órganos con competencias en materia de personal respecto a los funcionarios destinados en los servicios periféricos de la Administración del Estado. Como se ha señalado anteriormente, de acuerdo con el art. 10 de la L.M.R.F.P., son los Delegados del Gobierno y los Gobernadores Civiles los órganos competentes en materia de personal en relación con todos los funcionarios destinados a los servicios periféricos de ámbito regional y provincial, respectivamente, con independencia de cual sea el cuerpo a que cada funcionario pertenezca y la Dirección Provincial Departamental (o unidad que, en su caso, la sustituya)

en la que preste sus servicios. De este modo, de admitirse la viabilidad de las negociaciones descentralizadas a nivel autonómico y provincial, no cabe duda que esta medida legislativa favorecería notablemente su desarrollo.

Una vez delimitados los órganos, es necesario dilucidar si éstos están investidos de las atribuciones suficientes para poder participar en la mesa negociadora en representación de la Administración del Estado. En este sentido, dado que las competencias ejercitadas por la mesa de negociación difieren según el sistema de participación de que se trate, es imprescindible efectuar una previa diferenciación. Así, hay que distinguir entre la competencia para participar en los sistemas de consulta y de negociación colectiva, por otro se trata, en definitiva, de verificar si estos órganos disponen de competencias para participar en ambos sistemas, en alguno o en ninguno de ellos.

El sistema de consulta constituye un trámite preceptivo dentro del procedimiento de elaboración de las disposiciones y resoluciones organizativas. Su naturaleza es similar a la consulta realizada a las representaciones unitaria y sindical en el ámbito provincial (arts. 9 y 10.3 L.O.R.A.P. y L.O.L.I.S., respectivamente). Sin embargo, la ley establece un reparto de papeles que se quiere claro entre las mesas de negociación y las

representaciones de los funcionarios¹³⁴. En efecto, la consulta del Capítulo III, como se analiza con detalle más tarde, se efectúa sobre disposiciones y resoluciones de alcance general y sobre materias de mayor afectación del interés general. En cambio, la consulta del Capítulo II se realiza sobre decisiones organizativas cuya adopción corresponde a los responsables de la Administración en materia de personal en los ámbitos de actuación de las Juntas de Personal y de los Delegados Sindicales.

61. En cuanto al sistema de negociación, debe tenerse en cuenta la naturaleza que se ha considerado como propia de los Pactos y Acuerdos (ver supra, título VII). En tanto que se trata de Proyectos de Ley y Reglamentos negociados competencia del Gobierno (los Acuerdos), y de contratos o convenios normativos (los Pactos), es evidente que la competencia para negociarlos reside en los órganos con funciones preparatorias de la actividad normativa del Gobierno y con un poder reglamentario propio en materia de personal. Pues bien, como hemos visto (Ver supra, título II) los Delegados del Gobierno y los Gobernadores Civiles no han sido investidos, ni expresa ni implícitamente, de poder reglamentario en materia de personal y tampoco pueden recibirlo por delegación del Gobierno o del Ministro para las Administraciones Públicas (art. 22.3.d) y 4 de la L.R.J.A.E. y de la L.O.R.A.P., respectivamente).

¹³⁴. Ver, por todos, FERNANDEZ LOPEZ, M^a. F. y CRUZ VILLALON, J., op. cit. , pág. 110; RODRIGUEZ PIÑERO, M., "La "participación...", cit., pág. 2.

Partiendo de esta premisa, difícilmente es defendible la constitución de Mesas sectoriales para los funcionarios de la Administración del Estado destinados en los servicios autonómicos y provinciales porque los órganos responsables en materia de personal en tales ámbitos carecen de competencias normativas al respecto.

No obstante ello, hay que recordar que la L.R.J.A.E. impide la delegación del poder reglamentario, salvo que el legislador lo autorice. De este modo, apurando al máximo la letra de la L.O.R.A.P., podría entenderse que el legislador, al permitir a la Mesa general la constitución de Mesas sectoriales, está admitiendo, implícitamente, la delegación de competencias normativas en favor de éstas. De este modo, la L.O.R.A.P. vendría a admitir la delegación de competencias normativas en favor de los órganos administrativos que representan a la Administración en tales ámbitos. Desde esta perspectiva no existiría el obstáculo señalado a la constitución de mesas de negociación a nivel descentralizado.

No parece ser ésta, sin embargo, la intención del legislador pues según el párrafo segundo del art. 35 de la L.O.R.A.P. los Pactos versarán sobre las "materias que correspondan estrictamente con el ámbito competencial del órgano administrativo que lo suscriba". De este precepto se deduce, claramente, que la L.O.R.A.P. no ha supuesto la modificación del sistema de reparto de competencias entre los órganos de la Administración, que aparece

como un "prius" al que han de amoldarse las negociaciones.

En conclusión, dada la carencia de tales órganos de competencias normativas en materia de personal, difícilmente es imaginable una negociación descentralizada a nivel provincial o autonómico. En efecto, aunque no podría afirmarse tajantemente que la negociación sea imposible, pues se podría utilizar una técnica similar a la prevista en la Ley de 16 de octubre de 1.942, sobre Reglamentaciones de trabajo, para la elaboración de las Ordenanzas de trabajo de ámbito geográfico inferior al estatal¹³⁵, teniendo en cuenta que el legislador predetermina las unidades de negociación, es evidente que, de contemplar tal nivel, habría ordenado una regulación acorde respecto a los sujetos negociadores en dicho ámbito.

62. El legislador tampoco contempla la negociación descentralizada a nivel autonómico o provincial, y ello por las mismas razones por las que ha rechazado el centro de trabajo como unidad de negociación. Ahora bien, como en estos ámbitos sí existen órganos administrativos con competencias de gestión en materia de personal, el legislador los ha tomado como unidad básica en la delimitación de los ámbitos de actuación de la Juntas de Personal

¹³⁵. Sobre esta cuestión ver SAGARDOY BENGOCHEA, J.A., "Procedimientos de elaboración de las Reglamentaciones de de trabajo", en A.A.V.V., Procedimientos administrativos especiales, Vol. II, Escuela Nacional de Administración Pública, Madrid, 1.968, pág. 285 y ss.

y de los Delegados Sindicales. Así, las representaciones unitaria y sindical de los funcionarios ejercerán frente a los responsables en materia de personal de parte de la Administración en estos niveles las diversas facultades de información y de consulta que les atribuye la ley (arts. 9 L.O.R.A.P. y 10.3 L.O.L.I.S.)¹³⁶. Y, a pesar de que existe una cierta confluencia de materias entre tales representaciones y las mesas de negociación, no debe producirse ningún tipo de interferencia entre las actuaciones de unos y otros, pues se desarrollan en planos diferentes¹³⁷. En las mesas de negociación, el objetivo de alcanzar un acuerdo o pacto de determinación de las condiciones de trabajo hace que los aspectos tomados en consideración sean diversos a los correspondientes a la consulta; se ha de tratar de una materia articulable a través de una norma. En cambio, la consulta a las representaciones unitaria y sindical se desarrolla en el terreno de la gestión del personal. En efecto, todas las cuestiones objeto de consulta, ya sean de carácter individual o colectivo, implican una decisión de gestión. Se consultan decisiones que los responsables de la Administración adoptan en virtud de un plan ya definido.

c) Valoración global.

¹³⁶. En estos términos, las J.P. y los D.P. se sitúan en un nivel intermedio, entre el nivel reducido de cada centro de trabajo y el nivel global en el que se desarrolla la negociación de condiciones de empleo de los funcionarios. Así, RODRIGUEZ PIÑERO, M., "Dualismo representativo en el empleo público", R.L., núm. 18, 1.987, pág. 7.

¹³⁷. FERNANDEZ LOPEZ, M^a. F. y CRUZ VILLALON, J., op. cit., págs. 109-110; DEL REY GUANTER, S., Comentarios..., cit., pág. 91.

63. En definitiva, y a modo de conclusión, cabe señalar que la Mesa general sólo puede constituir mesas de negociación de ámbito nacional y sectorial. La unificación de la legislación en materia de funcionarios, la falta de homogeneidad en las funciones asignadas a los miembros de los distintos cuerpos y categorías, la relativa indentidad en el tipo de trabajo a realizar en los diferentes centros de trabajo, Departamentos, Organismos Autónomos y servicios., etc, son todos ellos factores que influyen decisivamente en esta opción legal. El legislador estatal ha sido sumamente celoso para una vez alcanzada penosamente una mínima centralización y unificación en materia de personal, poner éstas en peligro mediante la concesión de un determinado grado de autonomía a los niveles inferiores.

64. En esta posición, parecen situarse las propias partes negociadoras. El A.M.A., en el Capítulo XIII del Título IV, dedicado al tema de la estructura negocial, define la estructura negocial de la Administración del Estado por referencia a tres ámbitos diferentes, a los que asigna el cumplimiento de una función específica. Estos ámbitos son los siguientes:

a) El general, que está llamado a negociar las condiciones generales de trabajo que afecten a todos los empleados públicos de la Administración del Estado, las condiciones de trabajo que afecten a todos los empleados de las diversas Administraciones

Públicas y los derechos sindicales que afectan a todos los empleados públicos.

b) El segundo nivel de negociación lo forman las "Mesas sectoriales de negociación, a las que se les atribuye la negociación de las condiciones específicas de trabajo del personal funcional, personal laboral o personal estatutario del correspondiente sector y la aplicación y desarrollo en el respectivo sector de los acuerdos producidos en el ámbito general, así como la negociación de las materias, que, total o parcialmente les sean renviadas por la Mesa general.

c) El último de los escalones constitutivos de la ordenación contractual de la Administración del Estado es el ámbito descentralizado. A semejanza de las Mesas sectoriales de establecimiento autónomo, los ámbitos descentralizados son constituidos por la propia autonomía colectiva. Los miembros de la Mesa general y de las Mesas sectoriales podrán constituir ámbitos de negociación descentralizados en atención a alguno de los siguientes criterios: -que el organismo afectado presente una problemática claramente específica dentro del sector; -que el colectivo afectado tenga restringida la movilidad interna en el ámbito de su organización específica; - que se trate de un Departamento, en el caso de la Administración Central, y el nivel territorial del ámbito descentralizado. En estos ámbitos descentralizados se negociará: la aplicación de medidas de salud y

seguridad laboral; la aplicación de los criterios sobre productividad y niveles de rendimiento; la aplicación de los criterios de reasignación de efectivos en su ámbito, la formación profesional específica, la acción social y, finalmente, las materias cuya negociación les sea reenviada por los acuerdos suscritos a nivel sectorial.

Por lo que se refiere a las disposiciones del Acuerdo relativas a los ámbitos de negociación descentralizados, debe significarse, que, si bien, en principio, parecen contradecir la tesis aquí sostenida, esto no es, sin embargo, exactamente cierto. En primer lugar, porque, como se deduce de la interpretación sistemática del Acuerdo, los miembros de la Mesa general y de las Mesas sectoriales no constituyen los ámbitos de negociación descentralizados al amparo de la facultad prevista en el art. 31.1 de la L.O.R.A.P. En segundo lugar, y sobre todo, porque las actuaciones de las Mesas general y sectoriales, por un lado, y de los ámbitos descentralizados, por otro, deben desarrollarse en esferas diferentes. El objetivo de las primeras es alcanzar un acuerdo o pacto de determinación de las condiciones generales o específicas de trabajo de los funcionarios, es decir, negociar materias articulables jurídicamente a través de disposiciones de carácter general. El papel de los segundos, en cambio, se limita a la simple ejecución o adaptación de los acuerdos producidos en los ámbitos general y sectorial. En realidad, lo que se negocia son las decisiones de gestión que se adoptan en aplicación de un plan

definido a nivel general o, en su caso, sectorial. Se trata, en definitiva, de materias, que, en el esquema legal, son objeto de consulta obligatoria y no de negociación. Sobre este tema se volverá más adelante al estudiar la negociación de las potestades organizativas, a cuyo momento se remite el análisis.

Los problemas podrían surgir con la cláusula abierta o general contenida en el art. 3, a cuyo tenor "los acuerdos suscritos en este ámbito (el sectorial) podrán reenviar la negociación sobre determinadas materias, total o parcialmente, a los ámbitos descentralizados". Sin embargo, la delegación debe limitarse necesariamente a la aplicación de los acuerdos sectoriales. La delegación de la negociación colectiva de las condiciones de trabajo de los funcionarios supondría, claramente, la transgresión de los criterios legales que conforman la estructura negocial.

C) El Control judicial de la unidad de negociación.

65. Admitida la inevitabilidad de que la facultad que el art. 31.1 reconoce a las partes posea limitaciones, más o menos implícitas, se hace preciso determinar las instancias competentes para evitar o, en su caso, dirimir las discrepancias que puedan surgir entre las partes acerca de si tales limitaciones han de entrar o no en juego, así como sobre su alcance.

66. En este sentido, conviene recordar, en una aproximación

al tema, que la libertad de elección del ámbito de la negociación colectiva laboral provoca o puede provocar, como vaticinó la doctrina, "un semillero de conflictos" entre las partes sobre los criterios y procedimientos según los cuales se realiza la elección de las unidades de negociación¹³⁸. El legislador, consciente de ello, encomienda a la Comisión Consultiva Nacional funciones de asesoramiento y consulta sobre los ámbitos funcionales de los convenios; en definitiva, sobre la unidad apropiada en lo convenios territoriales. De esta forma, las partes pueden solicitar a la Comisión Nacional Consultiva el dictamen correspondiente e, incluso, acordar la intervención de un mediador designado por ella (art. 89.1 de E.T.)¹³⁹, y, a falta de acuerdo pacífico de las partes, el diseño de la unidad de negociación se perfila judicialmente¹⁴⁰.

67. En el ámbito de la Función Pública, y por lo que se

¹³⁸. BORRAJO DACRUZ, E., "La obligatoriedad general de los convenios colectivos de trabajo en el nuevo derecho español", R.P.S., núm. 126, 1.980, pág. 41.

¹³⁹. No está de más recordar que el art. 87 del proyecto del E.T. propuesto por el Gobierno remitía, expresamente, la solución de los conflictos sobre el ámbito propuesto para la negociación a los mecanismos de conciliación, mediación y arbitraje del art. 100.

¹⁴⁰. Ver SEMPERE NAVARRO, A.V., y LUJAN ALCARAZ, J., op. cit., págs. 63 y ss. A este respecto, la sentencia de la Audiencia Nacional de 5 de julio de 1.991, señala que las partes no pueden acudir a los tribunales para "solicitar que se declare que no hay obstáculo para incluir en la negociación colectiva que se comienza a todo el personal en el ámbito del convenio, porque esta petición encierra una consulta que está vedado resolver a los tribunales, carente de acción".

refiere al terreno de la prevención el legislador no ha previsto ningún mecanismo específico para superar las divergencias que puedan surgir entre las partes en orden a la elección de la unidad de negociación. Estas podrán en virtud de lo dispuesto en el art. 38 de la L.O.R.A.P., nombrar de común acuerdo un mediador. En efecto, el art. 38 de la L.O.R.A.P. indica que podrán recurrir a la mediación, entre otros, los conflictos surgidos en la determinación de las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos. En este apartado se incluye todo conflicto en torno a cuestiones negociables y que puedan ser incorporadas a un Acuerdo o Pacto¹⁴¹. Por consiguiente, en la medida en que la apertura de nuevos niveles de negociación es una cuestión que puede formar parte del contenido de la negociación, también sobre ella puede operar, producido el conflicto, el instrumento de la mediación.

Una breve observación acerca de esta posibilidad, de que la mediación pueda ser utilizada para solventar los conflictos sobre si las limitaciones han de entrar o no en juego y sobre su alcance. Esta posibilidad, hay que aceptarla pero con algunas cautelas. En realidad los criterios acerca de la estructura de la negociación colectiva son unos criterios legales que, por consiguiente, no pueden quedar al arbitrio de las partes, se alcance o no la mediación. Aunque las partes acordaran que determinada unidad de

¹⁴¹. Ver GONZALEZ ORTEGA, S., "Los medios de solución de los conflictos colectivos en la Función Pública", en A.A.V.V, Seminario sobre relaciones colectivas en la Función Pública, Sevilla, 1.989, págs. 438 y ss.

negociación es apropiada ello no valdría por si mismo para considerarla como tal. Estimar lo contrario significaría entender que la estructura de la negociación colectiva es algo negociable aún en contra de los criterios legales. Sólo en los supuestos de dificultad de delimitación en torno a si una unidad de negociación es o no apropiada, si puede recurrirse a la mediación como primera instancia de solución del conflicto. Pero este acuerdo no legitimaría de forma absoluta la constitución de la unidad de negociación ni impediría una impugnación del acuerdo ante la instancia judicial que es la que al final ha de decidir sobre la corrección del contenido del acuerdo en este punto y su adecuación a los criterios establecidos en la L.O.R.A.P.

Cuando las partes no alcancen el acuerdo o transgredan los límites conformadores de las unidades apropiadas, sera la instancia judicial la que al fin resuelva el conflicto, decidiendo sobre el contenido del acuerdo en este punto y su adecuación a los criterios establecidos en la Ley.

2. Las relaciones entre las unidades de negociación.

68. La posición de la L.O.R.A.P. con respecto a las relaciones que existen entre los niveles de negociación ante reseñados es indirecta y confusa. En efecto, aunque son varios las disposiciones que, directa o indirectamente, inciden sobre este tema, también son vagas e imprecisas. Por ello, conviene

recapitular sumariamente cuales son estos preceptos. A nuestro juicio, las disposiciones que pueden servir de presupuestos normativos donde encuadrar el problema planteado son las siguientes:

1ª) art. 31.1: "La Mesa general de negociación en el ámbito de la Administración del Estado {...} será competente para la determinación de las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos del ámbito correspondiente".

2ª) art. 31.1: "Constituida la Mesa general, en la Administración del Estado se constituirán Mesas sectoriales de negociación para la negociación y la determinación de las condiciones de trabajo de los sectores específicos que a continuación se relacionan {...}. La competencia de las Mesas sectoriales se extenderá a los temas que no hayan sido objeto de decisión por parte de la Mesa general".

3ª) art. 33: "El proceso de negociación se abrirá, con carácter anual, en la fecha que de común acuerdo fijen el Gobierno {...} y los sindicatos más representativos a nivel estatal y de Comunidad Autónoma, según lo dispuesto en los artículo 6 y 7 de la Ley Orgánica 11/1.985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical, y comprenderá, de entre las materias relacionadas en el artículo anterior, las que ambas partes estimen oportuno".

69. Conjugando estas reglas y realizando una tarea interpretativa de conjunto, puede afirmarse que las relaciones que

existen entre las unidades de negociación en el seno de la Función Pública estatal pueden conocerse atendiendo sucesivamente a: 1º) Las relaciones entre la "supermesa general" y la Mesa general de negociación; 2º) Las relaciones entre la Mesa general y las Mesas sectoriales de negociación.

2.1. Las relaciones entre la "supermesa general" y la Mesa general de negociación.

70. De acuerdo con el art. 33 de la L.O.R.A.P., en su versión proporcionada por la Ley 7/1.990, el Gobierno y los sindicatos más representativos a nivel estatal y autonómico serán quienes decidan, de común acuerdo, la fecha de comienzo del proceso negociador y el contenido material de la negociación. La consecuencia inmediata de ello, por tanto, es que la fijación de estos extremos de la negociación colectiva se sustrae al órgano negociador, en el que antes, en principio, se podía realizar esa determinación - la Mesa general- para pasar a ser ordenado por un órgano creado al margen de lo establecido en el art. 30¹⁴². Con ello, se traslada al ámbito de la Función Pública la figura de los convenios o acuerdos marco previstos en el art. 83.2 del E.T. En efecto, lo que el art. 33 hace es, esencialmente, crear un nivel negocial superior que no está concebido como instrumento de regulación directa de las condiciones generales o sectoriales de trabajo de los funcionarios

¹⁴². DEL REY GANTER, S., "La nueva..", cit., pág. 14.

públicos, reconociendo, antes bien, que esa función corresponde a la Mesa general y a las Mesas sectoriales. El papel de este nivel consiste en ordenar temporal y sustancialmente el proceso negociador.

71. La Ley atribuye, como se ha dicho, a la "supermesa general" la competencia para fijar la fecha de inicio de las negociaciones y los temas a discutir¹⁴³. La Ley no aclara si se refiere a las negociaciones que han de llevarse a cabo en la Mesa general o en las sectoriales. La observación no es baladí, ya que de, extenderse a una y otras, se sustraería a la Mesa general la competencia no sólo para determinar la fecha de inicio de las negociaciones y las materias a discutir, sino también para ordenar la estructura negocial y repartir las competencias normativas entre los distintos niveles de negociación.

Pues bien, la interpretación literal del artículo que se comenta permite inclinarse hacia lo primero. En efecto, a diferencia del art. 83.2 del E.T., que emplea una dicción enormemente abierta, que permite a las organizaciones sindicales y

¹⁴³. En este sentido, se pronuncia DEL REY GUANTER, S., "La nueva...", cit., págs. 14 y ss. En cambio, ESCUDERO RODRIGUEZ, R., "El nuevo marco de la negociación colectiva de los funcionarios públicos", R.L., núm. 19, 1.990, pág. 98, entiende, en cambio, que los sindicatos más representativos y el órgano de gobierno correspondiente fijan la fecha de iniciación del proceso negocial, pero no el contenido de la negociación, cuya fijación corresponde a todos los sindicatos con legitimación negocial para formar parte de la Mesa general de negociación.

empresariales más representativas negociar cualquier aspecto que afecte a la estructura de la negociación colectiva (conurrencia, articulación, procedimiento,..., etc.)¹⁴⁴, el art. 33 de la L.O.R.A.P., expresamente, sólo autoriza a los miembros de la "supermesa general" a negociar la fecha de inicio de las negociaciones y los temas a discutir, y, además, el reconocimiento de tales facultades viene referido al "proceso de negociación" (en singular, queriendo marcar diferencias-. En el mismo sentido abona una interpretación auténtica del precepto. Del debate parlamentario sobre el mismo se desprende claramente, en efecto, que los poderes normativos de articulación temporal y material que se atribuyen a la "supermesa general" vienen referidos a las negociaciones que han de llevarse a cabo en la Mesa general¹⁴⁵.

En segundo lugar, porque la Ley 7/90 no ha modificado los párrafos tercero y cuarto del art. 31.1 de la L.O.R.A.P. en los que establece que la creación de nuevas Mesas sectoriales corresponde a la Mesa general y que las Mesas sectoriales negocian las materias que no sean objeto de negociación por aquella, de donde se desprende también que la ordenación de la estructura de la negociación y, sobre todo, el reparto de poderes normativos entre los distintos niveles de negociación era y sigue siendo competencia

¹⁴⁴. Ver, por todos, SALA FRANCO, T y ALBIOL MONTESINOS, I., op. cit., pág. 373.

¹⁴⁵. Boletín Oficial de las Cortes, núm. 25-5, de 15 de junio de 1.990, enmienda núm. 46 presentada por el Grupo mixto.

-
de la Mesa general.

En tercer lugar, porque las limitaciones al derecho negocial de los sindicatos, que, estando legitimados para formar parte de la Mesa general, no lo estén para incorporarse en la "supermesa general" por no ostentar el status de más representativos, han de interpretarse restrictivamente. Y, en este sentido, hay que indicar que la distribución y articulación de contenidos entre los distintos niveles de negociación es un componente fundamental del derecho a la negociación, que sólo puede ceder ante una determinación expresa y bien clara al respecto.

72. En fin, se puede concluir que la "supermesa general" sólo establece la fecha de comienzo del proceso negociador y el contenido material de las negociaciones que se desarrollen por la Mesa general¹⁴⁶. Ciertamente, estos poderes van a incidir, a su vez, sobre los procesos negociales que se desarrollen a nivel sectorial, en tanto que la constitución de las Mesas sectoriales ha de ser posterior a la de la Mesa general y su competencia material

¹⁴⁶. En sentido contrario, ESCUDERO RODRIGUEZ, R., "El nuevo marco de la negociación colectiva de los funcionarios públicos", R.L., núm. 19, 1.990, pág. 99 afirma que los sindicatos más representativos y los órganos de Gobierno correspondientes podrán fijar la fecha de inicio de las negociaciones general y sectoriales, con la única salvedad de que la constitución de la Mesa sectoriales ha de ser posterior a la de la Mesa general. Por su parte, DEL REY CUANTER, S., "La nueva ..", cit., pág. 14, afirma que la supermesa general encuadra formal y materialmente los procesos negociales desarrollados en la Mesa general y en las Mesas sectoriales de su ámbito.

es residual respecto a la de ésta. Sin embargo, dentro de estos límites, corresponde a los miembros de la Mesa general diseñar la estructura de la negociación en el seno de la Administración del Estado.

2.2. Las relaciones entre la Mesa general y las Mesas sectoriales de negociación.

2.2.1. En cuanto al aspecto procedimental.

73. A este respecto, es posible deducir de esta disposición legal cuatro aspectos esenciales de los que deriva la supremacía de la Mesa general:

1º) La constitución de las Mesas sectoriales ha de ser posterior a la de la Mesa general¹⁴⁷. Los argumentos que avalan esta afirmación son los siguientes: de un lado, la interpretación literal del art. 31.1, pues indica, expresamente, que "constituida la Mesa general, en la Administración del Estado se constituirán Mesas sectoriales"; de otro lado, el hecho de que la competencia material de éstas sea residual, de ahí que deban establecerse una vez lo haya hecho la Mesa general, pues otra cosa sería disfuncional.

¹⁴⁷. En este mismo sentido, DEL REY GUANTER, S., Comentarios..., cit., pág. 190; ESCUDERO RODRIGUEZ, R., "El nuevo marco...", cit., pág. 97.

2º) La ampliación de las Mesas sectoriales corresponde a los miembros de la Mesa general (art. 31.1).

3º) Las organizaciones sindicales legitimadas para intervenir en la Mesa general de negociación irradian en todo caso su legitimación para formar parte de las Mesas sectoriales a las organizaciones sindicales del correspondiente sector ligadas a ellas por vínculos orgánicos de afiliación, federación o confederación (art. 31.2 L.O.R.A.P.).

4º) De acuerdo con lo dispuesto en el art. 32.k) de la L.O.R.A.P., las partes pueden negociar las materias que afecten "al ámbito de relaciones de los funcionarios públicos y sus Organizaciones sindicales con la Administración". La dicción del artículo resulta enormemente abierta por cuanto permite negociar no sólo los temas relacionados con la paz laboral, la administración de los Pactos y Acuerdos, sino también cualquier otro aspecto que afecte a la organización de la actividad negocial (en materia de procedimiento, por ejemplo). De este modo, dada la competencia general de la Mesa general de negociación, los miembros de ésta pueden establecer reglas que prefiguren y determinen de modo imperativo o restrictivo el procedimiento al que ha de atenerse la negociación colectiva a nivel sectorial¹⁴⁸.

¹⁴⁸. En esta línea, hay que notar que el Acuerdo sobre negociación colectiva de funcionarios públicos, que está en el origen de la Ley 7/1.990, contiene reglas sobre aspectos procedimentales de los procesos negociadores. Algunas de estas

74. Se trata, por tanto, de un modelo de conexión "jerarquizado" y no "autónomo", porque las Mesas sectoriales están vinculadas a la Mesa general en lo relativo a la ordenación y desarrollo de la actividad contractual.

2.2.2. En cuanto al aspecto sustantivo.

75. A este respecto, hay que tener en cuenta, en primer lugar, que la Mesa general de negociación de la Administración del Estado "será competente para la determinación de las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos del ámbito correspondiente" y que las Mesas sectoriales de negociación se constituirán "para la negociación colectiva y la determinación de las condiciones de trabajo en los sectores específicos que a continuación se relacionan". Y, en segundo lugar, que "la competencia de las Mesas sectoriales se extenderá a los temas que no hayan sido objeto de decisión por parte de la Mesa general". Se establece, de este modo, una relación de jerarquía material entre la Mesa general y las Mesas sectoriales¹⁴⁹.

reglas no han sido recogidas por la citada ley. La causa de la omisión por el legislador de estas indicaciones, como se verá es que se está ante cláusulas obligacionales que afectan a las partes y no se ven necesitadas de un expreso tratamiento legal al tratarse de conductas que ellas pueden llevar a cabo en los términos previstos en el propio Acuerdo. En esta misma línea, el A.M.A. dispone reglas procedimentales de la negociación.

¹⁴⁹. Así, OJEDA AVILES, A., "Los derechos de representación y negociación de los funcionarios públicos", R.L., núm. 8, 1.988, pág. 20.

Aún cuando estas previsiones únicamente trazan las líneas generales de la estructura negocial en la Administración del Estado, resulta sin embargo factible, a partir de una interpretación concordada y teológica de las mismas en relación con otros preceptos dispersos en el ordenamiento pero atinentes a esta materia, extraer las principales características que informan las relaciones entre los ámbitos de negociación general y sectoriales. Expuestas de forma sintética, éstas serían las siguientes:

1ª) La Mesa general es competente para establecer las condiciones generales de trabajo que afectan a todos los funcionarios de la Administración estatal.

2ª) La Mesa general puede renunciar a la negociación de determinadas materias incluidas en su ámbito competencial y reenviarlas, total o parcialmente, a las Mesas sectoriales.

3ª) La decisión que a tal efecto llevan a cabo los miembros de la Mesa general de abrir a los niveles sectoriales la negociación de un tema determinado es pues una materia de negociación.

Sin embargo, la libertad de los miembros de la Mesa general de negociación no es absoluta o, lo que es igual, está sujeta a ciertas limitaciones, unas de carácter interno y otras de naturaleza externa. Internamente, esa libertad está condicionada por el poder de representación que la ley les ha conferido. La ley

configura a la Mesa general como la instancia competente para determinar las condiciones de trabajo de todos los funcionarios al servicio de la Administración del Estado. De este modo, como las partes negociadoras representan a todos los funcionarios incluidos en esta unidad de negociación, la exclusión de uno o varios sectores funcionariales del contenido de los Pactos y Acuerdos generales debe estar justificada en un motivo objetivo y razonable, pues de no ser este el caso se producirían agravios comparativos injustificados. A este respecto, el criterio de las peculiaridades de los servicios prestados por los funcionarios del correspondiente sector puede ser útil a la hora de determinar las materias negociables en los niveles sectoriales.

Pero además, la propia ley puede ser fuente externa de restricciones a la libertad de distribución de contenidos sustanciales entre los niveles de negociación, hecho éste que adviene en aquellos casos en los que la ley ordena al Gobierno o a la autonomía colectiva elaborar normas singulares sobre determinados aspectos de la relación jurídico-funcionarial que la adecuen a las peculiaridades de las funciones y tareas de un sector funcionarial determinado.

Es el caso de todo lo relacionado con el estatuto aplicable al personal al servicio de la Administración de Justicia, comprendidas la selección, formación y perfeccionamiento, así como la provisión de destinos, ascensos, situaciones administrativas y régimen

disciplinario. Como se ha visto, el art. 455 de la L.O.P.J. atribuye al Ministro de Justicia la competencia sobre todas estas cuestiones. Por ello, la L.O.R.A.P., que por su carácter de ley ordinaria, no podía alterar esta regla competencial, establece, en su disposición adicional primera, que la competencia residual del Ministro para las A.A.P.P., lo es sin perjuicio de las competencias "atribuidas al Ministro de Justicia en el art. 455 de la Ley Orgánica 6/1.985, de 1 de julio, del Poder Judicial". Por consiguiente, la negociación de todos estos aspectos corresponde a la Mesa sectorial prevista para el personal al servicio de la Administración de Justicia, y no a la Mesa general.

También es el caso de todo lo relacionado con la clasificación, selección, provisión de puestos de trabajo, situaciones administrativas, derechos, deberes, régimen disciplinario, incompatibilidades y sistema retributivo del personal estatutario al servicio de las Instituciones Sanitarias Públicas. En efecto, el art. 1.2 de la L.M.R.F.P. habilita al Gobierno para que en su desarrollo dicte normas que la adecuen a las peculiaridades de este sector y, sobre todo, el art. 84 de la L.S.S. remite a un Estatuto Marco la regulación de las materias reseñadas. Por consiguiente, la competencia negocial sobre estas cuestiones corresponde a la Mesa sectorial prevista para el personal al servicio de las Instituciones Sanitarias Públicas, y no a la Mesa general.

De ahí, precisamente, las reservas antes formuladas sobre el alcance real de la inclusión de estos colectivos en el ámbito de representación de la Mesa general. Con anterioridad, se ha señalado que esta inclusión marcaba el comienzo del proceso de homologación del régimen jurídico de estos colectivos con el del personal funcional al servicio de la Administración del Estado. Sin embargo, estas medidas legislativas van a determinar la pervivencia de unos regímenes jurídicos diferentes para estos colectivos. La pretendida homogeneización sólo se logrará de forma indirecta, en tanto que los sindicatos presentes en la Mesa general también van a formar parte de las Mesas sectoriales. De este modo, la intervención de estos sindicatos, que aparecen como grupos globales, que tratan de integrar a todo el personal funcional al servicio de la Administración del Estado, permitirá diseñar una estrategia negociada al servicio de un modelo de función pública elaborado tomando en consideración los intereses y problemas de todos los que la componen, eliminando las diferencias injustificadas de régimen jurídico que se den entre estos colectivos y el "grueso" de los funcionarios.

4ª) La Mesa general podrá reenviar a los ámbitos sectoriales la negociación de una determinada materia tanto de forma expresa¹⁵⁰

¹⁵⁰. Vid. la cláusula tercera del Acuerdo de 2 de marzo de 1.989 y el punto segundo del Acuerdo de 28 de febrero de 1.989.

como de forma tácita¹⁵¹. En efecto, el art. 31.1 de la L.O.R.A.P. indica que la competencia de las Mesas sectoriales se extenderá a los "temas que no hayan sido objeto de decisión". Por consiguiente, cuando la Mesa general excluya de todo o parte del contenido de un Pacto o Acuerdo general a uno o varios de los sectores funcionariales que cuentan con niveles de negociación específica, habrá que entender, salvo que de la estructura del Pacto o Acuerdo se deduzca otra cosa, que efectúa una remisión tácita a los ámbitos sectoriales correspondientes para que integren los contenidos establecidos en el ámbito general.

5a) Las Mesas sectoriales negociarán las condiciones específicas de trabajo del personal funcionario o estatutario del correspondiente sector que les sean reenviadas por el legislador o, en su caso, por la Mesa general. De esta forma, las Mesas sectoriales tienen una competencia residual y delegada respecto de esta última.¹⁵², en tanto que sólo cumplen una función integrativa

¹⁵¹. Así, por ejemplo, el Acuerdo del Consejo de Ministros, donde se contienen las reglas sobre las convocatorias de pruebas selectivas derivadas de lo establecido en la disposición transitoria decimoquinta y en los arts. 39, 33 y 32 de las Lyes de Presupuesto Generales para el Estado para 1.989, 1.990 y 1.991, señala, en su art. 11, que los requisitos de titulación y el sistema de selección aplicable al personal laboral en puestos docentes de enseñanza no universitaria serán los establecidos (se entiende, por la Mesa sectorial de Educación) en el momento de efectuarse la convocatoria para el ingreso en la Función Pública docente.

¹⁵². En este sentido, ESCUDERO RODRIGUEZ, R., "Comentarios a la Ley 9/1.987", núm. 15, 1.987, pág. 67; GARCIA FERNANDEZ, M., "Representatividad sindical y negociación colectiva en el sector

respecto de la negociación colectiva desarrollada en el ámbito general. Repárese que la ley se refiere a los "temas que no hayan sido objeto de decisión", y no que no hayan sido "objeto de negociación". Lo cual significa, si se realiza una interpretación en sentido estricto y literal, que sólo se incluyen los temas integrados en el Acuerdo o Pacto general, y no aquellos que, aunque hayan podido ser objeto de negociación, no han sido incorporados a los mismos¹⁵³.

6ª) Las Mesas sectoriales no podrán negociar las materias que hayan sido objeto de acuerdo en la Mesa general. No tienen competencia para "tocar" lo acordado en la Mesa general¹⁵⁴. El contenido de un Acuerdo o Pacto general no puede ser empeorado ni mejorado por otro acuerdo sectorial; en este sentido, las relaciones entre los distintos niveles normativos tienden a ser excluyentes. Lo que aquí se establece es, simple y llanamente, una prohibición de la concurrencia material, total o parcial, entre los acuerdos generales y sectoriales.

En esta línea, los apartados segundo y tercero del Capítulo

públicos", R.L., núm. 42, 1º.988, pág. 2.468; LOPEZ GANDIA, J., "La negociación...", cit., pág. 17.

¹⁵³. Así, DEL REY GUANTER, S., Comentarios..., cit., pág. 191.

¹⁵⁴. Así, DEL REY GUANTER, S., Comentarios..., cit., pág. 190; OJEDA AVILES, A., "Los derechos...", cit., pág. 20.

XIII del A.M.A. dispone que la Mesa general negociará las condiciones generales de trabajo que afecten a todos los empleados públicos y que las Mesas sectoriales negociarán las condiciones específicas de trabajo del personal funcionario del correspondiente sector y las materias que les sean reenviadas por la Mesa general. La vertebración de la estructura negocial impone, como requisito técnico imprescindible, una restricción a la libertad de negociación: las partes que negocian a nivel sectorial no pueden convenir sobre cualquier cuestión, sino tan sólo sobre aquellos temas que le han sido reenviados por la Ley o, en su caso, por la Mesa general.

76. Se trata, por tanto, de un modelo de negociación "articulado ex lege", y no "anómico". Es un modelo de estructura contractual articulada o vertebrada en el que hay una distribución de contenidos materiales entre la Mesa general y las Mesas sectoriales, fijándose por el legislador y, en su caso, por la Mesa general qué materias son de su exclusiva competencia y cuáles pueden ser integradas por las Mesas sectoriales¹⁵⁵.

77. Pero la L.O.R.A.P. se aparta radicalmente de la normativa del E.T. al respecto que, en el art. 83.2, está dejando a los niveles superiores de la negociación establecer los criterios que

¹⁵⁵. Ver, entre otros, las reflexiones DEL REY GUANTER, S., Comentario..., cit., pág. 190; OJEDA AVILES, S., "Los derechos...", cit., pág. 20.

han de regir materialmente la negociación en los niveles más inferiores, de forma que las partes en los primeros tienen un acentuado grado de discrecionalidad sobre el tema. Así, no sólo pueden indicar que determinadas materias negociadas por ellos no se negocien a niveles inferiores o renunciar a la negociación de determinadas materias reenviando su negociación a estos últimos, sino que, además, pueden establecer que materias negociadas por ellos sean complementadas o reglamentadas por negociación posterior a esos niveles inferiores dentro de determinados límites, líneas maestras o pautas máximas o mínimas dentro de las que ha de moverse la negociación inferior. Este esquema tan sumamente flexible, parece quebrar en la L.O.R.A.P., en tanto que no se está dejando a las partes en la Mesa general más que una opción: las materias que ellos incluyan en sus Acuerdos no podrán ser tocadas por las Mesas sectoriales, ni para empeorarlas ni para mejorarlas. Lo cual significa, si se realiza una interpretación en sentido estricto y literal, que se está cerrando la posibilidad de que se desarrolle en la Función Pública estatal una de las prácticas más comunes en la negociación colectiva del sector laboral, a saber, que los niveles superiores establezcan una regulación mínima o general sobre determinadas materias y que los niveles inferiores puedan, de acuerdo con las circunstancias concretas de los mismos superar o especificar dicha regulación.

78. Seguramente hay que aplicar una interpretación más

flexible que permita esta última posibilidad¹⁵⁶. A este respecto, hay que subrayar de nuevo que la ley, salvo en algunos temas y en relación con determinados sectores funcionariales, no realiza directamente un reparto de materias o contenidos sustantivos entre los diversos niveles de negociación, sino que remite su establecimiento a la Mesa general. De este modo, el legislador niega la independencia entre las diferentes unidades de negociación y, por tanto, rechaza la paridad de rango entre las mismas. El propósito legal es, pues, el de sentar una relación de supremacía entre la Mesa general y las Mesas sectoriales. Así, en principio, todas las materias susceptibles de negociación quedan dentro del ámbito competencial de la Mesa general. Esta puede renunciar a la ordenación de determinadas materias, reenviando su regulación a los niveles sectoriales. Pero del mismo modo, puede establecer límites máximos o mínimos o líneas maestras dentro de las que ha de operar la Mesa sectorial, puede remitir el desarrollo de determinados aspectos a la mismas..., etc¹⁵⁷. De esta forma, la norma colectiva

¹⁵⁶. En este sentido, se manifiesta DEL REY GUANTER, S., Comentarios..., cit., pág. 191.

¹⁵⁷. Así, por ejemplo, la cláusula tercera del Acuerdo suscrito el 15 de septiembre de 1.988, donde se prevé un Fondo de mejoras retributivas de 20.000 pts., dispone que su distribución se efectuará por la Comisión de Seguimiento y Aplicación del Acuerdo en proporción a la masa salarial correspondiente a los diversos colectivos sectoriales y que su aplicación retributiva se determinará por la Mesas sectorial correspondiente y en el marco de la negociación colectiva del personal laboral. Así, en el Protocolo adicional nº 1 de dicho Acuerdo se distribuye el Fondo, asignando a cada colectivo sectorial una cantidad determinada, cuya aplicación deberá determinarse por las correspondientes mesas sectoriales.

completa se negocia a distintos niveles, estando formada por eslabones o elementos conexos que se acoplan para formar en su aplicación un conjunto unitario y armónico de normas.

79. En esta posición, se sitúan los miembros de la Mesa general, pues en la cláusula tercera del Acuerdo de 1 de febrero de 1.990 se deja constancia del compromiso de las partes firmantes de determinar en el Mesa general los criterios generales para el desarrollo de la articulación de la negociación colectiva en el sector -entendido, en este caso, en un sentido amplio¹⁵⁸. En esta línea, el A.M.A. configura las Mesas sectoriales no sólo como unidades integrativas de las condiciones de trabajo fijadas en el ámbito general, sino, adicionalmente, como unidades con capacidad para desarrollar, en el respectivo sector los acuerdos producidos en el ámbito general. Y, en consecuencia, establece, por decirlo en los términos del propio Acuerdo, los criterios de coordinación entre los distintos ámbitos de negociación. A este respecto, el apartado 5 del Capítulo XIII del Título IV del citado Acuerdo, establece que la coordinación entre los distintos ámbitos de negociación se llevará a cabo con los siguientes criterios: "a) criterio de primacia por el cual las partes acuerdan no modificar en los ámbitos sectoriales, los criterios generales acordados sobre

¹⁵⁸. El hecho de que la Ley 7/1.990 no haya asumido esta indicación no invalida esta conclusión, pues la causa de tal omisión está en la naturaleza obligacional de esta cláusula y en la circunstancia de que se trata de una cuestión que entra dentro del ámbito de la autonomía colectiva.

las materias tratadas en el ámbito general {...}; b) criterio de complementariedad, por el que los acuerdos o pactos establecidos en un ámbito inferior de negociación cuando aborden una materia ya regulada en un acuerdo superior, no podrán modificar lo acordado, limitándose exclusivamente a complementar el acuerdo de ámbito superior; c) criterio de competencia, por el que la aplicación de un acuerdo o pacto queda supeditado a que hay sido suscrito según lo establecido en este título IV; d) criterio de cobertura, por el que por parte de la Administración se asegurará, previamente a la firma de un acuerdo o pacto, los informes favorables de los Ministerios de Administraciones Públicas y Economía y Hacienda". Finalizando que "si un acuerdo o pacto contraviniera cualquiera de los criterios señalados anteriormente, no será de aplicación".

De esta forma, las partes en los ámbitos sectoriales, pueden complementar o desarrollar los pactos o Acuerdos generales. Lo que no pueden hacer es modificar los criterios y principios generales acordados sobre las materias tratadas en el ámbito general.

87. En definitiva, se trata de un modelo de negociación "jeraquizado" y "articulado". La Mesa general de la Administración del Estado debe ordenar desde arriba la estructura de la negociación, el reparto de competencias normativas en los respectivos niveles de negociación y, aunque ello resulte menos explícitamente del texto legal, los criterios de articulación de las unidades de negociación.

II. ADMINISTRACION DE LAS C.C.A.A.

81. La L.O.R.A.P., como se ha visto, establece la existencia de una "supermesa general" y de una Mesa general de negociación en cada una de las C.C.A.A. Sin embargo, la anterior distinción entre Mesa general y Mesas sectoriales se fija en relación exclusiva a la Administración del Estado y, además, no tiene la consideración de norma básica. Por consiguiente, la ley está dejando un amplio espacio para que las C.C.A.A. fijen en su respectivo ámbito la estructura negocial que consideren más conveniente, sea a semejanza de la indicada por la L.O.R.A.P. para la Administración Central, sea de una forma diferenciada¹⁵⁹.

82. Los problemas que plantea la configuración de la estructura negocial a nivel autonómico son los de determinar el sujeto competente para establecer las unidades de negociación y las relaciones que éstas mantienen entre si, así como las posibilidades que se le abren en este campo.

83. Una parte de la doctrina ha defendido que debe ser la propia autonomía colectiva y, más concretamente, los miembros de la Mesa general quienes fijen los niveles de negociación y sus

¹⁵⁹. En esta posición se sitúa la mayor parte de la doctrina. Vid., por todos, DEL REY GUANTER, S., Comentarios., cit., pág. 186; LOPEZ GANDIA, J., "La negociación...", cit., pág. 17; OJEDA AVILES, A., "Los derechos...", cit., pág. 19. En sentido contrario, PALOMAR OLMEDA, A., op. cit., pág. 299.

relaciones por tratarse de materia negociable¹⁶⁰. Se afirma en este sentido que las Mesas generales de las C.C.A.A. pueden fijar la estructura negocial que consideren más conveniente, sea a semejanza de la dispuesta por la L.O.R.A.P. para la Administración del Estado, sea de forma diferenciada. Desde esta misma posición se reconoce, no obstante, que el modelo estatal puede ser útil para las C.C.A.A, sobre todo en lo referente al criterio mixto aplicado para la creación de las Mesas sectoriales¹⁶¹.

Esta tesis, sin embargo, ha de ser objeto de reconsideración, pues en este aspecto existe una reserva legal. En efecto, dado el alcance normativo general que tienen las leyes autonómicas sobre Función Pública, debe ser el legislador autonómico quien determine qué colectivos funcionariales y en qué condiciones pueden recibir una ordenación peculiar. De este modo, sólo él puede disponer una estructura negocial diferente de la diseñada por la L.O.R.A.P.¹⁶². Este puede abandonar la distinción entre Mesa general y Mesas sectoriales, y proceder a un diseño propio de la estructura negocial, siempre a través de mesas con participación sindical.

¹⁶⁰. Así, DEL REY GUANTER, S., Comentarios..., cit., pág. 188; LOPEZ GANDIA, J., "La negociación...", cit., pág. 17.

¹⁶¹. DEL REY GUANTER, S., op. ult. cit., pág. 188.

¹⁶². En este sentido, es más correcta la posición de OJEDA AVILES, A. "Los derechos..", cit., pág. 19, quien defiende la posibilidad de que las C.C.A.A establezcan un modelo diferente al estatal, pero sin prejuzgar si debe ser el legislador o la Mesa general quien lo haga.

También podrá alterar las relaciones entre los niveles de negociación que se puedan crear en el sentido de permitir unas relaciones de complementariedad más flexibles que las permitidas en el ámbito estatal.

84. Así pues, debe ser el legislador autonómico el que determine la configuración de la estructura negocial. Y ello lo puede hacer de dos modos: o bien habilitando al Consejo de Gobierno para que adapte la ley general a las peculiaridades de un sector o colectivo determinado¹⁶³ o bien estableciendo expresamente los niveles de negociación¹⁶⁴.

Si el legislador autonómico no lleva a cabo normación alguna al respecto, el art. 31.1 de la L.O.R.A.P. será aplicable supletoriamente, y, en consecuencia, las Mesas generales podrán fijar una estructura negocial a semejanza de la diseñada por la

¹⁶³. En esta línea, las leyes autonómicas, siguiendo la técnica empleada por la L.M.R.F.P., suelen autorizar al Gobierno autonómico a adaptarla a las especiales características del personal docente, investigador y sanitario. Así, entre otras, las leyes de Cataluña (Ley 17/85, art. 2.4); Castilla-La Mancha (Ley 5/85, art. 2.2); Aragón (Ley 1/86, art. 2.3); y Madrid (Ley 1/86, art. 3.2).

¹⁶⁴. A este respecto, hay que notar que la mayor parte de las leyes autonómicas sobre Función Pública son anteriores o coetáneas a la L.O.R.A.P., por lo que no establecen nada sobre la estructura negocial, remitiéndose a lo que disponga la legislación estatal en esta materia. Las que son posteriores a esta disposición legal tampoco dicen nada al respecto.

L.O.R.A.P. para la Administración estatal¹⁶⁵. Evidentemente, existen argumentos suficientes para sostener esta afirmación: en primer lugar, porque la aplicación supletoria de la legislación estatal colma la reserva legal, y, en consecuencia, la autonomía colectiva puede intervenir, como lo demuestra el hecho de que el propio legislador estatal permita a la autonomía colectiva la creación de Mesas sectoriales en la Administración del Estado; en segundo lugar, porque se trata de una "materia sindical" y, más concretamente, de una materia que afecta "al ámbito de relaciones de los funcionarios públicos y sus Organizaciones Sindicales, con la Administración", y, por tanto, negociable (art. 32.k) L.O.R.A.P.)¹⁶⁶.

En definitiva, la constitución de tales mesas negociadoras puede ser objeto de negociación, sin que la Administración Pública pueda imponer ningún nivel de negociación sin la avenencia de los sindicatos, pues, como se verá, existe un deber de negociar aquellas materias que sean susceptibles de ello. Así, por ejemplo,

¹⁶⁵. Esta parece ser la posición de GARCIA FERNANDEZ, M., "Representatividad sindical y negociación colectiva en el sector público", A.L., núm. 14, 1.988, pág. 2.468. En este sentido, conviene notar que, hasta que se produce la intervención del legislador autonómico en las materias competencia de la C.C.A.A, la potestad reglamentaria y, por ende, la actividad negocial puede referirse directamente a la supletoria legislación estatal. Vid, por todos, LOPEZ GUERRA, L., "En torno a la potestad reglamentaria de los órganos de Gobierno de las Comunidades Autónomas", en A.A.V.V., El Gobierno en la Constitución y en los Estatutos de Autonomía, Barcelona, 1.985, pág. 338.

¹⁶⁶. LOPEZ GANDIA, J., "La negociación ..", cit., pág. 17.

el Acuerdo suscrito el 19 de julio de 1.990 entre la Xunta de Galicia y las Organizaciones sindicales sobre materias de Función Pública dispone que el derecho de negociación se desarrollará en "las mesas de negociación creadas al amparo de lo dispuesto en la Ley 9/1.987 {...} y (en) cualquier otra que pueda crearse de común acuerdo entre la Administración y las centrales sindicales presentes en la Mesa General de Negociación" (art. 7).

No ha sido ésta, en cambio, la solución adoptada en la Comunidad autónoma Vasca, donde ha sido el Decreto 304/1.987, de 6 de octubre, de Organos de representación, regulación del proceso electoral, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones Públicas de la Comunidad Autónoma del País Vasco, modificado por el Decreto 228/1.990, la norma que ha tratado este tema¹⁶⁷. El art. 17.2. de esta disposición reglamentaria prevé, a semejanza de lo dispuesto en el art. 31.1 de la L.O.R.A.P., la constitución obligatoria de una Mesa general en el ámbito de la Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco y de varias Mesas sectoriales para determinados sectores funcionariales, y permite la constitución de otras. Pero, en realidad, esta disposición

¹⁶⁷. Ha de tenerse en cuenta, en este sentido, que el art. 102 de la Ley 6/1.989, de la Función Pública del País Vasco, establece que "la participación de los funcionarios en la determinación de las condiciones de trabajo se efectuará a través de las mesas de negociación que a tal efecto se constituyan", sin señalar cuáles puedan ser éstas. Por ello, y de acuerdo con lo prevenido en la disposición derogatoria de esta ley, hay que entender que el Decreto 304/1.987 continua en vigor.

reglamentaria no hace más que adaptar la estructura de las Mesas sectoriales diseñada en la ley estatal a la Función Pública autonómica y, además, deja a salvo la facultad de los miembros de la Mesa general de constituir otras "en atención al número y peculiaridades de sectores concretos de funcionarios públicos" (art. 17.2).

1. Las unidades de negociación.

1.1. La "supermesa general".

85. El art. 33, con el carácter de norma básica, dota a los Consejos de Gobierno de las C.C.A.A. y a los sindicatos más representativos a nivel estatal y autonómico la competencia para que, de común acuerdo, encuadren temporal y materialmente el proceso negociador desarrollado por la Mesa general. Con ello, se crea, al igual que en la esfera estatal, un nuevo nivel negocial superior respecto a la Mesa general. Sus coordenadas de representación son comunes a las de la Mesa general, por lo que se detallan a continuación.

1.2. La Mesa general de negociación.

86. Todas las C.C.A.A. disponen, como se ha visto (supra título II) de poderes normativos sobre su propio aparato administrativo y funcionarial. Por ello, el legislador prevé sin

excepción la creación de una Mesa general de negociación para cada una de ellas, que será competente para determinar "las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos del ámbito correspondiente" (art. 30). La delimitación exacta de los ámbitos funcional, territorial y personal de estas Mesas generales dependerá de cuál sea el alcance normativo de la Ley sobre Función Pública de la respectiva Comunidad, variable y de difícil sujeción a sistema. Ello no obstante, el alcance general en relación con todo el personal al servicio de la Administración Pública de la respectiva Comunidad es un rasgo común a todas las leyes autonómicas. Esta reducción a la unidad va a determinar también el alcance general de las Mesas generales de negociación, de modo que en éstas se tomarán en consideración las relaciones de trabajo de todo el personal funcional al servicio de la Administración Pública de la respectiva Comunidad¹⁶⁸.

¹⁶⁸. En este sentido, los Acuerdos y Pactos autonómicos generales señalan que su ámbito de aplicación se extiende a todo el personal funcionario y asimilado al servicio de la Administración Pública correspondiente y de sus Organismos Autónomos. Así, ocurre, por ejemplo, con el Pacto para los funcionarios de la Comunidad de la Rioja vigente desde el 1 de enero de 1.990 hasta el 31 de diciembre de 1.991, en cuyo ámbito de aplicación se señala que "el presente trabajo establece las normas por las que han de regirse las condiciones de trabajo del personal funcionario que presta sus servicios en cualquiera de los Organos, Servicios, Centros y Dependencias de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Rioja" (art. 10). También es el caso del Acuerdo suscrito el 28 de mayo de 1.990 entre las Organizaciones sindicales y la Administración Regional de Cantabria para mejora de las condiciones socioeconómicas y de participación, aplicable "a todo el personal al servicio de la Administración de la Diputación Regional de Cantabria y de sus Organismos Autónomos" (cláusula 1). Los Acuerdos de regulación de las condiciones de trabajo del personal al servicio de la Administración Pública del País Vasco para 1.988 - B.O. de 14 de octubre de 1.988-, 1.989 - B.O. de 30 de junio de

Sin embargo, algunas C.C.A.A. poseen también competencias normativas sobre los funcionarios de las E.E.L.L. radicadas en su respectivo territorio. De esta forma, al igual que sucede en relación a la Mesa general de la Administración del Estado, cuando la actividad contractual desarrollada por la mesa negociadora incida sobre aquéllos el ámbito funcional de ésta será superior, comprendiendo también a la Función Pública local.

87. En cuanto al ámbito personal, dado el carácter básico de los arts. 1 y 16 de la L.O.R.A.P., la base representable queda integrada por los funcionarios de carrera, los interinos, el personal estatutario que haya sido transferido y, transitoriamente, el personal contratado en régimen de derecho administrativo, con exclusión del personal eventual y el funcionario político¹⁶⁹.

1.989- , 1.990 - B.O. de 16 de junio de 1.990- y 1.991 -B.O. de 2 de agosto de 1.991- establecen un ámbito de aplicación más reducido, al excluir de su campo de aplicación al personal docente del Departamento de Educación, Universidades e Investigación y al personal dependiente del Organismo Osakitza-Servicio Vasco de Salud, que se rigen por Acuerdos sectoriales.

¹⁶⁹. En esta línea, los Acuerdos de regulación de las condiciones de trabajo del personal al servicio de la Comunidad Autónoma de Euskadi para 1.988, 1.989 y 1.990 disponen su aplicación a todo el personal contratado administrativo, funcionario o interino al servicio de la Administración General de la Comunidad de Euskadi y de sus Organismos Autónomos, con exclusión de los altos cargos de la Administración, personal de confianza y personal directivo de los Organismos Autónomos. Otros Acuerdos utilizan expresiones más imprecisas. Así, por ejemplo, el Acuerdo general sobre condiciones de trabajo del personal funcionario al servicio de la Administración de la Comunidad de Madrid adoptado por la Mesa general de Negociación en sus sesión del día 30 de abril de 1.991 (B.O. de 29 de mayo de 1.991) se

1.3.. Las Mesas sectoriales de negociación.

88. Como ya anunciábamos, en defecto de previsión del legislador autonómico, la estructura de la negociación fijada para la Administración del Estado será aplicable también a las Administraciones de las C.C.A.A. Así, por decisión de la Mesa general podrán constituirse otras mesas sectoriales en atención al número y peculiaridades de sectores concretos de funcionarios públicos autonómicos.

No obstante, sobre las posibilidades de que disponen los sujetos negociadores a la hora de constituir nuevos niveles de negociación, hay que indicar que inciden las mismas limitaciones señaladas en relación a la Administración del Estado. Por un lado, esta facultad está condicionada por la centralización que en materia de personal existe en las C.C.A.A.; por otro lado, también incide la configuración legal de los órganos de representación unitaria de los funcionarios autonómicos.

Así, podrán constituir mesas de negociación para sectores

limita a señalar que el presente Acuerdo "será de aplicación al personal funcionario que presta sus servicios a la Administración de la Comunidad de Madrid en la situación administrativa de servicio activo". O el Acuerdo entre las Organizaciones Sindicales y la Administración de la Diputación Regional de Cantabria para mejorar las condiciones socioeconómicas y de participación" suscrito el 16 de mayo de 1.991 (B.O. de 24 de mayo de 1.991), que se limita a señalar que está "incluido dentro de su ámbito de aplicación el personal funcionario al servicio de la Administración de la Diputación Regional de Cantabria" (cáusula primera).

funcionariales caracterizados por su número, por las peculiaridades de los servicios que prestan y por tener órganos de representación unitaria específicos. En este sentido, el Decreto Vasco antes citado prevé la constitución de Mesas sectoriales para el personal docente en los centros públicos no universitarios, para el personal al servicio de las Instituciones Sanitarias Públicas, para el de la Administración General de la Comunidad Autónoma del País Vasco y para el personal funcionario de la Universidad del País Vasco¹⁷⁰. También podrán crear mesas de negociación para sectores funcionariales que, cumpliendo los dos requisitos primeros, no dispongan de órganos unitarios propios, pues la lista de unidades electorales de las C.C.A.A. tiene un carácter relativamente abierto, en tanto que, de acuerdo con lo establecido en el art. 7.5 los Consejos de Gobierno de las C.C.A.A. también pueden crear de la L.O.R.A.P. otras no incluidas en aquellas. Sin embargo, como se verá en su momento, las C.C.A.A. no pueden introducir grandes innovaciones en este tema, puesto que éstas sujetas a las limitaciones material y formal, que el citado precepto establece en

¹⁷⁰. En el seno de estas Mesas sectoriales se ha concluido los siguientes Acuerdos: Acuerdo sobre las condiciones de trabajo del personal docente público no universitario para 1.989-1990 (B.O. de 14 de noviembre de 1.989); Acuerdos de regulación de condiciones de trabajo del personal del Servicio Vasco de Salud para 1.988-1.989 y 1.990-1.991 (B.O. de 31 de enero de 1.989 y 18 de abril de 1.990); Acuerdo de regulación de condiciones laborales del personal de Universidades para 1.991-1.992 (B.O. de 18 de diciembre de 1.991). Esta es también la estructura negocial adoptada en la Comunidad Autónoma de Valencia. Sin embargo, la circunstancia de que los Pactos y Acuerdos no sean publicados como tales, sino integrados en disposiciones reglamentarias, que, además, no mencionan su origen paccionado, impide reflejarla como en el caso anterior.

orden a salvaguardar el principio de homogeneidad de los funcionarios y de sus organizaciones sindicales. De esta forma, la libertad de que disponen las mesas negociadoras para estructurar las unidades de negociación viene limitada por la ordenación que el legislador estatal hace de los órganos de representación unitaria.

En cambio, y al igual que en la esfera estatal y por las mismas razones, no parece posible un modelo de estructura negocial organizada atendiendo, como elemento aglutinante, a criterios de centro de trabajo, Conserjerías, Organismos Autónomos o dependencias periféricas. El reparto de atribuciones en materia de personal entre los órganos de la Administración Pública de las C.C.A.A. presenta un paralelismo con el del Estado. La nota distintiva es la centralización existente en materia de personal¹⁷¹. Se atribuyen los poderes normativos a los órganos centrales de la Administración de las Comunidades Autónomas, quienes, además, las ejercen respecto a todos los funcionarios al servicio de su respectiva Administración. De esta forma, ello dificultaría en exceso el desarrollo de la actividad negocial en tales niveles.

2. Las relaciones entre las unidades de negociación.

¹⁷¹. Sobre el principio de unidad de acción en el ámbito autonómico ver, por todos, CASTELLS ARTECHE, J.M., *Proceso...*, cit., págs. 241-242.

89. A este respecto, y al igual que sucede en la esfera estatal, hay que distinguir entre las relaciones existentes entre la "supermesa general" y la Mesa general, por una parte, y las relaciones existentes entre ésta y las Mesas sectoriales, por otra.

90. En relación a las primeras -las relaciones que existen entre la "supermesa general" y la Mesa general-, valen las consideraciones hechas más arriba en relación a la esfera estatal, dado el carácter básico del art. 33. Así, la "supermesa general" no negocia las condiciones de trabajo de los funcionarios, sino la fecha de apertura del proceso negociador y la determinación material de las negociaciones.

91. En cuanto a las segundas -las relaciones existentes entre la Mesa general y las Mesas sectoriales-, La L.O.R.A.P. silencia cualquier previsión respecto a la articulación de los niveles de negociación en el seno de la Administración Pública de las C.C.A.A. Ello no obstante, no existe ninguna dificultad en afirmar que, en defecto de previsión del legislador autonómico, el modelo de relación entre la Mesa general y las Mesas sectoriales de negociación fijado en la ley en relación exclusiva a la Administración del Estado es trasladable al ámbito autonómico. Y ello por las siguientes razones. En primer lugar, porque, aunque articulación funcional entre la Mesa general y las Mesas sectoriales no tiene la consideración de norma básica y, consiguientemente, no es aplicable a la Administración de las

C.C.A.A, el derecho estatal no básico es aplicable en defecto de la ley autonómica. En segundo lugar, porque el art. 31.1 de la L.O.R.A.P. concibe a la Mesa general de las C.C.A.A. como la instancia competente "para la determinación de las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos del ámbito correspondiente". Es decir, la Mesa general ejerce su actividad negocial respecto a todos los funcionarios públicos de la respectiva C.C.A.A., de donde se desprende su supremacía sobre las Mesas sectoriales.

Valorando conjuntamente todo ello, se puede concluir que también existe una relación de jerarquía material entre la Mesa general y las Mesas sectoriales de las C.C.A.A. En esta línea, el art. 17.2 del Decreto 304/1.987 del País Vasco dispone que "la competencia de las Mesas sectoriales se extenderá a los temas que no hayan sido objeto de decisión por parte de la Mesa general". De este modo, lo dicho antes respecto a la articulación funcional de los niveles de negociación en la esfera estatal es extrapolable a este ámbito.

De esta vinculación jerárquica en el aspecto sustantivo deriva, a su vez, la sujeción de la actividad negocial de las Mesas sectoriales a las reglas procedimentales fijadas por la Mesa general. Además, si la competencia de aquellas es residual, su constitución ha de ser posterior a la de la Mesa general, para

poder conocer cuál es el ámbito material que pueden negociar¹⁷². Finalmente, las organizaciones sindicales presentes en la Mesa general también tienen garantizada su presencia en los niveles sectoriales¹⁷³.

III. ADMINISTRACION LOCAL.

92. La L.O.R.A.P. establece la existencia de una "supermesa general" y una Mesa General en cada Entidad Local, pero no se ocupa específicamente de la estructura negocial en el seno de la Administración Local. Por consiguiente, está dejando un espacio para que las E.E.L.L. fijen la estructura negocial que consideren más conveniente¹⁷⁴. Las mismas razones que hemos señalado en relación con la estructura negocial de las C.C.A.A. han de considerarse como válidas en el ámbito local. En este caso, además, dado que el poder normativo de la E.L. se reduce al poder

¹⁷². Así, el art. 17.2 del Decreto 304/1.987 del País Vasco dispone que la constitución de las Mesas sectoriales ha de ser posterior a la de la Mesa General de la Administración de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

¹⁷³. En esta línea, el art. 7 del Acuerdo suscrito el 19 de julio de 1.990 entre la Xunta de Galicia y las organizaciones sindicales sobre materias de Función Pública, señala que en todas las mesas de negociación deberá garantizarse "...la participación {...} de todas las organizaciones sindicales integrantes de la Mesa General..".

¹⁷⁴. BLASCO ESTEVE, A., "La negociación..", cit., pág. 2.164; DEL REY GUANTER, S., Comentarios..., cit., pág. 188; LOPEZ GANDIA, J., "La negociación..", cit., pág. 17.

reglamentario, no existe la posibilidad de que el legislador sustraiga a la autonomía colectiva la delimitación de las unidades de negociación.

Pero, por esta misma razón, las posibilidades de los miembros de la Mesa general en orden a delimitar la estructura negocial son menores que en el caso de las C.C.A.A. En efecto, el poder normativo de los entes locales en materia funcionarial es un poder reglamentario y, por consiguiente, dada la reserva legal existente en esta materia, un poder subordinado a la ley. De este modo, cabe concluir que la Mesa general de las E.E.L.L. sólo puede disponer una estructura negocial similar a la diseñada en la L.O.R.A.P. para el ámbito de la Administración del Estado. Así, podrá constituir niveles de negociación específicos para sectores de la Función Pública local caracterizados por su número y las peculiaridades de los servicios que prestan, y subordinados a la Mesa general de dicha Administración.

1. Las unidades de negociación.

1.1. La "supermesa general".

Dado el carácter básico del art. 33, los sindicatos más representativos y los órganos correspondientes de las Entidades Locales, fijarán, de acuerdo, la fecha de inicio de las negociaciones y las materias a discutir.

1.2. La Mesa general de negociación.

101. Según los art. 30 y 31 de la L.O.R.A.P. en cada una de las Entidades Locales se ha de constituir una Mesa general para todos los funcionarios de la misma, que será competente para determinar aquellos aspectos de la relación jurídico-funcionarial que entran dentro del poder de ordenanza.

102. Sobre el ámbito de representación de esta Mesa general se podrían realizar, entre otras, las siguientes reflexiones. En cuanto al ámbito funcional, están comprendidos en él todos los funcionarios al servicio de la Administración Local, ya sean funcionarios locales con habilitación nacional (art. 92.3 L.B.R.L.) o funcionarios propios de las Entidades Locales (arts. 100 y ss L.B.R.L.). Sin embargo, como hemos visto, el ámbito de disponibilidad de las Entidades Locales y, por ende, de la mesa de negociación es muy distinto en relación a cada uno de estos dos tipos de funcionarios.

En cuanto al ámbito personal, la base representable queda comprendida, como en la esfera estatal y autonómica, por los funcionarios de carrera, los interinos y, transitoriamente, los contratados administrativos¹⁷⁵.

¹⁷⁵. El personal de las C.C.L.L. puede ser. 1º) político (arts. 73 a 78 L.B.R.L.); 2º) funcionarios de carrera e interinos (arts. 89 a 104 L.B.R.L.); 3º) personal eventual (arts. 20.2 L.M.R.F.P. y 104 L.B.R.L.); y 4º) transitoriamente, contratados en Régimen de

103. Un sector doctrinal ha criticado la Entidad Local como unidad de negociación porque obliga a constituir miles de Mesas "generales" locales¹⁷⁶. En este sentido, se señala que la solución legal es acertada en el caso de las grandes y medianas Entidades Locales donde existe un volumen suficiente de funcionarios, pero no respecto al resto porque obliga a negociar un acuerdo colectivo propio en cada una de ellas¹⁷⁷.

Ante esta situación cabría proponer dos alternativas: primera, y pese al silencio legal, la adhesión a un Acuerdo de otra unidad de negociación. Ciertamente, la L.O.R.A.P., a diferencia del E.T., no contempla expresamente esta posibilidad. Sin embargo, hay que entender que la misma pertenece al campo de la autonomía colectiva. La atribución de capacidad negocial lleva aparejada en si misma la facultad de formalizar un acuerdo adhesivo. La adhesión no es más que un medio complementario para fijar las condiciones de trabajo sin contratar en detalle, sustituyendo la discusión del propio Acuerdo por la de someterse a un Acuerdo negociado en otra unidad

Derecho Administrativo (dispo. transitoria 8.1 L.B.R.L.). Sin embargo, los políticos y el personal eventual, dado el carácter básico del art. 16.2 de la L.O.R.A.P., quedan excluidos del ámbito de la negociación colectiva.

¹⁷⁶ Así, PIÑAR MAÑAS, J.L., "Las estructuras..", cit., pág. 60.

¹⁷⁷. En este sentido, BLASCO ESTEVE, A., "La negociación..", cit., págs. 2.163; LOPEZ GANDIA, J., "La negociación..", cit., pág. 17.

de negociación¹⁷⁸. Nótese a este respecto, que el art. 92.2 del E.T., a juicio de la doctrina laboral¹⁷⁹, no es más que un mero recordatorio de su posible existencia y que, aún de no constar, hubiera sido perfectamente posible la adhesión a un convenio colectivo anterior. Así, pues, aquí también cabe este mecanismo con la única diferencia formal, quizá, de que en este caso no bastará con la remisión al Acuerdo de adhesión sino que será necesaria la concreta transcripción de su articulado.

El régimen jurídico de la adhesión será, brevemente expuesto, el siguiente:

1º- Para proceder a la adhesión a un Acuerdo en una Entidad determinada será preciso el común acuerdo de las partes legitimadas para negociar¹⁸⁰. No cabe la posibilidad de una adhesión unilateral a cargo de la parte pública. Rigen, por tanto, idénticas reglas en cuanto a los sujetos negociadores que en el caso de la negociación de un Acuerdo local "ex novo".

¹⁷⁸. Sobre la naturaleza de esta institución véase, por todos, VALDES DAL-RE, F., "La adhesión y la extensión de los convenios colectivos", R.E.D.T., núm. 36, 1.988, págs. 501 y ss.

¹⁷⁹. Así, SALA FRANCO, T. y otros, op. cit., pág. 211.

¹⁸⁰. Así, VALDES DAL-RE, F., "La adhesión..", cit., pág. 511. Véase la S.A.N. de 15 de febrero de 1.990.

2º- Como en el sector laboral, será posible la adhesión total o parcial a un Acuerdo¹⁸¹. Por lo demás, el Acuerdo de adhesión tendrá que tener su propio contenido mínimo obligatorio (normas de configuración)¹⁸².

3º- Aunque, en principio, cabría admitir la adhesión a un Pacto o Acuerdo de cualquier Administración Pública, es dudosa la viabilidad real y práctica de una adhesión a los acuerdos de las mesas de negociación de la Administración del Estado y de las C.C.A.A, en tanto que su nivel competencial en materia de personal es muy distinto al de las C.C.L.L.¹⁸³. Por ello, sólo será viable la adhesión a un Acuerdo de otra C.C.L.L. y, además, de una C.C.L.L. ubicada en la misma C.A., porque el marco jurídico puede ser muy diferente de una Comunidad a otra.

¹⁸¹. En el ámbito laboral, la doctrina entiende que, pese a que la ley exige la adhesión a la totalidad de un convenio, la adhesión parcial pertenece al campo de la autonomía colectiva. Ver, por todos, SALA FRANCO, T. y otros, op. cit., pág. 211. Véanse las S.T.C.T. de 1 de febrero, 22 de abril y 17 de junio de 1.983.

¹⁸². Señalan este requisito en el ámbito laboral, entre otros, ALONSO OLEA, M y CASAS BAAMONDE, M^a.E., op. cit., pág. 706; RAYON SUAREZ, E., "La adhesión y la extensión de los convenios colectivos en la Ley del Estatuto de los Trabajadores", R.D.P., núm. 84, 1.981, pág. 443.

¹⁸³. En el ámbito laboral, la doctrina entiende que, pese a que la ley no exige la similitud funcional, no es probable que la adhesión se produzca entre realidades funcionales radicalmente diversas. Así, RAYON SUAREZ, E., "La adhesión..", cit., pág. 445. VALDES DAL-RE, F., "La adhesión..", cit., pág. 516, entiende, en cambio, que las partes no están constreñidas por principio alguno de identidad geográfica o funcional entre la unidad adherible y el acuerdo adhesivo.

4º- Finalmente, será preceptiva la aprobación expresa y formal por parte del Pleno de la C.C.L.L. y la verificación de todos los trámites administrativos subsiguientes.

Se tratará de un verdadero Acuerdo de igual eficacia que los ordinarios e independiente del Acuerdo adherido. Ello no obstante, las vicisitudes que afecten al Acuerdo base repercutirán en la unidad adherida¹⁸⁴. Así, si posteriormente a su vigencia fuere declarado nulo en todo o en parte, se producirá paralelamente la nulidad total o parcial del Acuerdo de adhesión. Pero ello, naturalmente, sólo cuando la nulidad afecte al contenido negocial, no así cuando la nulidad afectase a problemas de legitimación o de procedimiento del Acuerdo al que se adhieran.

104. Otra posibilidad podría consistir en la negociación de "acuerdos supralocales" para todas las entidades locales de una determinada Comunidad Autónoma o, incluso, de toda la nación. Pero esta cuestión será examinada más adelante, al tratar la viabilidad de las Mesas generales "Inter-Administraciones Públicas", a cuyo momento se remite el análisis.

1.3. Las Mesas sectoriales de negociación.

105. Como ya anunciábamos, las Mesas generales de las

¹⁸⁴. Ver SALA FRANCO, T y otros, op. cit., pág. 211; VALDES DAL-RE, F., "La adhesión..", cit., págs. 517 y ss.

E.E.L.L. pueden fijar una estructura negocial a semejanza de la indicada en la L.O.R.A.P. para la Administración del Estado. Así, podrán constituir Mesas sectoriales de negociación para sectores de la Función Pública local caracterizados por su número y las peculiaridades de los servicios que prestan.

En esta línea, dadas las diferencias de régimen jurídico, de dependencia y de las funciones que desarrollan los funcionarios con habilitación de carácter nacional y los restantes funcionarios propios de cada Corporación Local, las partes podrían constituir en el ámbito de la Mesa general niveles de negociación específicos para cada uno de estos colectivos. También se podrían crear Mesas sectoriales de negociación para los funcionarios de los Cuerpos de Policía Local y de los Cuerpos de Bomberos, en tanto que la propia L.B.R.L. prevé un régimen peculiar para los mismos¹⁸⁵. De hecho, en todas las reglamentaciones de los funcionarios de la Administración Local se ha resaltado la especial relevancia de estos funcionarios¹⁸⁶.

Finalmente, hay que notar que el hecho de que la ley haya previsto una única estructura de representación unitaria para todos los funcionarios de la Corporación Local dificulta, pero no cierra las posibilidades de una negociación a niveles sectoriales. En

¹⁸⁵. En el mismo sentido, LOPEZ GANDIA, J., op. cit., pág. 17.

¹⁸⁶. Ver ABELLA POBLET, M., y otros, Régimen..., cit., pág. 307.

efecto, de acuerdo con lo establecido en el art. 7.4 de la L.O.R.A.P. pueden crearse otras Juntas de Personal para colectivos determinados en razón a su número o peculiaridades. Es necesario subrayar dos cuestiones al respecto: primera, que dicha facultad no corresponde al Pleno de la C.C.L.L., sino al Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma en la que ésta se encuentra ubicada y, además, previo informe favorable del C.S.F.P. Y, en segundo lugar, que la flexibilización en la estructuración de las representaciones unitarias que permite el art. 7.5 de la ley se refiere sólo a las Juntas de Personal¹⁸⁷; nada se establece respecto a los Delegados de Personal, lo cual no representa ningún problema a los efectos que aquí se proponen, por cuanto que en Entidades Locales con menos de 50 funcionarios carece de sentido la creación de Mesas sectoriales.

2. Las relaciones entre las unidades de negociación.

106. Al utilizarse el mismo modelo que en la esfera estatal, valen aquí las consideraciones que allí hicimos sobre la articulación en orden a los aspectos procedimental y sustantivo.

IV. LAS RELACIONES ENTRE LAS MESAS GENERALES DE NEGOCIACION.

107. La regulación de las Mesas generales de Negociación obliga a formularse un doble interrogante: primero, si existe algún

¹⁸⁷. DEL REY GUANTER, S., Comentarios..., cit., pág. 73.

tipo de relación o vinculación entre las mismas o si, por el contrario, son compartimentos estancos y separados entre si (A); y segundo, de existir conexiones entre las mismas, cuál es su carácter (B).

108. A) La respuesta que la L.O.R.A.P. da a este interrogante es, en verdad, poco correcta. En efecto, los arts. 30 y 31.1 de esta ley, dedicados a regular la estructura de la negociación colectiva, silencian totalmente el tema. Estos preceptos, a diferencia de lo que sucede con respecto a las Mesas general y sectoriales de la Administración del Estado, no establecen ninguna relación entre las Mesas generales. Además, el art. 31.1 configura a cada Mesa general como la instancia competente "para la determinación de las condiciones de trabajo de los funcionarios del ámbito correspondiente", lo que parece indicar la autonomía y paridad de rango de las mismas. Finalmente, el apartado primero del art. 37 de la L.O.R.A.P. establece un principio general de competencia del Gobierno, los Consejos de Gobierno y órganos correspondientes de las entidades locales para establecer, respectivamente, las instrucciones a que habrán de someterse sus representantes en las mesas de negociación, sin hacer referencia a posibles límites o vinculaciones de estos últimos respecto a aquel primero.

A partir de estas previsiones legales, cabría pensar que se trata de un modelo de negociación anómico en el que las diferentes

unidades de negociación tienen total autonomía y son independientes entre si.

Pero, a pesar de todos los anteriores argumentos interpretativos, no puede acptarse como correcta esta solución, por cuanto que la autonomía negocial de cada Mesa general está condicionada por la distribución de competencias normativas en materia funcionarial constitucional y legalmente diseñada. En este sentido, la negociación colectiva en un fiel reflejo del diseño competencial establecido en el ordenamiento jurídico español en materia funcionarial. Ciertamente, si la Mesa general de las C.C.A.A., verbigracia, constituye la sede en la que los sindicatos funcionariales participan en el ejercicio de la competencia normativa de aquellas en materia funcionarial, y ésta, precisamente, está sometida a ciertas restricciones impuestas por la normativa estatal, es evidente que esta limitaciones también inciden sobre la actividad contractual desarrollada por la mesa de negociación. En esta línea, el art. 32 de la ley matiza que las materias negociables "serán objeto de negociación en su ámbito respectivo y en relación con las competencias de cada Administración Pública".

Como se ha puesto de manifiesto, de la interpretación integradora y armónica de la L.O.R.A.P. y del bloque de constitucionalidad que efectúa el reparto de competencias normativas en materia funcionarial entre el Estado, las C.C.A.A y

las C.C.L.L. se deduce la existencia de relaciones entre las distintas unidades de negociación.

109. B) Como hemos visto, la viculación funcional entre las Mesas generales de la Administración del Estado y de las C.C.A.A es un reflejo o trasunto de la articulación funcional que se da entre las competencias normativas del Estado y de las C.C.A.A en materia funcionarial

Por lo tanto, habrá que atender a lo dicho anteriormente acerca de este tema. (Ver supra, Título II). Como hemos visto, el Estado tiene competencia exclusiva para fijar las bases del régimen estatutario de los funcionarios. En la actualidad las normas básicas en materia funcionarial se contienen, principalmente, en la L.F.C.E. y en la L.M.R.F.P., normativa que es complementada en relación a la Función Pública local por la L.B.R.L. Sin embargo, estas normas no definen de una sola vez y para siempre lo que es básico, no sólo porque la conceptualización de lo básico es un proceso esencialmente dinámico que no tiene porque quedar concluido en una sola operación legislativa para siempre, sino porque estos preceptos tienen, como reconoce el propio legislador estatal, un carácter provisional hasta que se desarrolle en su integridad el mandato constitucional formulado en el art. 103.3 de la Constitución. Es posible que posteriores normas estatales incidan sobre las bases del estatuto funcionarial. De esta forma, en la medida en que la Mesa general de la Administración estatal

participe en su elaboración condicionará la actividad normativa de las C.C.A.A y, por ende, la actividad contractual de las mesas de negociación que se hayan de crear dentro de su Administración.

En este sentido, hay que indicar que la participación de la Mesa general de la Administración del Estado en la definición de lo básico se reconduce a la pseudo-negociación, pues, como ha precisado el Tribunal Constitucional, han de ser necesariamente las Cortes quienes mediante ley formulen tal definición. Consecuentemente, aunque la conceptualización de lo básico ha de ser previamente negociada en la Mesa general de negociación, los acuerdos alcanzados al respecto no vinculan al legislador estatal, siendo éste en última instancia quien, con entera libertad, establece qué es lo que tiene tal carácter. Por tanto, habrá que distinguir dos supuestos distintos, según el legislador acepte o no los acuerdos concluidos en el seno de la mesa de negociación.

En el primer supuesto la definición de lo básico propuesta por la Mesa general de negociación, al ser aceptada por la Ley, vinculará a las Comunidades Autónomas en el ejercicio de su respectiva competencia de desarrollo normativo y, por tanto, a las Mesas generales que se creen en su Administración. De este modo, se darán las relaciones típicas que existen entre las bases y la normativa de desarrollo, esto es, de preclusión, de desplazamiento y de condición de integración. Sin embargo, es necesario subrayar que en estos casos las relaciones que se traban entre las Mesas

generales de la Administración del Estado y de las C.C.A.A. son sólo indirectas y, además, condicionadas a lo que eventualmente decida el legislador, pues es necesaria la aceptación legal de las propuestas emitidas por las representaciones sindicales en el seno de aquella.

En el segundo lugar -cuando el legislador no asuma tales propuestas-, se darán también las relaciones señaladas entre las bases estatales y el desarrollo normativo autonómico. Sin embargo, en este caso no existe ni siquiera esa relación indirecta entre las Mesas generales de la Administración del Estado y de las C.C.A.A.

Pero la Mesa general también puede participar en la regulación de lo básico, pues, como hemos visto el Gobierno puede regular de modo complementario lo básico a través de Reglamentos. De este modo, en este supuesto, como la materia o, en su caso, alguno de sus aspectos no están sometidos a reserva legal, si procede la negociación stricto-sensu, sustrayéndose tal regulación del poder unilateral de la Administración. De este modo, en estos casos si se dará una relación directa entre las Mesas generales de negociación de la Administración del Estado y de las C.C.A.A. Relación que, normalmente, será de preclusión y, en su caso, de desplazamiento, pues, aunque la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional no limita la intervención del Reglamento al espacio del círculo material de interés general, es en éste donde tiene su desenvolvimiento más específico. En consecuencia, la regulación de

esta materia quedará cerrada, precluida a la competencia normativa de las Mesas generales de las C.C.A.A. Hay que indicar que en estos casos pesa sobre los sujetos negociadores de la esfera estatal la obligación de especificar en los Pactos y Acuerdos las cláusulas de contenido básico.

Finalmente, hay que tener en cuenta, además, que la intervención de las Mesas generales en el desarrollo normativo de las bases estatales depende, a su vez, del reparto de poderes normativos entre los órganos legislativo y ejecutivo de la Comunidad.

De este modo, cuando el desarrollo normativo autonómico incida sobre aspectos de esta materia sometidos a reserva legal y, precisamente, el Estado al fijar las bases no ha agotado por completo dicha reserva, la Mesa general de las C.C.A.A. deberá atenerse a las bases fijadas por el legislador estatal a propuesta de la Mesa general de la Administración del Estado y, en su caso, regulada por la propia Mesa general de negociación. Deberá, por tanto, abstenerse de abordar aquellos aspectos que hayan sido situados en el "núcleo material de interés general" y deberá, además, respetar las directrices o criterios positivos que le son marcados. Y cuando sobrevenga la disconformidad de la ley autonómica porque el Estado ha modificado una norma básica anterior a la cual se ajustaba, deberá proponer su modificación. De lo contrario, el legislador autonómico estará en su legítimo derecho

para rechazar tales propuestas, es más si no proceden en tal sentido la ley autonómica será susceptible de impugnación ante el Tribunal Constitucional.

Finalmente, cuando la ordenación autonómica no incida en la reseva legal o la Asamblea llame al reglamento para que la complemente, corresponde a la mesa negociadora el desarrollo de las bases fijadas por el Estado. En esta labor las partes negociadoras deberán seguir los criterios positivos o negativos que le son marcados por la ley estatal, y abstenerse de regular aquellos aspectos que la ley estatal o, en su caso, los Pactos y Acuerdos estatales hayan situado en el "núcleo material de interés general". De lo contrario, ello constituiría un supuesto justificado para que el Consejo de gobierno de la C.C.A.A. rechaze la aprobación de los Acuerdos y para declarar la nulidad de los Pactos.

110. Finalmente, las Mesas generales de negociación que se creen en el ámbito de las E.E.L.L. están subordinadas a la Mesa general de la Administración del Estado y de las C.C.A.A. con competencias en materia de personal. Pero éstas habrán de respetar el espacio reservado en la L.B.R.L. y normas concordantes al poder de ordenanza en materia de personal.

V. LAS MESAS "INTER-ADMINISTRACIONES".

111. La L.O.R.A.P. no impone la constitución obligatoria de

Mesas "Inter-Administraciones", que abarquen las tres Administraciones Públicas -estatal, autonómica y local) ni tampoco la de otras Mesas generales más limitadas, como podrían ser las resultantes de acuerdos entre distintas C.C.A.A y sus funcionarios o entre diferentes E.E.L.L. y su personal funcionarial. Y no lo hace porque ello antentaría la autonomía de las C.C.A.A y de las E.E.L.L.¹⁸⁸. Pero tampoco contempla la posibilidad de que por acuerdo de las partes se puedan crear estas Mesas Inter-Administraciones. No obstante, dicho silencio legal no puede interpretarse como una prohibición de los mismos, sino más bien como la no incorporación al citado texto de una cuestión que se considera obvia¹⁸⁹. En efecto, la capacidad para contraer obligaciones públicas puede considerarse inherente a la propia personalidad jurídica de las Administraciones y, nada se opone desde un punto de vista general, a la celebración de Acuerdos entre ellas. Por otra parte, la institución del convenio interadministrativo, figura a la que son reconducibles los "Acuerdos-Interadministrativos", ha sido recogida en varias

¹⁸⁸. BLASCO ESTEVE, A., op. cit., pág. 2.165. DEL REY GUANTER, S., Comentarios..., cit., pág. 187, dice que el legislador, al no prever estas distintas posibilidades de Mesas generales, está teniendo en cuenta el papel del C.S.F.P. para la coordinación de la política de personal.

¹⁸⁹. Así, BLASCO ESTEVE, A., op. cit., pág. 2.165. En sentido contrario, DEL REY GUANTER, S., Comentarios..., cit., pág. 187.

disposiciones normativas¹⁹⁰.

Tal capacidad comprende por tanto las relaciones negociales en materia funcional entre estas instancias, de suerte que éstas pueden constituir, de común acuerdo, una Mesa general que abarque varias Administraciones. Por otra parte, esta institución ha sido recogida en algún ordenamiento autonómico. En esta línea, el art.3 del Decreto 304/1986, de 6 de octubre, en su nueva redacción, dispone que "podrá constituirse, previo acuerdo alcanzado por los órganos competentes de las Administraciones Públicas Vascas y de las Organizaciones sindicales más representativas a nivel estatal y de Comunidad Autónoma, así como de los sindicatos que hayan obtenido el 10 por 100 o más de los representantes en las Elecciones para Delegados y Juntas de Personal, una Mesa de Negociación para la determinación conjunta de las retribuciones y condiciones de trabajo de los empleados públicos al servicio de las diferentes Administraciones Públicas Vascas".

112. Los convenios administrativos pueden versar, en

¹⁹⁰. Respecto al Estado central, éste tiene reconocida su capacidad para contraer obligaciones contractuales públicas con otros sujetos (aunque de la Comunidad Internacional) (arts. 93 y ss C.E). En cuanto a las C.C.A.A., éstas tienen reconocida su capacidad para concluir convenios y acuerdos con otras C.C.A.A en la propia Constitución y con el Estado en algunos Estatutos. Finalmente, la Administración Local tiene reconocida su capacidad para celebrar convenios administrativos con la Administración del Estado y las C.C.A.A.

principio, sobre cualquier objeto cuya competencia correspona a las Administraciones Pública. No obstante, el hecho de que la las A.A.P.P. gocen de capacidad general contractual no implica que su actuación esté excenta de todo límite. Muy en especial debemos insistir aquí en los límites constitucionales generales a que se halla sometida la concreta actuación de dicha capacidad general en función del objeto concreto del convenio. Dichos límites son, básicamente, lo siguientes:

En primer lugar, la "transferencia" a la Mesa general "Inter-Administraciones", como corrimiento competencial" que es, no previsto en la Constitución y efectuado al margen de la ley no puede afectar a la titularidad de las competencias, sino sólo al modo de su ejercicio. Las partes, a través de esta relación convencional, no pueden disponer voluntariamente de la titularidad de las competencias y de los regímenes competenciales sustantivos diseñados en la Constitución y los Estatutos y, en general, en el bloque de constitucionalidad". La negociación conjunta no puede afectar pues a la titularidad de las competencias, sino sólo al modo de su ejercicio. Ello tiene una consecuencia importante: las partes, en cuanto continúan siendo plenamente titulares de sus competencias, sólo vinculan su ejercicio en el grado que ellas mismas desean, y pueden en todo caso recuperar para si el pleno ejercicio independiente de las mismas, sin que la la Mesa general "Inter-Administraciones" pueda oponerse a ello.

En segundo lugar, la Mesa general "Inter-Administraciones" no puede establecer propiamente normas jurídicas. En efecto, los convenios interadministrativos entre el Estado y las C.C.A.A. no pueden crear derecho objetivo, pues ello supondría una enajenación o renuncia, aún cuando parcial de sus potestades normativas, siendo que éstas son indisponibles e irrenunciables. En efecto, si estos convenios crearan derecho, para modificarlos sería necesario el común acuerdo de las partes, con lo que se sustraería, sin ningún tipo de habilitación constitucional, una parte de la potestad normativa de los entes en cuestión. Por todo ello, los Acuerdos "Inter-Administraciones" no crean normas directamente, sino en la medida en que sean asumidos por los miembros de las distintas Mesas generales, quienes tiene absoluta discrecionalidad para hacerlo o no. En el caso de que estén involucradas las Entidades Locales tampoco pueden crear derecho por la misma razón, esto es, porque las competencias legalmente atribuidas son irrenunciables (art. 4 L.P.A.). Pero en este caso, además, porque este tipo de acuerdos, del lado de las E.E.L.L., normalmente no serán negociados por los representantes de todas y cada una de las E.E.L.L., ya que ello es materialmente imposible, sino por las Federaciones de Entidades Locales de ámbito estatal o autonómico constituidas al amparo de la disposición adicional 5ª de la L.B.R.L. Y, en este sentido, hay que notar que estas asociaciones no engloban a la totalidad de las Entidades Locales, pues la adscripción a las mismas es voluntaria.

113. Los Acuerdos "Inter-Administraciones" pueden

clasificarse en función de las Administraciones que participen en dos tipos: 1º) verticales, perfeccionados, del lado empresarial, entre Administraciones Públicas con competencias concurrentes en materia funcional (Estado, C.C.A.A.; una Comunidad Autónoma y las E.E.L.L. de su territorio, e, incluso, Estado, C.C.A.A. y E.E.L.L.); 2º) horizontales, perfeccionados, del lado empresarial, entre Administraciones Públicas con competencias paralelas y, por ende, separadas (entre C.C.A.A o E.E.L.L.). Todos ellos pueden diferenciarse asimismo por su alcance según sean generales (la Administración autonómica y todas, o la mayoría de E.E.L.L.), y particulares (la Administración central y una o varias E.E.L.L.).

114. La funcionalidad de estos Acuerdos interadministrativos es diferente según el tipo de Acuerdo de que se trate. Los verticales pueden cumplir, básicamente, dos fines. En primer lugar, pueden ser útiles a fin de lograr una relación armoniosa entre la actividad comercial desarrollada por Mesas generales con competencias concurrentes sobre una misma materia. De esta forma, se podría evitar las relaciones de colisión. En segundo lugar, podrían ser la solución para acelerar los procesos de negociación desarrollados en los niveles inferiores. Téngase en cuenta que, en muchos aspectos, las Mesas generales de negociación de las C.C.A.A. y, sobre todo, de las E.E.L.L. no van a poder iniciar el proceso negociador hasta que no concluyan las negociaciones a nivel estatal. Si a ello se suma la circunstancia de que, por la incidencia de las leyes presupuestarias, las negociaciones van a

tener un carácter anual, puede resultar que en la práctica lo habitual sea que en estas esferas la negociación concluya e, incluso, comience después de que los Pactos y Acuerdos anteriores hayan perdido su vigencia. La negociación conjunta puede ser útil en este sentido.

Por su parte, los Acuerdos horizontales, resultado de la negociación conjunta de Mesas generales con competencias paralelas por tener territorios diferentes y un mismo ámbito material, podrían resultar útiles en clave de economía normativa y eficacia administrativa.

1. El Régimen jurídico aplicable.

115. Aparte de la expresa autorización legal que se contiene en las normas antes citadas, no existe una normativa legal que regule con carácter general los "convenios interadministrativos", sino a lo sumo disposiciones específicas que se refieren a modalidades concretas en algunas materias. La L.C.E. excluye de su regulación este tipo de convenios inter-administrativos, a los que se refiere como "convenios de cooperación que celebre la Administración con las Corporaciones Locales u otros entes de derecho público", pues como señalan algunos autores, su estudio corresponde al Derecho de organización¹⁹¹. Por consiguiente, puede

¹⁹¹. GARCIA DE ENTERRIA, R y RAMON FERNANDEZ, T., op. cit., pág. 619.

decirse que los órganos competentes y el procedimiento a seguir en la conclusión del convenio depende de la naturaleza de la competencia implicada en los mismos.

2. La competencia para negociar los "Acuerdos-Interadministrativos".

116. En términos generales son las Administraciones Públicas quienes deciden de común acuerdo celebrar convenios interadministrativo para el desarrollo conjunto de las competencias legalmente atribuidas a ellas. Sin embargo, en este sector el ejercicio de la competencia normativa de cada una de las Administraciones Públicas debe ser compartido con los sindicatos representativos en el correspondiente ámbito. Por consiguiente, el "común acuerdo" debe ir referido tanto a las A.A.P.P. como a los sindicatos funcionariales. En esta línea, el art. 3 del Decreto Vasco dispone que podrá constituirse una Mesa general para la determinación conjunta de las condiciones de trabajo de los empleados públicos al servicio de las Administraciones Públicas Vascas "previo acuerdo alcanzado por los órganos competentes de las Administraciones Públicas y de las organizaciones sindicales más representativas a nivel estatal y de Comunidad Autónoma, así como de los sindicatos que hayan obtenido el 10 por 100 o más de los representatnes en las Elecciones para Delegados y Juntas de Personal".

La negociación del Acuerdo "Inter-Administraciones" corresponderá a los representantes de las A.A.P.P. y a los sindicatos representativos del personal funcional al servicio de las mismas.

Por lo que afecta a la representación pública, hay que notar que deberán participar los representantes de todas y cada una de las Administraciones Públicas implicadas, pues éstas no pueden renunciar al ejercicio de las competencias que tienen legalmente atribuidas (art. 4 L.P.A.), recayendo dicha representación en aquel órgano que tenga atribuida la competencia para negociar con los sindicatos en su respectivo ámbito.

Si bien, este requisito resulta de fácil cumplimiento en el caso de los Acuerdos que abarquen a la Administración Pública del Estado y de las C.C.A.A., no lo es tanto en el supuesto de Acuerdos "Inter-Administraciones Locales". En estos casos, esta solución dificultaría extraordinariamente la negociación, dado el elevado número de miembros que habría de tener representación. Por ello habrá que entender razonablemente que la competencia para negociar del lado de las E.E.L.L. corresponderá a las "Federaciones de entidades locales" a que se refiere la disposición adicional quinta de la L.B.R.L., en proporción a su representatividad respectiva. A tenor, de esta disposición, "las Entidades Locales pueden constituir asociaciones, de ámbito estatal o autonómico, para la protección y promoción de los intereses comunes, a las que se les

aplicará, en defecto de normativa específica, la legislación del Estado en materia de asociaciones". Por lo demás, ésta es, como hemos visto, la solución arbitrada por el ordenamiento jurídico para canalizar la participación de las Entidades Locales en los órganos creados por el Estado y las C.C.A.A. para la colaboración entre las Administraciones Públicas en materia de personal.

En cuanto a la representación sindical, la legitimación negociadora corresponderá, de acuerdo con la L.O.L.I.S. y la L.O.R.A.P., a los sindicatos más representativos a nivel estatal y autonómico, y a los simplemente representativos en el conjunto de las Administraciones Públicas implicadas en la negociación conjunta. En esta línea, el art. 171 del Decreto Vasco 304/1.987, dispone que podrá constituirse "previo acuerdo alcanzado por los {...} y de las Organizaciones sindicales más representativas a nivel estatal y de Comunidad Autónoma, así como de los sindicatos que hayan obtenido el 10 por 100 o más de los representantes en las Elecciones para Delegados y Juntas de Personal". Por lo demás, es claro que tales nociones deberán referirse ahora al ámbito territorial y funcional correspondiente.

3. El procedimiento de negociación.

117. En cuanto al procedimiento, habrá que distinguir dos fases.

1º) una fase de negociación conjunta en el seno de la Mesa general "Inter-Administraciones", que, ante la ausencia de reglas específicas, deberá someterse a las reglas comunes del proceso negocial previstas en la L.O.R.A.P.

2º) Una segunda fase de negociación que se desarrollará en el seno de las Mesas generales que se haya creado dentro de cada Administración Pública incluida en el Mesa general "Inter-Administraciones". En este momento las partes no contraten en detalle, sustituyendo la discusión del propio Acuerdo o Pacto por la de someterse al "Acuerdo-interadministrativo". Este deberá ser asumido como propio en cada Mesa general y, en su caso, aprobado expresa y formalmente por el Gobierno, los Consejos de Gobierno o Pleno de las E.E.L.L.¹⁹². Y si el "Acuerdo-interadministrativo" comprometiese de algún modo los poderes de las Cortes Generales o de los respectivos Parlamentos de las C.C.A.A., sea porque para su ejecución son precisas medidas que deben tomarse en vía legislativa, sea porque resultan comprometidos los Presupuestos del Estado o de las C.C.A.A., será necesaria la aprobación de éstos.

¹⁹². Así, BLASCO ESTEVE, A., op. cit., pág. 2.165, señala que cada Corporación Local deberá celebrar un acuerdo propio con su personal funcionario que recoja el contenido de lo pactado a nivel supramunicipal por los representantes respectivos. El art. 18 del Decreto 304/1.987 del País Vasco después de establecer que "el Gobierno Vasco y/o los órganos de gobierno de las Administraciones Forales y Locales de la Comunidad Autónoma del País Vasco podrán alcanzar acuerdos para la determinación conjunta de las retribuciones y condiciones de trabajo de los empleados públicos al servicio de diferentes Administraciones Públicas Vascas", dispone que tales Acuerdos necesitarán "la aprobación formal y expresa de los mismos, en su ámbito respectivo".

4. La eficacia de los "Acuerdos-Interadministrativos".

118. El objeto de los A.I. es el ejercicio conjunto de las competencias normativas en materia funcional. Pero, como hemos visto, los convenios inter-administrativos no pueden establecer propiamente normas jurídicas. Ello tiene relevancia en orden a la determinación de la eficacia de estos A.I.: 1º) Tales Acuerdos no crean normas directamente, sino en la medida en que son ejecutadas por las partes; 2º) El incumplimiento del Acuerdo -la no realización de tales actos, o la adopción de Acuerdos o Pactos internos de contenido diverso al pactado- no puede ir acompañado de sanción, pues no se puede obligar positivamente a la adopción de normas determinadas; 3º) Las normas válidas de aplicación serán siempre los Acuerdos y Pactos adoptados internamente, aún cuando no se ajusten al contenido del "Acuerdo-interadministrativo"; 4º) Las vicisitudes del "Acuerdo-interadministrativo" (terminación, anulación, sustitución, modificación,.., etc.) no afectarán la validez y eficacia de los Pactos y Acuerdos negociados por las Mesas generales en su aplicación; 5º) Las Mesas generales podrán modificar en cualquier momento y de forma unilateral las normas dictados en ejecución de un convenio de esta naturaleza, sin necesidad de recurrir a la modificación del "Acuerdo-Interadministrativo".

En fin, se puede concluir que los aquí denominados "A.I." se

asemejan a los pactos entre caballeros¹⁹³.

¹⁹³. En este sentido, BLASCO ESTEVE, A., op. cit., pág. 2.165, afirma que los acuerdos supramunicipales "serán informales y de efectos inciertos, aunque podrán desempeñar un papel importante en la medida en que sean asumidos por los distintos Municipios".

CAPITULO III

**LAS RELACIONES ENTRE LOS SISTEMAS DE NEGOCIACION
COLECTIVA LABORAL Y FUNCIONARIAL EN LAS A.A.P.P.**

1. En el seno de las Administraciones Públicas conviven dos sistemas de negociación -el funcionarial y el laboral-. Es aquí donde se sitúan los objetivos propuestos. En síntesis, se trata de desarrollar el proceso siguiente: en primer lugar, se hace preciso señalar las diferencias de régimen jurídico que existen entre los sistemas de negociación colectiva laboral y funcionarial. Tras ello, se intentará detectar las especialidades aplicativas del Título III del E.T. en la Administración. Ello, a su vez, conduce a la formulación del tercer objetivo: esto es, se trata de determinar, a la vista de los resultados que se obtengan, si es posible que los trabajadores puedan ejercer su derecho a la negociación colectiva en conjunción con los funcionarios. Por último, todavía habrá que realizar una valoración crítica sobre la situación actual.

I. LA DUALIDAD DE SISTEMAS DE NEGOCIACION COLECTIVA EN EL SENO DE LAS A.A.P.P.

2. Los dos sistemas de negociación que conviven en el seno de

Las unidades

las Administraciones Públicas - el funcionarial y el laboral- están sometidos a regímenes jurídicos diferentes. En efecto, la negociación colectiva de los funcionarios y asimilados se canaliza a través de los procedimientos de consulta y negociación establecidos en el Capítulo III de la L.O.R.A.P. El personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas tiene, en cambio, en el E.T. y demás normas laborales la regulación de su derecho a la negociación colectiva, tema sobre el que no existe duda alguna dada la ausencia de norma expresa en contrario¹⁹⁴. Es más, el art. 2.1.d) de la L.O.R.A.P., que excluye de su ámbito de aplicación al personal laboral al servicio de las distintas Administraciones Públicas, remite a la legislación laboral común la regulación de sus derechos colectivos.

Así pues, en la actualidad la participación del personal al servicio de las A.A.P.P. en la determinación de sus condiciones de trabajo debe instrumentarse alternativamente o a través de los procedimientos de consulta o negociación o a través del sistema de negociación colectiva estatutaria. Ambos sistemas de negociación pueden encontrar en el C.S.F.P. -y órganos similares- un órgano de coordinación y de intercambio de experiencias de especial importancia, en tanto que entre sus miembros se encuentran representantes de los sindicatos que van a negociar en ambos

¹⁹⁴ Vid., por todos, SALA FRANCO, T., Incidencia de la legislación laboral en el marco de la Función Pública, I.N.A.P., Madrid, 1.989, págs. 56 y ss.

Las unidades

sectores y representantes de las Administraciones Públicas que, en muchos casos, van a tener competencias, directas o indirectas, en la negociación colectiva laboral y funcionarial¹⁹⁵.

3. Existen importantes diferencias de régimen jurídico entre ambos sistemas de negociación. No es éste, desde luego, el momento oportuno para analizar e inventariar comparativamente de modo exhaustivo los regímenes jurídicos de los sistemas de negociación colectiva funcionarial y laboral, ya que a lo largo del presente trabajo analizamos los procedimientos de consulta y negociación en clave de comparación con el sistema de negociación estatutaria. Tan sólo pretendemos aquí y ahora constatar las diferencias de régimen jurídico más notables. Expuesto de forma sintética, el sistema de negociación colectiva laboral, a diferencia del funcionarial, supone básicamente lo siguiente:

1º) Que la determinación de las unidades de negociación y la articulación funcional entre las mismas corresponde a la autonomía colectiva, y no a la ley.

2º) Que la legitimación negocial corresponde, del lado de la patronal, a los empresarios y asociaciones empresariales, y, del lado de los trabajadores, a las organizaciones sindicales

¹⁹⁵. Así, DEL REY GUANTER, S., Comentarios..., cit., pág. 257.

Las unidades

representativas y a los comités de empresa y delegados de personal o, en su caso, a las secciones sindicales representativas.

3º) Que en el establecimiento del contenido de los convenios colectivos rige la libertad plena de la partes con el único límite general del "respeto a las leyes", frente a la limitación temática impuesta por la L.O.R.A.P. Además, las relaciones entre la ley y la negociación no se desarrollan de igual forma que en el sector funcionarial, donde la ley no puede salvo disposición en contrario, ser mejorada por lo que pueda disponer un Pacto o Acuerdo. Estos sólo pueden desarrollar la ley en un sentido acorde con lo dispuesto en ésta, matizar y concretar las líneas generales expuestas en ella. Los convenios colectivos "deberán respetar en todo caso los mínimos de derecho necesario" (art. 3.3 E.T.) y las "leyes" (art. 85.1 E.T.), lo cual significa que no podrán desconocer ni los preceptos de derecho necesario absoluto ni los preceptos de derecho necesario relativo, tanto los máximos como los mínimos. Pero dentro de estos límites la negociación puede disponer libremente a efecto de mejora para los trabajadores.

4º) Que la actividad negocial debe desarrollarse a través del procedimiento dispuesto en el Título III del E.T., cuyos rasgos más sobresalientes frente al instaurado en la L.O.R.A.P. son los siguientes: en primer lugar, la doble exigencia de una representatividad de conjunto que han de sumar los sujetos

Las unidades

sindicales y de una mayoría cualificada en la conformación de la voluntad del banco social; en segundo lugar, que la autonomía colectiva es dominante en el proceso negocial, mientras que la intervención de los poderes públicos queda relegada a la fase de formalización externa del convenio colectivo como norma.

5º) Que el proceso negocial debe materializarse en convenios colectivos, y no en Pactos y Acuerdos. Todos estos instrumentos negociales gozan de eficacia jurídica normativa y eficacia personal general y están subordinados jerárquicamente a las leyes y disposiciones reglamentarias. Sin embargo, en el ámbito laboral el principio de jerarquía normativa viene matizado por el principio de norma más favorable.

6º) Que los actos de incumplimiento del empresario del cuadro contractual vigente respecto a un trabajador, serán recurribles jurisdiccionalmente en vía laboral, y no contencioso-administrativa, y, además, serán fiscalizables vía administrativa.

II. LAS ESPECIALIDADES DEL SISTEMA DE NEGOCIACION COLECTIVA

DEL PERSONAL LABORAL AL SERVICIO DE LAS A.A.P.P.

4. Como hemos visto, el personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas tiene en el Título III del E.T. la regulación del derecho a la negociación colectiva. Sin embargo, y

equilibrando la afirmación anterior, ha de tenerse en cuenta que la condición pública que ostenta el empleador en la Administración Pública determina que la aplicación de aquella regulación en el ámbito a que se hace referencia ofrezca diversas peculiaridades.

Cabe distinguir en este sentido especialidades aplicativas del Título III del E.T. hasta en cinco aspectos de la negociación colectiva laboral en la Administración Pública¹⁹⁶: 1º) La legitimación negocial; 2º) La aplicación de los convenios colectivos sectoriales; 3º) El contenido negocial; 4º) El procedimiento de negociación; y 5º) La vigencia temporal de los convenios colectivos.

1. La legitimación negocial.

5. La primera especialidad en materia de negociación se presenta en cuanto a la configuración de la personalidad sindical de la Administración Pública, ya que, de acuerdo con el sistema sindical vigente, no puede ser considerada empresa¹⁹⁷. En efecto, la ley de asociación sindical 19/1.977, de 1 de abril, no contempla a la Administración Pública como empresario. Por consiguiente, las Administraciones Públicas no pueden formar parte de las

¹⁹⁶. Ver, por todos, las reflexiones de SALA FRANCO, T., *Incidencia...*, cit., págs. 56 y ss.

¹⁹⁷. Así, LOPEZ GANDIA, J., "Las relaciones colectivas en el empleo público y la Constitución española", *Revista de Derecho Público*, 1.981, pag. 413.

asociaciones empresariales, lo cual plantea una serie de problemas.

6. Surgen, en primer lugar, problemas de legitimación para negociar los convenios colectivos de exclusiva aplicación al personal laboral al servicio de la Administración Pública cuando su ámbito es superior al de empresa¹⁹⁸. Así ocurre, por ejemplo, con los convenios colectivos aplicables a todo el personal laboral que preste servicios en la Administración del Estado, en la Administración de las Comunidades Autónomas o Entidades Locales y en los Organismos Autónomos e Instituciones dependientes de las mismas.

En la medida en que la Administración del Estado, las C.C.A.A. y las E.E.L.L. no tienen una personalidad jurídica única, pues se diversifican en una pluralidad de entes dotados de personalidad propia y distinta de la que ostentan aquellas, habría que darle el tratamiento de un convenio sectorial o de un grupo de empresa¹⁹⁹. Por tanto, para cumplir con las reglas de legitimación exigidas por el artículo 87 del E.T., deberían negociar, del lado empresarial, las asociaciones empresariales -constituidas al amparo de la L.A.S.-, o, en su defecto, todas las Administraciones implicadas con personalidad jurídica propia. En este último caso, del lado

¹⁹⁸. Así, SALA FRANCO, T., op. ult. cit., págs. 56 y ss.

¹⁹⁹. Así, SALA FRANCO, T., op. ult. cit., pág. 56.

Las unidades

social, no podrían negociar los sindicatos nacionales, de Comunidad Autónoma o provinciales, sino las distintas secciones sindicales de empresa o los distintos comités de las distintas empresas, en los términos previstos en el artículo 87.1 del E.T.

Sucede, sin embargo, que en la práctica, no negocian las asociaciones empresariales -que no existen-, ni tampoco todas y cada una de las Administraciones afectadas por el convenio colectivo, sino tan sólo una de ellas y, en ocasiones, quien no resulta ser empresario de los trabajadores a los que se aplica el convenio. En esta línea, los convenios colectivos aplicables al personal laboral de los diferentes Departamentos ministeriales y Organismos Autónomos dependientes son negociados, del lado empresarial, por representantes del Ministerio correspondiente²⁰⁰. Algo parecido cabría decir también de los convenios colectivos del personal laboral al servicio de la Administración Pública de las C.C.A.A., Organismos Autónomos y empresas públicas dependientes, ya

²⁰⁰. Así sucede, por ejemplo, con el Convenio colectivo para el personal del M.O.P.U. (1.990-1.991-1.992) suscrito el 12 de junio de 1.990 por representantes del Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo y por el Comité Intercentros del citado Departamento ministerial, aplicable al "personal que preste sus servicios en el Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo, tanto en los Servicios Centrales y Periféricos como en Organismos Autónomos" (art. 1) (B.O.E. 19-julio-1.990). También es el caso del convenio colectivo para el personal laboral del Ministerio de Cultura suscrito entre representantes de cultura y las centrales sindicales C.S.I.F. y C.C.O.O., siendo aplicable "a todo el personal dependiente de los Servicios de todo el Departamento, así como en sus diferentes Organismos Autónomos, quedando excluido, sin embargo, aquel personal laboral que tenga convenio específico" (art. 2) (B.O.E. 10-marzo-1.990). En cambio, el convenio colectivo para el personal laboral del Ministerio de Sanidad y Consumo y del Organismo Autónomo Instituto Nacional de Consumo fué suscrito el 17 de enero de 1.991 por representantes del Ministerio de Sanidad y Consumo y del citado Organismo Autónomo y por miembros del comité de empresa y Delegados de Personal del citado Departamento ministerial y Organismo Autónomo (B.O.E. 11-2-1.991).

Las unidades

que tratándose de algo más que de un convenio de empresa, normalmente son suscritos entre representantes de la Administración Pública correspondiente -sin presencia de los organismos y empresas públicas- y las centrales sindicales²⁰¹.

Las consecuencias negativas de este incumplimiento generalizado de la normativa del E.T. a la hora de negociar convenios colectivos en el seno de la Administración Pública consistirán, sin duda, en la pérdida del carácter estatutario pretendido, reduciéndose su eficacia a los representados por las partes firmantes o, incluso, al límite, perdiendo posiblemente todo tipo de eficacia por haber sido negociado por quien no era

²⁰¹. Así ocurre, por ejemplo, con el convenio para el personal laboral al servicio de la Junta de Extremadura suscrito el 16 de julio de 1.986, en cuyo ámbito de aplicación se señalaba que "regulará las relaciones jurídicas del personal que presta su trabajo en la Junta de Extremadura, sus Organismos Autónomos, Empresas públicas y cualesquiera otras personas de ella dependientes" (B.O.E. 26-9-1.986). Otro tanto sucede con el Convenio para el personal laboral al servicio de la Generalidad Valenciana suscrito el 20 de diciembre de 1.985, aplicable "al personal con relación jurídico laboral que preste servicios para la Generalidad Valenciana en los distintos centros, organismos, instituciones y empresas dependientes de las mismas" (art. 2).

Oros convenios establecen un ámbito funcional mucho más matizado, utilizando la técnica de la adhesión. Así, el posterior convenio colectivo para el personal laboral de la Generalidad Valenciana, suscrito el 26 de abril de 1.988, entre la Generalitat Valenciana y las Centrales sindicales, señala su aplicación "al personal que, bajo cualquier tipo de relación jurídico laboral, preste sus servicios a la Generalitat Valenciana, ya sean en los centros de trabajo existentes en la actualidad o en aquellos que durante la vigencia del mismo puedan crearse o transferirse. De igual forma será de aplicación al personal laboral dependiente de Organismos e Instituciones e igualmente afectará a las empresas públicas dependientes de la Generalidad Valenciana que acuerden y soliciten su adhesión de acuerdo con el art. 92 del E.T." (D.O. 10-6-1.988). En la misma línea, el convenio colectivo para el personal laboral de la Generalidad de Cataluña, vigente desde el 1 de enero de 1.988 hasta el 31 de diciembre de 1.989, excluye de su ámbito de aplicación "al personal que presta sus servicios en empresas de carácter público, creadas por la Generalidad de Cataluña, excepto pacto de adhesión expreso" (D.O. 29-12-1.989).

Las unidades

empresario de los trabajadores afectados²⁰².

7. Podría, no obstante, pensarse en la posibilidad de dar el tratamiento de convenio de empresa a los convenios de aplicación exclusiva al personal laboral de las Administraciones Públicas (estatal, autonómica o local) y sus Organismos Autónomos. A este respecto, conviene traer de nuevo a colación lo dicho anteriormente sobre las relaciones existentes entre los Organismos Autónomos y su fundador. Así, en primer lugar, los Organismos Autónomos están integrados en la organización de su fundador. En segundo lugar, la personalidad jurídica del Organismo Autónomo ad intra, en sus relaciones con el fundador, es más ilusoria que real. Y, en tercer lugar, que los Organismos Autónomos siguen los mismos criterios que las Administraciones Públicas en materia de personal, estando todo su personal, tanto funcionario como laboral, bajo la dependencia orgánica de los órganos superiores de la Función Pública.

Teniendo en cuenta todo ello, no parece irrazonable dar el tratamiento de un convenio de empresa al aplicable a los funcionarios de un Departamento ministerial y de sus Organismos Autónomos. De aceptarse este planteamiento, habría que entender que los convenios colectivos antes citados son conformes con la normativa del E.T., pues, del lado empresarial, han sido negociados

²⁰². En este sentido, SALA FRANCO, T., op. utl. cit., pág. 58.

Las unidades

por el responsable en materia de personal de la Administración en este ámbito.

No obstante, esta tesis encuentra un escollo interpretativo, cuya superación requiere un esfuerzo adicional. En efecto, en este caso del lado de los trabajadores, deberían negociar las distintas secciones sindicales de empresa o los distintos comités de las distintas empresas en los términos previstos en el art. 87.1 del E.T. Sucede, sin embargo, que en la práctica, a excepción de la negociación colectiva desarrollada en las Comunidades Autónomas uniprovinciales²⁰³ y en la Administración Local, no negocian éstas, sino los sindicatos. Las consecuencias negativas de este incumplimiento generalizado de la normativa del E.T. a la hora de negociar convenios colectivos en el seno de la Administración Pública consistirán, si se realiza una interpretación literal de la Ley, en la pérdida del carácter estatutario pretendido. Podría, no obstante, pensarse en la posibilidad de adaptar esta regulación a la Administración Pública. La gran dimensión de ésta hace ciertamente difícil el cumplimiento del art. 87 del E.T. De ahí, que, acudiendo a una interpretación sistemática e integradora que lo ponga en relación con las previsiones normativas en materia de

²⁰³. Esto viene ocurriendo, por ejemplo, con los convenios colectivos para el personal laboral al servicio de la Comunidad Autónoma de Madrid. Así, el convenio colectivo para el personal laboral al servicio de los Centros e Institutos y Servicios, dependientes de la Comunidad de Madrid, suscrito por la representación legal de la Comunidad de Madrid y por los miembros de los Comités de Empresa y Delegados de Personal de C.C.O.O. y representantes sindicales de U.G.T. (B.O. 22-8-1.988).

Las unidades

organización administrativa, quepa reconocer la legitimación negocial a los entes representativos entre los trabajadores, con independencia de que se trate de sindicatos o, en su caso, de secciones sindicales y comités de empresa²⁰⁴.

2. Problemas de aplicación de los convenios sectoriales.

8. Se presentan también problemas en cuanto a la aplicación a la Administración Pública de los convenios colectivos sectoriales, cuando no existe convenio colectivo propio²⁰⁵. Estos problemas no se plantean respecto de la aplicabilidad jurídica del convenio sectorial, tema sobre el que no existe duda dada la ausencia de norma expresa en contrario en parte alguna del Ordenamiento. Los problemas surgen de la difícil aplicación práctica de un convenio colectivo sectorial negociado por asociaciones de empresarios privados en las que la Administración no participa.

La única solución que tiene la Administración para evitar la

²⁰⁴. En esta línea, la S.T.S. de 4 de octubre de 1.988 afirma que: "si bien no cabe duda que la Comunidad Autónoma de la Rioja es el único empresario de todos los trabajadores que prestan sus servicios, mediante contrato de trabajo, a dicha Comunidad sería irreal asegurar que todos los centros, lugares, servicios y dependencias de cualquier género tales como Hospitales, Centros de Enseñanza, servicios de obras, etc. donde se desarrollan, constituyan una sola empresa, tales centros constituyen un conjunto de actividades integrantes de un sector laboral, el público que corresponde a la naturaleza y fines de la Entidad en que se aglutinan". Por ello, admitirá la naturaleza estatutaria del Convenio Colectivo para el Personal Laboral de dicha Comunidad Autónoma firmado el 17 de junio de 1.986 entre varios sindicatos y la representación legal de dicha Comunidad.

²⁰⁵. Véanse las reflexiones de SALA FRANCO, T., Incidencia..., cit., pág. 59.

aplicación del convenio de sector es la de negociar un convenio colectivo propio en el momento procesal oportuno, esto es, respetando el principio de no concurrencia del art. 84 del E.T. y esperando a que se denuncie en tiempo y forma el convenio sectorial aplicable²⁰⁶. Podría, no obstante, pensarse en entender inaplicable a la Administración Pública un convenio colectivo de tales características por haber optado por una "unidad de negociación irrazonable"²⁰⁷.

3. El contenido de la negociación.

9. Un tercer orden de problemas se presenta en cuanto al contenido de los convenios colectivos que afectan al servicio de la Administración Pública, problemas cuya solución ha llegado a crear verdaderas normas especiales sobre la materia. En efecto, la Administración Pública "actúa con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho" (arts. 103.1 C.E.), la Ley, se entiende, en su concepto material. Y, de acuerdo con el art. 3.1 del E.T., el convenio colectivo debe respetar la Ley, lo que implica que el convenio colectivo no puede modificar lo que la norma estatal considera inmodificable; y puede modificar lo que la norma estatal considera

²⁰⁶. Así, SALA FRANCO, T., op. ult. cit., pág. 60.

²⁰⁷. En este sentido, se manifiesta SALA FRANCO, T., Incidencia..., cit., pág. 60, a partir de la doctrina jurisprudencial contenida en las S.S.T.C.T. de 17 de diciembre de 1.982, de 8 de febrero, de 10 de octubre de 1.983 y de 13 de marzo de 1.989.

Las unidades

modificable y en el sentido en que aquélla lo permite, que puede ser sólo a ciertos efectos (mejorar para el trabajador la condición de que que trate) o en todo (plena disponibilidad). Pues bien, aunque los trabajadores de las Administraciones Públicas se rigen también por la legislación laboral, de suerte que, en principio, la autonomía negocial de las Administraciones Públicas puede equipararse con la autonomía negocial de un empresario privado. Debe significarse, sin embargo, que el régimen jurídico aplicable al personal laboral de las Administraciones Públicas ha sido completado con otras disposiciones legales y reglamentarias que establecen otros límites a la voluntad negocial de las A.A.P.P.

Las normas que encauzan y limitan dicha voluntad son las siguientes: en primer lugar, la L.M.R.F.P. y sus disposiciones complementarias; en segundo lugar, las normas presupuestarias.

3.1. La Ley 30/84, de 2 de agosto de Medidas para la Reforma de la Función Pública y sus normas complementarias.

10. A este respecto, conviene recordar que la L.M.R.F.P. incluye al personal laboral al servicio de la Administración dentro de su ámbito de aplicación (art. 1.1). Y, en este sentido, establece reglas sustanciales en algunos aspectos, que no en todos, de las relaciones jurídicas de este personal.

Las unidades

Cabe señalar en este sentido hasta nueve aspectos jurídico-laborales que reciben un tratamiento específico en la Administración²⁰⁸:

1º) El art. 28 de la L.M.R.F.P. establece reglas específicas sobre la racionalización de las plantillas de personal laboral.

2º) El art. 3.2.g), en relación con el art. 12, que regulan la oferta de empleo público, se refieren no sólo a las plazas vacantes de funcionarios públicos sino también a las de personal laboral, que serán ofertadas cada año. Así, los Reales Decretos, que regulan las ofertas de empleo público, ofertan conjuntamente las vacantes del personal funcionario y personal laboral dotadas en los correspondientes Presupuestos Generales del Estado para cada año, detallándose en el Anexo I las plazas pertenecientes a cuerpos y escalas de funcionarios y en el Anexo II las que corresponden al personal laboral.

3º) El art. 14 determina las dotaciones presupuestarias de las plantillas de todo el personal de las Administraciones Públicas, funcional y laboral.

²⁰⁸. Sobre la normativa administrativa que resulta aplicable al personal laboral al servicio de las A.A.P.P. ver MAIRAL JIMENEZ, M., El Derecho Constitucional a la igualdad en las Relaciones Jurídicas de Empleo Público (un estudio de los problemas jurídicos derivados de la dualidad de regímenes normativos aplicables al personal al servicio de las Administraciones Públicas), 1.990, págs. 18 y ss.

Las unidades

4º) Los arts. 15 y 16 de la L.M.R.F.P. regulan el sistema de valoración de puestos. La ordenación de todo el personal al servicio de la Administración Pública, independientemente de la naturaleza jurídica de su relación de empleo, se verifica, a través de un mismo instrumento, las relaciones de puestos de trabajo (en adelante R.P.T.). Las R.P.T. constituyen el "instrumento técnico a través del cual se realiza la ordenación de todo el personal de acuerdo con las necesidades de los servicios, y se precisan los requisitos para (su) desempeño". Las R.P.T. constituyen el eje sobre el que descansa la regulación de otros importantes aspectos del régimen jurídico del personal laboral al servicio de las A.A.P.P., como el sistema retributivo, el número y características de los puestos que pueden ser ocupados por personal laboral (art. 15.1.a) L.M.R.F.P.), el sistema de provisión de puestos de trabajo y la carrera profesional²⁰⁹.

5º) El art. 19.1 de la L.M.R.F.P., en aplicación de los arts. 23.2 y 103.2 de la Constitución, regula la selección del personal laboral. A este respecto, el citado precepto establece, con el carácter de norma básica, -esto es, aplicable a las Comunidades

²⁰⁹. Vid. MARTIN PUEBLA, E., La problemática aplicación del Derecho del Trabajo en el seno de la Administración Pública", R.L., núm. 1, 1.990, págs. 12 y ss. En este sentido, como señalan SALA FRANCO, T. y RAMIREZ MARTINEZ, J.M., "La carrera profesional del personal laboral de la Administración Pública", D.A., núm. 210-211, 1.987, pág. 174, la clasificación de puestos de trabajo condiciona la movilidad horizontal y, sobre todo, la movilidad vertical ascendente, dado que si son pocos los puestos clasificados como laborales o si se reducen a puestos clasificados al mismo nivel no habrá posibilidad de ascensos por inexistencia de puestos superiores (atribuidos, por ejemplo, a los funcionarios públicos).

Las unidades

Autónomas y a la Administración Local además de a la Administración del Estado-, que "las Administraciones Públicas seleccionan su personal, ya sea funcionarial, ya sea laboral, de acuerdo con la oferta de empleo público, mediante convocatoria pública y a través del sistema de concurso, oposición o concurso oposición libre en los que se garanticen en todo caso los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, así como el de publicidad". A este respecto, la selección de personal laboral, ya sea fijo, ya sea temporal, debe realizarse conforme a lo previsto en el R.D. 2.223/1.984 y de acuerdo con los criterios generales de selección que se fijan por el Ministro para las Administraciones Públicas.

6º) Otro tanto, ocurre con la contratación temporal. En principio, la Administración, como la empresa privada, puede contratar laboralmente personal con carácter temporal. En efecto, el art. 32 del R.D. 2.223/1.984 establece que "los Departamentos Ministeriales podrán proceder a la contratación de personal laboral de duración determinada para la realización de trabajos que no puedan ser atendidos por personal laboral fijo. Dichos contratos se celebrarán ajustándose a las normas de general aplicación en la contratación de este tipo de personal laboral". Pero si bien el régimen jurídico de tales relaciones es, en principio, el establecido en las normas de derecho laboral, según dispone la norma citada, esto no es, sin embargo, exactamente cierto, dado que en materia de contratación y extinción existen peculiaridades,

justificadas porque estos aspectos jurídicos laborales se encuentran imbrincados con el principio de igualdad de acceso al empleo público consagrado en el art. 32.2 de la Constitución²¹⁰.

7º) Asimismo, la disposición transitoria decimoquinta establece determinadas medidas en relación con el personal laboral que se vea afectado por la reclasificación de puestos de trabajo. En este sentido, dispone que la reclasificación del puesto no implicará el cese del laboral que viniera desempeñando el puesto reclasificado como funcionarial y prevé facilidades para que éste acceda a la Función Pública.

8º) La L.I., como se ha visto, es aplicable a todo el personal que preste sus servicios en la Administración, cualquiera que sea la naturaleza jurídica de la relación de empleo, es decir, que se trata de una norma no sólo aplicable a los funcionarios sino también a los contratados laborales. De esta forma, la legislación laboral general ha sido completada por una ley, que establece en punto al pluriempleo prohibiciones y limitaciones concretas y específicas para el personal laboral al servicio de la Administración Pública²¹¹.

²¹⁰. Ver, por todos, MARTIN PUEBLA, E., op. ult. cit., págs. 20 y ss.; SALA FRANCO, T., "La contratación temporal en la Administración Pública", Poder Judicial, núm. 3, 1.986, pág. 159.

²¹¹. SALA FRANCO, T., y RAMIREZ MARTINEZ, J.M., "la carrera...", cit., pág. 190.

Las unidades

9º) Por último, aunque el personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas está excluido del ámbito de aplicación de la L.O.R.A.P., dicha exclusión no es total, en tanto que existen dos disposiciones que también afectan a este personal. En primer lugar, los arts. 39 y 40 que les reconocen un derecho a añadir a los contemplados en la normativa laboral, a saber el derecho de participación "institucional" en el C.S.F.P. y en los órganos que creen otras Administraciones Públicas, que extraen su representatividad del Título II del E.T. en relación a los órganos unitarios del personal laboral al servicio de la Administración. En segundo lugar, la Disposición Adicional 5ª, como veremos en su lugar, adapta al ámbito de las Administraciones Públicas, y en relación a su personal laboral, el concepto de centro de trabajo que define el art. 1.5 del E.T.

Así pues, todos estos aspectos jurídico-laborales reciben un tratamiento específico en la Administración. Esta circunstancia impide que pueda equipararse la autonomía negocial de la Administración con la autonomía negocial de un empresario privado. De este modo, y por citar un ejemplo, la Administración, a diferencia de las empresas, privadas o estatales, no pueden a través de la negociación colectiva garantizar a los contratados laborales interinos la continuidad y la vinculación actual en su puesto de trabajo, hasta el momento en que éstos puedan consolidar

la plaza²¹².

3.2. Las Leyes presupuestarias.

12. Las Leyes presupuestarias también contienen reglas que encauzan y limitan la voluntad negocial de la Administración en materia de incrementos salariales y de Seguridad Social complementaria.

3.2.1. Las limitaciones en materia de incrementos salariales.

13. Las leyes de Presupuestos de los últimos años vienen estableciendo limitaciones a los incrementos salariales del personal laboral al servicio de la Administración²¹³. Así, el art. 21 de la Ley 31/1.991, de 30 de diciembre, de Presupuestos Para 1.992 dispone que "con efectos de 1 de enero de 1.992, la masa

²¹². Véase la sentencia de 12 de noviembre de 1.990 del Juzgado de lo Social nº 19 de Barcelona comentada por GARCIA FERNANDEZ, M., "Capacidad convencional de las Administraciones Públicas", A.L., núm. 6, 1.991, págs. 281 y ss. En esta misma línea, se puede subrayar la S.T.S. de 9 de julio de 1.991, donde se afirma que: "es claro que la regulación contenida en la disposición adicional quinta de la Ley 9/1.987 se impone como regulación unitaria de carácter general y de derecho necesario, en cuanto propugna un sistema uniforme "en adecuación a las actividades y organización específica de la Administración Pública" en todas las elecciones a representantes del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas, sin que frente a ella puedan prevalecer regulaciones pretendidamente especiales como la que aquí se invoca, y respecto a la que sería también cuestionable su carácter de regulación materialmente especial en cuanto se limita a remitirse a las normas generales del Título II del E.T. "

²¹³. Vid., por todo, DE LA VILLA, L.E. y GALIANA BECEDAS, G., "Limitaciones salariales y negociación colectiva: Acerca de la constitucionalidad de la Ley 44/1.983", R.L., núm. 3, 1.985, págs. 447 y ss; MORENO VIDA, m^a.N., "Intervencionismo estatal en la negociación colectiva a través de la fijación de topes salariales máximos"; SALA FRANCO, T., Inicidencia..., cit., págs. 60 y ss.

Las unidades

salarial del personal laboral de los Entes y Organismos que se indican en el artículo anterior no podrá experimentar un incremento global superior al 5 por 100, comprendido en dicho porcentaje el de todos los conceptos, sin perjuicio del que pudiera derivarse de la consecución de los objetivos asignados a cada Ente u Organismo mediante el incremento de la productividad o modificación de los sistemas de organización del trabajo o clasificación profesional". Ello significa que las partes negociadoras se encontrarán vinculadas por este tope legal, no pudiendo pactar una masa salarial por encima del máximo establecido²¹⁴. Y si lo hicieran, incurrirían en ilegalidad, la cual constituye una de las causas de impugnación judicial de oficio del convenio colectivo por parte de la autoridad laboral previstas en el art. 90.5 del E.T.

3.2.2. Las limitaciones en materia de seguridad social complementaria.

14. Las Leyes de Presupuestos no se limitan a establecer topes máximos a los incrementos salariales a la negociación colectiva en el ámbito de la Administración Pública, sino que

²¹⁴. Así, SALA FRANCO, T., Incidencia..., cit., pág. 61. En este sentido, la S.T.S.J. de 12 de abril de 1.991 dice que: "...La Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1.989, establece que la masa salarial del personal laboral de los entes que se indican en el número anterior no podía experimentar un incremento global superior al 4 por 100, precepto de contiene una norma de carácter imperativo que obliga a los Organismos Públicos y, concretamente, a la empresa demandada que tiene la condición de Organismo Autónomo, dependiente del Ministerio de Transportes, Turismo y Comunicaciones, produciendo el efecto de modificar el incremento retributivo pactado en el convenio que queda sustituido, para los trabajadores de dicho Organismo Autónomo por el porcentaje máximo impuesto por la ley..".

Las unidades

establecen además otras limitaciones al contenido negocial de los convenios colectivos en tema de seguridad social complementaria²¹⁵. En efecto, con el precedente de la Disposición Adicional 48.1 de la Ley de Presupuestos para 1.986, que limitaba las posibilidades de que en la Administración Pública pudiesen existir sistemas de previsión social distinta o complementaria de la Seguridad Social obligatoria, a partir de la Ley de Presupuestos para 1.987 (disposición adicional primera) con continuidad en la Ley de Presupuestos para 1.988, se llega a prohibir su financiación con recursos públicos, salvo de forma subsidiaria y en una serie de supuestos que enumera expresamente.

Todo ello viene a significar, del lado de la negociación colectiva en la Administración Pública, la prohibición legal de pactar mejoras voluntarias de la acción protectora del sistema de seguridad social²¹⁶.

En definitiva, a la vista de lo expuesto, se puede concluir

²¹⁵. Véase GALIANA MORENO, J.M^a y SEMPERE NAVARRO, A.V., "La limitación legal de las mejoras voluntarias establecidas por convenio colectivo a cargo de una empresa"; SALA FRANCO, T., Incidencia..., cit., pág. 67.

²¹⁶. Hay que tener en cuenta que la disposición adicional segunda de la Ley de Presupuestos para 1.988, aunque a partir de 1.988 no se recoge en las sucesivas leyes de Presupuestos, sigue en vigor. En efecto, de acuerdo con la exposición de motivos de la Ley de Presupuestos para 1.988 aquellas disposiciones que, como en este caso, venían reiterándose en las precedentes Leyes de Presupuestos se convierten en disposiciones de vigencia indefinida, con la consecuencia inmediata de que no es necesario insertarlas en las siguientes Leyes de Presupuestos. Sobre la vigencia de las disposiciones adicionales de las Leyes de Presupuestos Generales del Estado véanse las reflexiones de PELEGRI y GIRON, J., "Las disposiciones adicionales de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1.986", Hacienda Pública, núm. 97, 1.985, págs. 481 y ss.

que la "naturaleza" del empresario también modela el contenido del derecho a la negociación colectiva laboral. Las Administraciones Públicas deben sujetarse al principio de legalidad, lo cual impide que pueda equiparse su autonomía contractual con la de los empresarios²¹⁷.

4. El procedimiento de negociación.

15. La cuarta especialidad aplicativa se plantea respecto al procedimiento negocial²¹⁸. Las Leyes de Presupuestos también vienen estableciendo límites a la libertad de negociación en la Administración Pública en cuanto al procedimiento de negociación. Así, el art. 37 de la Ley 31/1.991, de 30 de diciembre, de Presupuestos para 1.992 establece que será preciso informe favorable conjunto del Ministerio para las Administraciones Públicas y de Economía y Hacienda para proceder a determinar o modificar las condiciones retributivas del personal no funcionario y laboral al servicio de la Administración del Estado y sus Organismos Autónomos. A estos efectos, se entiende por "modificación o determinación" de las condiciones retributivas",

²¹⁷. En este mismo sentido, GARCIA FERNANDEZ, M., "Capacidad...", cit., pág. 283. La sentencia del Juzgado de lo Social nº 19 de Barcelona, citado en el anterior artículo afirma que: "La Administración Pública no es en modo alguno una empresa privada. De dicha afirmación se infiere que la misma tiene unos límites en su actuación marcados por la regulación constitucional y administrativa, dichos límites marcan necesariamente la capacidad negociadora de dicha Administración, consecuencia que aquí interesa destacar a la vista del caso planteado..".

²¹⁸. Veáanse las reflexiones de SALA FRANCO, T., Incidencia..., cit., págs. 70 y ss.

Las unidades

entre otras, las siguientes actuaciones: a) La firma de convenios propios así como de sus revisiones y las adhesiones o extensiones de los mismos; b) La aplicación de convenios colectivos de ámbito sectorial, así como sus revisiones y las adhesiones o extensiones a los mismos. Para ello, los Departamentos, organismos y entes afectados por el convenio deberán remitir a los Ministerios antes indicados, con carácter previo a su firma, el correspondiente proyecto, acompañando la valoración de todos sus aspectos económicos. El informe será evacuado en el plazo máximo de quince días, a contar desde la fecha de recepción del proyecto y de su valoración y versará sobre todos aquellos extremos de los que se deriven consecuencias directas o indirectas en materia de gasto público, tanto para el año 1.992 como para ejercicios futuros y, especialmente, en lo que se refiere a la determinación de la masa salarial correspondiente y el control de su crecimiento.

La ley sanciona con la nulidad a los acuerdos adoptados en esta materia con omisión del trámite de informe o en contra de un informe desfavorable. Asimismo declara nulos de pleno derecho "los pactos que impliquen crecimientos salariales para ejercicios sucesivos contrarios a lo que determinen las futuras Leyes de Presupuestos".

Aunque el trámite exigido por la ley, resulta de fácil

Las unidades

cumplimiento en el caso de convenios colectivos propios, no lo es tanto en el supuesto de convenios de ámbito sectorial aplicables a la Administración Pública. En estos casos, habrá que entender, como ha señalado la doctrina laboral²¹⁹, que el convenio colectivo sectorial será válido pese a no haberse solicitado previamente los informes ministeriales. Cosa distinta es que se aplique a la Administración Pública, pues la ley dispone que "no podrán autorizarse gastos derivados de la aplicación de las retribuciones para 1.992 sin el cumplimiento de los requisitos establecidos en el presente artículo". Por consiguiente, en este supuesto y en caso de informe desfavorable, la Administración se verá obligada a descolgarse de las unidades de negociación compartidas con el sector privado.

5. La vigencia temporal de los convenios colectivos.

16. Una quinta especialidad en materia de negociación reside en la limitación temporal a que está sometida la negociación colectiva del personal laboral de la Administración Pública como consecuencia del carácter anual de las leyes presupuestarias. En efecto, las leyes presupuestarias tienen una vigencia anual y, por tanto, los convenios colectivos negociados no sólo deberán someterse a los límites presupuestarios vigentes, sino que, además,

²¹⁹. SALA FRANCO, T., op. ult. cit., pág. 71.

Las unidades

no podrán programar salarios para dos o más años, y que de hacerlo, el conflicto entre la norma legal y la convencional habrá de ser resuelto a favor de la ley por su carácter de máximo de derecho necesario, según prevé el art. 3.3 del E.T.²²⁰. Esto último ocurrirá en los supuestos de colectivos de personal laboral de las Administraciones Públicas que no tienen convenio colectivo propio y se rigen por un convenio colectivo sectorial compartido con empresas privadas.

17. Consecuencia de todo lo anterior y, sobre todo de la incidencia de las Leyes Presupuestarias, será, con toda seguridad, el voluntario descuelgue de las Administraciones Públicas de las unidades de negociación compartidas con el sector privado²²¹. Así, las Leyes Presupuestarias no se reducen solamente a limitar el derecho de negociación colectiva en cuanto al contenido y procedimiento negocial sino que vienen a condicionar indirectamente la libertad de elección de las unidades de negociación. En fin, la estructura negocial del sector privado no se adapta bien a la peculiar organización de las Administraciones Públicas.

18. A la vista de todo lo dicho anteriormente, cabría hacer

²²⁰. Así, SALA FRANCO, T., Incidencia..., cit., pág. 66.

²²¹. En este sentido, SALA FRANCO, T., op. ult. cit., págs. 66-67. A este respecto, la sentencia del T.S.J.A. de 12 de abril de 1.991, señala que el tope máximo de incremento de la masa salarial fijado por la Ley de Presupuestos significa que "...para los actores, se produce una situación semejante al "descuelgue" previo en muchos convenios colectivos, aunque aquí no viene determinado por pacto, sino por imposición legal...".

Las unidades

las siguientes consideraciones generales:

1ª) La condición pública que ostenta el empleador en la Administración Pública determina que la aplicación del Título III del E.T. en el ámbito a que nos referimos plantee una serie de problemas, cuya solución ha llegado a crear verdaderas normas especiales sobre la materia. De suerte que, puede decirse que rompe la unidad del sistema de negociación colectiva y lo diversifica en razón del carácter público o privado del "sector" en que se produzca.

2ª) Las peculiaridades que caracterizan la negociación colectiva del personal laboral al servicio de la Administración Pública frente a la negociación del sector privado marcan, sin embargo, su acercamiento con la negociación colectiva del personal funcional.

3ª) Si esto es así, por qué no sortear la dualidad de sistemas de negociación colectiva mediante la integración de todo el personal funcionario y laboral al servicio de una misma Administración dentro de una única mesa de negociación.

III. EL EJERCICIO CONJUNTO DEL DERECHO DE NEGOCIACION
COLECTIVA DE LOS TRABAJADORES Y FUNCIONARIOS AL SERVICIO DE LAS
A.A.P.P.

Las unidades

19. A pesar de la inexistencia de un marco legal que proporcionara cobertura a la negociación colectiva de los funcionarios, en la práctica se han celebrado numerosos convenios entre los entes públicos y los representantes de su personal, tanto laboral como funcionarios. Estos acuerdos han tenido lugar principalmente en el ámbito de la Administración Local y, tras la L.O.R.A.P., se han extendido al ámbito de la Administración del Estado y de las C.C.A.A.

Centrándonos en los entes locales, estas prácticas se han articulado a través de negociaciones anuales entre la Administración municipal y los representantes del personal, y han versado fundamentalmente sobre distribución de aumentos retributivos, aunque se han extendido también a otros temas tales como horarios de trabajo, permisos y licencias.., etc. Algunos convenios han regulado materias de más entidad, como sistemas de promoción, régimen disciplinario o derechos sindicales. Estos convenios, finalmente eran elevados a Acuerdo plenario de la entidad local correspondiente, a fin de otorgarles valor jurídico vinculante.

Esta práctica de que hablamos se ha dado específicamente en los Ayuntamientos vascos, en los que se ha celebrado anualmente un Acuerdo marco entre los representantes sindicales del personal, los principales partidos políticos y las Administraciones Públicas.

Las unidades

Dicho Acuerdo marco era posteriormente asumido por el Gobierno vasco mediante Decretos -como el declarado inconstitucional por la S.T.C.O. de 27 de julio de 1.982- y aplicado de manera generalizada por los Ayuntamientos de esa Comunidad. Estos Acuerdos y Convenios eran sistemáticamente suspendidos o impugnados por los Gobernadores civiles, lo que dió lugar a una reiterada jurisprudencia anulatoria de los mismos.

Tras la L.O.R.A.P., y aprovechando los cauces del sistema de negociación diseñado en esta Ley, esta práctica se ha extendido al ámbito de la Administración del Estado y de las C.C.A.A. y se viene articulando, principiamente, a través de negociaciones entre la Administración Pública y los representantes de personal. Así, en la esfera estatal, después de que el Pacto entre las representaciones de la Administración del Estado y las organizaciones sindicales U.G.T., C.C.O.O. y E.L.A.-S.T.V. sobre negociación colectiva ampliase el contenido de la negociación colectiva del personal laboral dependiente de la Administración del Estado para equipararlo con el de la negociación colectiva funcionarial²²², los apartados segundo y tercero del Capítulo XIII del Título IV del

²²². La cláusula primera del citado Pacto, que fué publicado en el B.O.E. de 20 de junio de 1.990, establece que será objeto de negociación, entre otras: el incremento de la cuantía global de la masa salarial del personal laboral dependiente de la Administración del Estado, que proceda incluir en el Proyecto de Ley de Presupuestos de cada año; el Plan anual de oferta de empleo público para el personal laboral de la Administración del Estado, los programas de formación que deban desarrollarse con carácter general, o en su caso, departamental; y la determinación de los criterios generales a partir de los cuales se desarrollará la articulación de la negociación colectiva en el sector.

Las unidades

A.M.A. disponen que la Mesa general negociará las condiciones de trabajo que afecten a todos los "empleados públicos" de la Administración del Estado y las Mesas sectoriales las condiciones específicas del personal funcionario, laboral o estatutario del correspondiente sector.

Otro tanto ocurre con la negociación colectiva del personal laboral y funcionarial al servicio de la Administración Pública del País Vasco y sus Organismos Autónomos. En principio, el ordenamiento jurídico autonómico parte del principio de separación de los sistemas de negociación colectiva laboral y funcionarial. En efecto, el Decreto 304/1.987, donde se regula el sistema de negociación colectiva funcionarial excluye de su ámbito de aplicación y, por ende, de la base representable por las Mesas de negociación previstas en él, al personal laboral al Servicio de las Administraciones Públicas de la Comunidad Autónoma Vasca, que se someterán a la legislación laboral (art. 1.2). Sin embargo, los Acuerdos, tanto generales como sectoriales, incluyen dentro de su ámbito de aplicación al personal laboral al servicio de la Administración Pública de la Comunidad Vasca²²³. Además, el art.

²²³. Así, los Acuerdos de regulación de las condiciones de trabajo del personal al servicio de la Administración Pública de dicha Comunidad para 1.988, 1.989 y 1.990, en su respectivo art. 2.1.b9, excluyen de su ámbito al "personal laboral sujeto a Convenio o Acuerdo. Más claros a este respecto, son los Acuerdos de regulación de condiciones de trabajo del personal del Servicio Vasco de Salud, pues, expresamente, incluyen dentro de su ámbito personal a "los contratados indefinidos en régimen de derecho laboral que ocupen puestos de trabajo fijos en los centros del Organismo" y dispone la aplicación al personal contratado en régimen laboral de duración determinada de las retribuciones correspondientes a su categoría profesional y la jornada establecida en ellos, así como lo referente a licencias y permisos. Algo parecido con la negociación colectiva del personal al servicio de la

Las unidades

17.1 del Decreto 304/1.987, en su nueva redacción proporcionada por el Decreto 228/1.990, dispone que "podrá constituirse, previo acuerdo alcanzado {...} una Mesa de Negociación para la determinación de las retribuciones y condiciones de trabajo de los empleados públicos al servicio de diferentes Administraciones Públicas"²²⁴. El concepto genérico de "empleados públicos" parece incluir tanto a los funcionarios de aquellas como al personal contratado laboralmente.

En otras ocasiones la consideración conjunta del personal laboral y funcionario tiene lugar en el marco de la concertación social. Así, el Acuerdo de concertación social, suscrito el 26 de febrero de 1.990 entre la Junta de Andalucía y U.G.T. y C.C.O.O., reconoce al personal funcionario y laboral dependiente de la Junta de Andalucía una paga en compensación por las desviaciones producidas entre el I.P.C. previsto y el registrado en 1.989 y dispone una cláusula de revisión salarial de carácter anual en

Administración Pública de la Comunidad de Cantabria. Así, verbigracia, el Acuerdo suscrito entre la Organizaciones sindicales y la Administración de la Diputación Regional para mejora de las condiciones socio-económicas y de participación para 1.990, dispone que está incluido dentro de su ámbito de aplicación "todo el personal al servicio de la Administración de la Diputación Regional de Cantabria y de sus Organismos Autónomos" (cláusula 1ª).

²²⁴. En esta misma línea, el Acuerdo marco suscrito por la Xunta de Galicia y las organizaciones sindicales U.G.T., C.C.O.O., C.X.I.G. y I.N.T.G. dispone que: "el marco en el que se dearrollará este derecho de negociación colectiva serán las mesas de negociación creadas al amparo de lo dispuesto en la Ley 9/1.987, la Mesa del Convenio del Personal laboral y cualquier otra que pueda crearse de común acuerdo entre la Administración y las centrales sindicales en la Mesa General de Negociación y/o el Comité Intercentros del Personal laboral, garantizándose siempre la participación en todas las negociaciones sindicales integrantes de la Mesa General y/o del Comité Intercentros del Personal laboral" (D.O. de 5 de septiembre de 1.990)..

Las unidades

relación con los empleados públicos para el supuesto de que el I.P.C. previsto sea superado por el I.P.C. registrado en el ejercicio.

20. Vista la tendencia, es necesario estudiar este tema a fin de dilucidar si esta combinación de personal funcionario y laboral dentro de una misma mesa de negociación es legalmente posible y, de serlo, con qué límites.

A este respecto, conviene recordar la sentencia de 27 de julio de 1.982, que declaró inconstitucional el Decreto Vasco 83/1.981, de 15 de julio. En ella el Tribunal Constitucional afirmó que: "de la legislación vigente no es posible racionalmente inducir un principio básico que no sea el del tratamiento no unitario por diferenciado entre funcionarios y personal laboral al servicio de las Corporaciones Locales, y que en la actualidad la negociación colectiva de las condiciones de trabajo del personal vinculado a cualquiera de las Administraciones Públicas, sólo es posible legalmente cuando se trate del personal sometido al Derecho laboral pero no, en cambio, en relación al personal vinculado de Derecho administrativo, sea funcionario en cualquiera de sus modalidades - de carrera o empleo- o asimilado, por tener una relación funcional sujeta a esta última rama del derecho, donde no está admitido tal sistema por ausencia de aceptación y regulación y por contradecir el régimen legalmente establecido". Por ello, el

Las unidades

Decreto 83/1.981, al incluir dentro del concepto genérico de personal, a los funcionarios y al personal laboral, "infringe las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos...".

Esta posición del Tribunal Constitucional nos parece tener un fundamento sólido, pero no creemos, sin embargo, que exprese una opinión definitiva. En esta sentencia el Tribunal afirma que los funcionarios públicos no tienen garantizado ni constitucional ni legalmente el derecho a la negociación colectiva. Siendo esto así, era inevitable que el Tribunal Constitucional rechazara el principio de equiparación de sistemas de negociación entre el personal laboral y funcionario dependiente de la Administración Pública.

21. Ahora bien, una vez se ha reconocido el derecho a la negociación colectiva de los funcionarios, se abre una perspectiva nueva ante el tema. Seguramente todo reside en una cuestión de medida o de límites. En relación con la posibilidad de sortear en la práctica la concurrencia de sistemas de negociación en la Administración Pública a través de la negociación conjunta del personal laboral y funcional, debe distinguirse según el aspecto que se tome en consideración. Hay que advertir que el análisis que sigue toma como punto de referencia a la Administración del Estado. Ello no obstante, las conclusiones que se extraen del mismo son trasladables con las adaptaciones pertinentes al ámbito de las

C.C.A.A. y las E.E.L.L.

1. Los sujetos negociadores.

22. Desde la perspectiva subjetiva, en principio, nada se puede objetar a que se produzca este tipo de combinación. Por lo que respecta a la representación de las A.A.P.P., porque los máximos responsables en materia de personal funcionario también lo son en relación con el personal laboral²²⁵. Esto ocurre en la Administración del Estado, donde el Gobierno, el Ministro para las A.A.P.P. y el Ministro de Economía y Hacienda forman los tres vértices esenciales sobre los que se asienta el edificio orgánico del que se dota la parte "empresarial" para hacer frente a sus relaciones no sólo con los funcionarios públicos sino también con el personal laboral²²⁶. El Gobierno "dirige la política de personal y ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria en materia de función pública de la Administración del Estado" (art. 3.1 L.M.R.F.P.) y, además, establece las instrucciones a que deberá atenerse la representación de la Administración del Estado en la negociación colectiva con la representación de los funcionarios y

²²⁵. Así, MAIRAL JIMENEZ, R., op. cit., pág. 19.

²²⁶. Los órganos superiores de la Función Pública de las C.C.A.A. también tienen competencia directa tanto sobre los funcionarios públicos, como sobre el personal laboral al servicio de la Administración Pública correspondiente. Igual sucede en el ámbito local, donde corresponde al Pleno la competencia normativa en materia de personal y al Alcalde o Presidente de la Diputación la jefatura superior en relación a todo el personal de la Corporación.

Las unidades

con el personal sujeto al derecho laboral (art. 3.2.b) y c) L.M.R.F.P.). El Ministro para las A.A.P.P., al que el art. 4 L.M.R.F.P., le atribuye "el desarrollo general, la coordinación y el control de la ejecución de la política del Gobierno en materia de personal al servicio de la Administración del Estado". Finalmente, al Ministro de Economía y Hacienda le corresponde "proponer al Gobierno, en el marco de la política general económica y presupuestaria, las directrices a que deberán ajustarse los gastos de personal de la Administración del Estado" y "autorizar cualquier medida relativa al personal que pueda suponer modificaciones en el gasto" (art. 5 L.M.R.F.P.).

23. En cuanto a la representación funcionarial, tampoco se puede objetar a que se produzca este tipo de combinación, dado que son posibles los sindicatos que integran a todo el personal al servicio de la Administración Pública en una sola organización²²⁷. En efecto, la libertad de autoorganización interna de cada sindicato, como una de las manifestaciones del reconocimiento constitucional de la libertad sindical, permite que cada sindicato

²²⁷. Esta posibilidad de mezclar todas las categorías del personal al servicio de las Administraciones Públicas se despliega, además, en todo los niveles organizativos del sindicato: 1º) organización sindical compleja, en la que hipotéticamente podría integrarse una asociación compuesta exclusivamente de funcionarios junto a otras formadas por el personal laboral; 2º) organización sindical simple, entre las que puede haber tanto funcionarios como trabajadores al servicio de la Administración Pública; 3º) la sección sindical que integra en su seno a un mismo tiempo funcionarios y personal laboral. Sobre la posibilidad legal de combinar al personal laboral y funcionarial dentro de una misma sección sindical véanse las reflexiones de FERNANDEZ LOPEZ, M^a.F^a. y CRUZ VILLALON, J., "Los sindicatos en la Función Pública: Régimen jurídico y representaciones sindicales en el centro de trabajo", en A.A.V., Seminario sobre relaciones colectivas en la Función Pública, Sevilla, 1.989, pág. 224-225.

Las unidades

opte libremente por la determinación del ámbito personal que estime más adecuado; podrá libremente elegir mantener organizaciones diferenciadas, unas para el personal laboral y otras para los funcionarios que presten sus servicios en una misma Administración Pública, o bien, por el contrario, preferir la creación de un sindicato que integre a todo el personal al servicio de la Administración Pública en una sola organización.

Los problemas se plantean porque, al tratarse de un convenio de empresa, para cumplir con las exigencias de legitimación exigidas por el art. 87 del E.T., deberían negociar, del lado de los trabajadores, todas y cada una de las secciones sindicales. Este requisito resulta de fácil cumplimiento en el caso de las E.E.L.L. y C.C.A.A. uniprovinciales, pero no lo es tanto en los demás supuestos. Así sucede que en la práctica, no negocian éstas sino las centrales sindicales. Las consecuencias negativas de este incumplimiento de la normativa del E.T. consistirán, probablemente, en la pérdida del carácter estatutario pretendido, reduciéndose su eficacia a los trabajadores representados por los sindicatos firmantes. Sin embargo, como se ha visto, es posible una interpretación de la Ley adaptada a la Administración del Estado.

2. El contenido de la negociación.

24. Existen, como se ha visto, profundas diferencias en

Las unidades

cuanto al ámbito objetivo y límites de la autonomía colectiva entre los sistemas de negociación colectiva laboral y funcionarial. Estas diferencias tienen su origen en las diferencias de régimen jurídico que a nivel individual existen entre trabajadores y funcionarios.

25. Sin embargo, las diferencias en este tema entre la negociación colectiva laboral y funcionarial al servicio de la Administración Pública no son tan grandes si tenemos en cuenta las siguientes consideraciones:

En primer lugar, que existe un acercamiento entre el derecho funcionarial y el laboral en lo que respecta a la regulación de las "relaciones individuales"²²⁸.

En segundo lugar, que existe una tendencia equiparadora entre los regímenes jurídicos del personal laboral que trabaja en la Administración y de los funcionarios públicos. Ya hemos visto, como la L.M.R.F.P. y otras normas administrativas establecen un tratamiento específico sobre ciertos aspectos sustanciales del

²²⁸. Así sucede, por ejemplo, entre la normativa funcionarial relativa a la situación de servicios especiales o de permisos (arts. 29 y 30 de la L.M.R.F.P.) y la paralela normativa laboral en tema de suspensión y permisos del E.T. (arts. 37.3 y 45 y ss). Algo parecido cabría decir de la normativa laboral referente a la estructura salarial (.E.T., D.O.S.) y la normativa funcionarial en tema de estructura retributiva (art. 23.2 L.M.R.F.P.) y de las normas sobre promoción profesional y la regulación del grado personal y de los niveles de puesto de trabajo (art. 21 L.M.R.F.P.). También en cuanto a las relaciones colectivas existen importantes similitudes de régimen jurídico. Un claro exponente de este acercamiento lo constituye la Ley 8/1.992, de 30 de abril, donde se modifica el régimen de permisos a los adoptantes de un menor de cinco años concedidos por el E.T. y la L.M.R.F.P. Sobre este tema ver, entre otros, ALARCON CARACUEL, M.P., La nueva configuración legal de la relación de empleo público (funcionarios y contratados laborales), Delegación interprovincial de I.E.A., Sevilla, 1.987, pág. 24.

Las unidades

régimen jurídico de los primeros. A ello habría que añadir que estas disposiciones normativas, aún manteniendo la dualidad de regímenes normativos en el seno de la Administración -el laboral y el funcional- otorgan, no obstante, un tratamiento jurídico paralelo e, incluso, unitario en ciertos aspectos de ambas relaciones jurídicas de los propios trabajadores al servicio de las Administraciones Públicas²²⁹.

1º) Así, los arts. 27 y 28 otorgan un tratamiento paralelo a la racionalización de la estructura de los cuerpos y escalas de funcionarios y de las plantillas de personal laboral, rigiendo en ambos casos los mismos criterios, como expresamente establece el art. 28 de la L.M.R.F.P.

2º) Otros aspectos reciben un tratamiento jurídico unificado. Esto ocurre con la oferta de empleo público, donde se han de contener las plazas vacantes, tanto de funcionarios como las del personal laboral, que son ofertadas cada año (art. 3.2.g) y 18.2 L.M.R.F.P.). El art. 14 determina las dotaciones presupuestarias de las plantillas de todo el personal de las Administraciones Públicas, funcionario y laboral.

3º) Otro tanto ocurre con el sistema de valoración de puestos

²²⁹. BERMEJO CABRERO, F., "Las relaciones de puestos de trabajo y la laboralización de la Función Pública", R.E.D.A., núm. 62, 1.989, pág. 231; MAIRAL JIMENEZ, M., op. cit., págs. 18 y ss.

Las unidades

de trabajo (arts. 15 y 16 L.M.R.F.P.). En efecto, la ordenación de todo el personal al servicio de la Administración Pública independientemente de la naturaleza jurídica de su relación de empleo, se verifica, a través de un mismo instrumento, las R.P.T.

4º) También es el caso de todo lo relacionado con la selección del personal laboral. Ya se ha visto, como la legislación parte de la consideración conjunta del personal laboral y funcionarial a efectos de establecer los procedimientos de selección conforme al principio constitucional de igualdad de acceso, mérito, capacidad y publicidad de los arts. 23.2 y 103.2 de la Constitución concretables en una oferta anual de empleo público, mediante convocatoria pública y a través de unas pruebas objetivas. La L.M.R.F.P. aborda de forma conjunta el problema del acceso a los puestos de trabajo tanto por funcionarios como contratados laborales, revistiendo la selección de estos últimos las mismas garantías que la de los primeros²³⁰.

5º) Por último, la Ley 32/1.984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades intenta una construcción unitaria del régimen de incompatibilidad para los funcionarios y trabajadores del sector

²³⁰. Ver PEREZ MARTINEZ, V., "El personal laboral al servicio de la Administración y la laboralización de la Función Pública", R.E.A.L., núm. 234, 1.987, págs. 265 y ss. No obstante, como señala BERMEJO CABRERO, F., "Las relaciones de puestos de trabajo y la laborización de la Función Pública", R.E.D.A., núm. 62, 1.989, pág. 235, existe todavía una diferencia, ya que mientras los funcionarios acceden a cuerpos, el personal laboral, generalmente no agrupado en figuras análogas, accede a puestos de trabajo.

Las unidades

público²³¹. Sus normas sustantivas, procedimentales y transitorias son, en la medida de lo posible, iguales para los funcionarios y para los trabajadores.

6º) También hay que recordar que el derecho de participación "institucional" se ejerce por sindicatos que extraen su representatividad de la audiencia obtenida tanto en las elecciones a D.P. y J.P. como a los D.P. y C.E. del personal funcional y laboral al servicio de las A.A.P.P. Por otra parte, los ejes organizativos sobre los que descansa la definición de "centro de trabajo" que formula la disposición adicional 5 de la L.O.R.A.P. son parecidos a los que se siguen en la estructuración de las "unidades electorales", de forma que ello va a determinar que el ámbito de actuación de los órganos unitarios del personal laboral de las Administraciones Públicas coincida con el de las J.P y D.P. de los funcionarios públicos.

7º) Finalmente, hay que recordar que la negociación colectiva del personal laboral al servicio de la Administración Pública, al igual que la negociación del personal funcionario está sometida en materia salarial y de Seguridad Social complementaria a los dictados de las Leyes Presupuestarias. A este respecto, conviene

²³¹. Vid. ALVAREZ DE LA ROSA, J.M., "El régimen jurídico de las incompatibilidades en los contratos de trabajo del sector públicos", D.A., núm. 210-211, 1.987, pág. 233. El Tribunal Constitucional ha declarado la constitucionalidad de la L.I. en lo que expresamente supone de reconocimiento a la interrelación entre los dos órdenes jurídicos distintos que regulan la prestación de trabajo en el sector público (S.T.C.O. 154/1.989).

notar que las distintas Leyes de Presupuestos vienen estableciendo el mismo incremento máximo anual para la retribución global de funcionarios y trabajadores²³².

26. En definitiva, las normas que hemos analizado tratan al trabajador con vínculo jurídico laboral con los mismos criterios que al funcionario público en aspectos sustanciales de la relación jurídica y lo elevan de forma expresa a la categoría de personal al servicio de las Administraciones Públicas, categoría que hasta entonces era privativa del funcionario. En estos momentos ya se engloba a unos y otros (funcionarios y laborales) como personal de la Administración Pública y a unos y otros se les sujeta a limitaciones básicas de forma parecida²³³. Como consecuencia de todo lo anterior, el bloque de derecho necesario que han de respetar los dos sistemas de negociación colectiva que conviven en las A.A.P.P. -el funcionarial y el laboral- en la regulación de estas materias viene a tener idénticos contornos. Por ello, la negociación de estas materias no requiere la separación entre personal laboral y funcionarial. Al contrario, sería aconsejable la consideración conjunta de ambos colectivos en aras de los principios de igualdad, economía normativa y eficacia

²³². Así, los arts. 28.1 y 28.3 de la Ley 33/1.987, de 23 de diciembre, de Presupuestos para 1.988, los arts. 25.1 y 25.3 de la Ley 37/1.988, de Presupuestos para 1.989 o los arts. 20 y 21 de la Ley 31/1.991, de 30 de diciembre, de Presupuestos para 1.992.

²³³. MAIRAL JIMENEZ, M., op. cit., pág. 22.

administrativa.

3. El procedimiento de negociación.

27. En tema de procedimiento negocial, habría que distinguir entre la negociación colectiva del personal laboral y funcionarial. En efecto, a pesar de que a efectos organizativos internos la mesa de negociación quiera mantener un ámbito de representación que integre a un mismo tiempo a los dos tipos de personal. Al desarrollar la actividad negocial, dicha representación deberá cumplimentar los requisitos de forma dispuestos en la legislación correspondiente, que es diversa según se trate de personal laboral o funcionario: en un caso el E.T., en otro la L.O.R.A.P.

Así, en el primer caso, la parte sindical deberá representar, como mínimo, "a la mayoría absoluta de los miembros de comités de empresa y delegados de personal, en su caso...", exigido en el E.T. (art. 88.1, párrafo segundo) y adoptar los acuerdos por el "voto favorable del 60 por 100 de cada una de las dos representaciones" (art. 98.1 E.T.). De no ser este el caso, el convenio colectivo perdería el carácter estatutario pretendido, limitando su eficacia a los trabajadores representados por las centrales sindicales firmantes.

En cuanto a la negociación colectiva funcionarial, la mesa de

Las unidades

negociación deberá cumplimentar los requisitos de forma previstos en L.O.R.A.P. y normas complementarias. Así, y a diferencia de lo que sucede con la negociación colectiva laboral, en principio, será indiferente la representatividad que la parte sindical acredite en su conjunto y la mayoría alcanzada en la toma de los acuerdos. Será preceptiva, en cambio, la aprobación expresa y formal por parte del Consejo de Ministros de los acuerdos alcanzados sobre materias competencia de este órgano.

En ambos casos, será preceptivo la autorización del Ministro de Economía y Hacienda en el caso de que las retribuciones pactadas puedan suponer modificaciones en el gasto.

4. La naturaleza jurídica de los acuerdos negociales.

28. El acuerdo que se alcance en el seno de la mesa de negociación conjunta poseerá una naturaleza jurídica distinta según afecten al personal contratado laboralmente o al personal funcionario.

La parte correspondiente a los primeros tendrá la naturaleza jurídica del convenio colectivo estatutario o extraestatutario según cumpla o no las exigencias legales. Así, si cumple los requisitos de legitimación, fondo y forma que el Tít. III del E.T. establece, tendrá la naturaleza propia de los convenios colectivos

Las unidades

estatutarios, esto es, tendrá eficacia jurídica normativa y eficacia personal general. De no ser este el caso, se tratará de un convenio colectivo extraestatutario, de eficacia personal limitada a los trabajadores representados por los sindicatos firmantes y con una eficacia jurídica normativa o contractual según se acepte una u otra para los resultados de la negociación colectiva extraestatutaria, tema discutido doctrinal y jurisprudencialmente.

La parte correspondiente a las condiciones de trabajo de los funcionarios, tendrá la naturaleza propia del Acuerdo o, en su caso, del Pacto, y estarán dotados en todo caso de eficacia jurídica normativa y de eficacia personal general.

29. Ahora bien, no hay duda de cual sea el problema básico que plantea la consideración conjunta de trabajadores y funcionarios a la hora de negociar las condiciones de trabajo. Como quiera que el E.T., a diferencia de la L.O.R.A.P., hace depender la eficacia personal de los convenios colectivos de la representatividad de los sindicatos que lo negocien, puede darse la paradójica situación de que un mismo acuerdo, negociado, del lado del personal, por sindicatos globales que cuentan con un mismo grado de aceptación entre los trabajadores y funcionarios e, incluso, superior entre los primeros, tenga un alcance personal diferente respecto a unos y otros. Mientras se aplica a todos los funcionarios al servicio de la Administración Pública con

independencia de su afiliación sindical, en cambio, en cuanto convenio colectivo sólo se aplica a los trabajadores afiliados a los sindicatos firmantes. Este simple dato real, aunque podrá remediarse a través de la adhesión individual²³⁴ o colectiva, dificulta, ciertamente por hipótesis, la negociación conjunta de trabajadores y funcionarios. No dejará de plantear graves problemas, dada la generalidad de las materias objeto de negociación. En efecto, muchos de los aspectos sobre los que versarán las negociaciones (oferta de empleo público, dotaciones presupuestarias de las plantillas de personal, clasificación de los puestos de trabajo, retribuciones) deben articularse a través de instrumentos únicos para todo el personal al servicio de las Administraciones Públicas. Por consiguiente, la simultánea coexistencia de una dualidad de regímenes jurídicos para los trabajadores en el interior de la organización administrativa no dejará de mortificar el principio constitucional de la eficacia administrativa al tiempo que el de igualdad de los trabajadores frente a la Administración Pública.

4. La cobertura contractual de los acuerdos negociales.

30. El ordenamiento jurídico prevé instrumentos negociales

²³⁴. Según la jurisprudencia los convenios colectivos extraestatutarios obligan a los trabajadores representados y a los que voluntariamente se adhieran a él, expresa o implícitamente, al aceptar alguna de sus mejoras. Ver, por todas, la S.T.C.T. de 14 de junio de 1.985, la S.T.S.J. de Madrid de 9 de mayo de 1.990 y la S.T.S.J. del País Vasco de 27 de junio de 1.991.

Las unidades

distintos para materializar los acuerdos alcanzados en la negociación colectiva del personal laboral y funcional al servicio de la Administración Pública: en un caso los convenios colectivos, en otro los Pactos y Acuerdos. Estos instrumentos negociales gozan de eficacia jurídica normativa y eficacia personal general. Sin embargo, su naturaleza jurídica, como se verá, es diferente.

La cuestión reside en determinar cuál debe ser la instrumentalización de esta negociación conjunta, a la vista de la diferente naturaleza que tienen los convenios colectivos y los Pactos y Acuerdos.

31. A este respecto, las partes pueden encontrar en la concertación social que se ha desarrollado en los últimos años un importante punto de referencia, en tanto que entre sus manifestaciones se encuentran formulas que combinan instituciones de naturaleza jurídica diversa²³⁵. Este es el caso del A.N.E. y del A.E.S., que tenían una naturaleza jurídica dual, suma de Pacto Social y de Acuerdo interconfederal. Sin embargo, la cobertura contractual de esta doble institución era diferente en unos y otro caso. El A.N.E. no era sino una mera superposición de cláusulas de

²³⁵. Sobre la cobertura formal de la concertación social ver, por todos, PALOMEQUE LOPEZ, C., y CASAS BAAMONDE, M^a.E., "Participación de sindicatos representativos no firmantes del A.E.S. en las Comisiones establecidas por el Acuerdo", R.L., núm. 5, 1.985, págs. 792 y ss; ROJO TORRECILLA, E. y PEREZ AMOROS, F., "El Acuerdo Económico y Social", R.P.S., núm. 145, 1.985, págs. 66 y ss.

Las unidades

muy distinto contenido y alcance: unas recogían los acuerdos tripartitos y otras los acuerdos bipartitos. Como consecuencia de ello, su naturaleza fué objeto de un vigoroso debate doctrinal y jurisprudencial²³⁶. En un primer momento, se aceptó la posibilidad de contemplarlo como una pluralidad negocial, sometido en cada uno de sus pactos y estipulaciones a regímenes jurídicos diferentes. Así, mientras las cláusulas correspondientes a los acuerdos tripartitos tenían la naturaleza de Pacto Social, las que establecían obligaciones para las fuerzas sociales participan de la naturaleza de los acuerdos o convenios marco previstos en el art. 83.2 del E.T., en tanto que éstas ostentaban la legitimación suficiente a tenor de este precepto. Frente a esta tesis, se alzarían voces discordantes. Finalmente, prosperaría la tesis de la imposibilidad de dividir jurídicamente el A.N.E., de partirlo en trozos en atención a sus diversos contenidos y se catalogó el A.N.E. no como norma jurídica, sino como Pacto Social. Por ello, la parte del A.N.E. correspondiente a los acuerdos bipartitos entre asociaciones patronales y sindicales no podía encuadrarse dentro de los acuerdos previstos en el artículo 83.3 E.T. ni su contenido debía ser incluido obligatoriamente dentro del clausulado de los convenios inferiores.

La experiencia del A.N.E se reflejó en el A.E.S., que

²³⁶. Sobre los problemas que suscitó la aplicación del A.N.E. ver, por todos, ROJO TORRECILLA, E., págs. 61 y ss.

Las unidades

introdujo una mayor corrección técnica en cuanto a su estructura, al subdividirse en dos títulos: en el primero se recogían los acuerdos tripartitos y en el segundo el Acuerdo Interconfederal propiamente. Por ello, a diferencia de las dudas suscitadas por el A.N.E., no se plantearon discrepancias jurídicas en cuanto a la "naturaleza jurídica diferenciada" de cada uno de los títulos que componían el A.E.S. Los acuerdos tripartitos del Título I constituían un Pacto Social y el Acuerdo interconfederal del Título II un Acuerdo Marco, en este caso extraestatutario por defecto de legitimación negocial al haber sido firmado tan sólo por U.G.T.

Otra particularidad diferenciadora entre ambos acuerdos era que el A.E.S., a diferencia del A.N.E., señalaba expresamente que "las estipulaciones contenidas en este Acuerdo constituyen un todo unitariamente concatenado, sin perjuicio de que su carácter global de pacto admita naturalezas jurídicas diferentes para cada uno de esos títulos"; declaración con la que se pretendía la conversión del acuerdo tripartito en el presupuesto jurídico del acuerdo interconfederal, al modo de una cláusula "rebus sic stantibus"²³⁷. De este modo, el incumplimiento de los Acuerdos tripartitos por cualquiera de las partes firmantes constituía, según su gravedad, causa suficiente para la denuncia y resolución del Acuerdo

²³⁷. Así, BORRAJO DACRUZ, E., "Eficacia jurídica del A.E.S.", A.L., núm. 14, 1.985, pág. 14; SALA FRANCO, T. y RAMIREZ MARTINEZ, J. M^a, "Problemas jurídicos en la aplicación del A.E.S.", A.L., núm. 14, 1.985, pág. 745.

Interconfederal.

32. Pues bien, volviendo al tema que nos ocupa, hay que decir que, desde una perspectiva técnico-jurídica, los acuerdos alcanzados deberán materializarse en instrumentos negociales distintos y formalmente separados según alcancen al personal laboral o funcionario, esto es, en convenios colectivos y en Pactos o Acuerdos, respectivamente. Los primeros deberán someterse al control de la Autoridad laboral y los trámites de registro y posterior remisión, desde dicha Autoridad, para su depósito en el S.M.A.C. y publicación en el Boletín que corresponda. Los Pactos y Acuerdos se depositarán en el Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación del Ministerio de trabajo y se publicarán en el Boletín Oficial correspondiente.

También sería factible una estructura similar a la del A.E.S. Así, sería aceptable que un mismo instrumento convenido proporcionara la cobertura contractual de los acuerdos relativos a ambos colectivos, pero siempre que se dividiera en dos partes perfectamente diferenciadas, una que recogiera el convenio colectivo y otra el Pacto o Acuerdo; partes que deberían someterse a los trámites administrativos subsiguientes.

Sucedee, sin embargo, que en la práctica, la negociación se recoge en un único acuerdo, donde se superponen las cláusulas de

Las unidades

distinto contenido y alcance jurídico. Esta solución no dejará de plantear una situación de confusiónismo jurídico similar a la que en su día suscitó el A.N.E.²³⁸. En efecto, aunque podría ser contemplado como una pluralidad negocial sometido a diferentes regímenes jurídicos, esta combinación no dejará de plantear problemas, no sólo porque en el supuesto de que sea impugnado ante los tribunales, al resolver dos jurisdicciones distintas, los fallos podrían ser contradictorios, sino porque podría comportar la declaración de su nulidad en cuanto Pacto o Acuerdo por el orden contencioso-administrativo. Téngase en cuenta que los tribunales de este orden vienen entendiendo que las cuestiones formales son de orden público y deben ser objeto por ello de un pronunciamiento preferente, incluso de oficio, de modo que si se aprecia la existencia de una infracción formal debe declararse de oficio sin más la nulidad de lo actuado, con exclusión de todos los demás pronunciamientos posibles sobre la admisibilidad y el fondo del recurso.

²³⁸. Un ejemplo de lo que se indica se ha dado con el Acuerdo Vasco citado en nota 150. La representación de los sindicatos que lo firmaron no alcanzaba los requisitos del art. 89.3 del E.T., por lo que, en cuanto a su contenido laboral, se trataba de un convenio extraestatutario. No obstante, la Administración Autónoma del País Vasco pretendía su aplicación a todos los trabajadores en base a lo dispuesto en los arts. 35 y 37 de la L.O.R.A.P. Se planteó un procedimiento de conflicto colectivo que, finalmente, terminó con la S.T.S.J. del País Vasco de 11 de octubre de 1.990, donde se afirma que: "dichos artículos no pueden ser interpretados en el sentido propuesto (ya que esta ley) regula, conforme a su art. 1 {...} los procedimientos de determinación de las condiciones de trabajo del personal que presta sus servicios en las distintas Administraciones Públicas, siempre que esté vinculado a los mismos a través de una relación de carácter administrativo o estatutario, refiriéndose el art. 35 a los acuerdos o pactos a que puede llegar la Administración con los representantes de los trabajadores, sin que ello autorice, sin más, a desnaturalizar aquéllos entendiendo, como propone la recurrente, que publicados los acuerdos o pactos por la Administración, éstos devienen sin más, obligatorios para todo el ámbito al que se refieren con independencia de la representación que ostentaron los que las discutiesen u, en su caso, aprobasen en cuanto al contenido laboral propio de tales partes, pues ello supondría clara vulneración del art. 89.3. E.T...".

Las unidades

33. Un problema adicional surge en los casos en que las partes reconocen la naturaleza contractual común del conjunto de su articulado. Esto viene ocurriendo, por ejemplo, con los Acuerdos de regulación de condiciones de trabajo del personal al servicio Vasco de Salud, en los que se dispone que: "el Acuerdo tiene carácter de necesario, completo e indivisible, con la finalidad de conseguir una regulación unitaria para el personal sometido a su ámbito de aplicación. Las condiciones pactadas constituyen un todo orgánico y su aplicación será considerada globalmente, no pudiendo pretenderse la aplicación de partes de su articulado desechando el resto, sino que siempre habrá de ser aplicado y observado en su integridad".

Esta declaración posee seguramente trascendencia en un doble sentido. Por un lado, y en relación con cada instrumento negocial aisladamente considerado, es una cláusula de "vinculación a la totalidad" o de "indivisibilidad" del convenio y del Pacto o Acuerdo, con la que las partes pretenden evitar la nulidad parcial del convenio o, en su caso, del Pacto o Acuerdo, en el supuesto de que sean impugnados ante la jurisdicción correspondiente. Por otro, y en relación al conjunto, constituye la pieza de conexión entre las dos partes del acuerdo. Con ella las partes pretenden vincular la suerte del convenio y del Pacto o Acuerdo, de forma que la nulidad global o parcial de uno de ellos declarada por la jurisdicción correspondiente, determine la necesidad de renegociar

el acuerdo o la cláusula en cuestión en relación a todo el personal incluido en su ámbito de aplicación, tanto laboral como funcional.

6. La jurisdicción competente.

34. La distinta jurisdicción a que se ha de acudir para impugnar los convenios colectivos y los Pactos o Acuerdos, resultado de esta hipotética negociación conjunta del personal laboral y funcionario, y para dirimir los contenciosos que planteen su aplicación, según sean contratados laboralmente o funcionarios, es una de las diferencias jurídico-positivas que distingue a ambos sistemas de negociación insoslayable. En realidad, se puede decir, a la vista de lo expuesto en las páginas precedentes, que la diferencia de jurisdicción es lo que separa a los dos sistemas de negociación que conviven en el seno de la Administración Pública²³⁹.

La dualidad de jurisdicción, sin embargo, va tener una gran trascendencia. No sólo por las posibles discrepancias entre la jurisdicción contencioso-administrativa y la laboral en la solución de un mismo problema. Lo cual, por otra parte, puede estar

²³⁹. En este sentido, se ha afirmado por la doctrina iuslaboralista que hoy puede decirse que sólo la diferencia de jurisdicción es lo único que separa a la Función Pública de un tratamiento homogéneo con los trabajadores comunes. PEREZ PEREZ, M., "Derecho del Trabajo y nuevos sistemas tecnológicos", R.L., núm. 20, 1.988, pág. 25.

Las unidades

plenamente justificado, pues, pese a la tendencia equiparadora, existen todavía importantes diferencias de régimen jurídico entre el personal laboral y funcionario al servicio de la Administración Pública. Sino, sobre todo, porque la distinta jurisdicción va a comportar también la diferencia en cuanto al procedimiento jurisdiccional²⁴⁰. Mientras el proceso laboral es un proceso civil especializado en atención a las peculiares necesidades que se plantean respecto a su tramitación y decisión, siendo principios específicos del mismo, entre otros, la celeridad y la oralidad, lo que garantiza una agilidad y rapidez en la solución de los conflictos. El procedimiento contencioso-administrativo, por el contrario, con mayor rigidez y fundamentalmente escrito, carece de estos principios.

IV. VALORACION CRITICA.

35. Desde el punto de vista formal jurídico y positivo, nos encontramos, evidentemente, ante dos sistemas de negociación diferentes -uno laboral y otro funcional-, cada uno de ellos regulado por un régimen jurídico distinto, por lo que, en definitiva, el contenido jurídico-positivo y, en consecuencia, los efectos jurídicos que se derivan de cada uno de ellos son, asimismo, distintos. Sin embargo, en cuanto al contenido básico de

²⁴⁰. Véase MARTINEZ ABASCAL, V.A., "El planteamiento jurisdiccional de los conflictos colectivos en la Función Pública", R.L., núm. 2, 1.988, pág. 55; MAIRAL JIMENEZ, M., op. cit., pág. 153.

Las unidades

estos dos sistemas no existen diferencias sustanciales, toda vez que, por un lado, los sujetos de ambos son los mismos, y, por otro, el contenido negocial prácticamente es el mismo.

En vista de lo cual, la negociación conjunta del personal laboral y funcional de las Administraciones Públicas puede ser defendida desde una triple perspectiva:

En primer lugar, desde una posición de defensa del principio constitucional de eficacia que el art. 103.1 de la Constitución establece para la actuación de la Administración Pública²⁴¹. La dualidad de sistemas de negociación y de regímenes jurídicos en determinadas materias, tales como horarios, jornada y, en general, las que afectan a la organización de trabajo, resulta disfuncional y plantea graves problemas desde una perspectiva de gestión del personal en el seno de la Administración Pública²⁴². En efecto, esta circunstancia ya de por si genera graves dificultades en la gestión de personal. Provoca malestar general y movimientos reivindicativos de signo funcional o laboral, según los casos, para conseguir los niveles superiores del personal vecino. Otros aspectos, como, por ejemplo, la oferta de empleo público, las

²⁴¹. En este sentido, PARADA VAZQUEZ, R., Derecho..., cit., pág. 459, denuncia la dualidad de sistemas de negociación en el seno de las Administraciones Públicas como "contrario a los más elementales principios de la organización científica del trabajo y a la ciencia empresarial".

²⁴². Así, entre otros, BERMEJO CABRERA, F., "Las relaciones de puestos de trabajo", R.E.D.A., núm. 62, 1.989, pág. 82.

Las unidades

dotaciones presupuestarias de las plantillas orgánicas y la clasificación de puestos de trabajo, no pueden ser negociados sin tomar en consideración la pluralidad de intereses en juego, de los funcionarios y de los contratados laboralmente, ya que se articulan mediante los mismos instrumentos para todo el personal al servicio de la Administración Pública.

En segundo lugar, por razones de economía normativa. Téngase en cuenta que en el seno de la Administración Pública se desarrollarán a partir de la L.O.R.A.P. dos procesos de negociación distintos cuando menos, el laboral y el funcional, amén de los correspondientes convenios y Acuerdos o Pactos sectoriales, delineando el conjunto un panorama de difícil gobernabilidad. Además, los procesos de negociación pueden llegar a ser muy costosos (desplazamientos de los miembros para asistir a las deliberaciones, honorarios del presidente, secretarios, asesores o mediador, permisos retribuidos de los funcionarios para la realización de actividades de negociación,.., etc.), por dificultades en la constitución del órgano negociador o por las dificultades de la negociación misma. Por ello, y sobre todo en Ayuntamientos pequeños, donde el esfuerzo que deben hacer las partes es proporcionalmente superior, la consideración conjunta de trabajadores y funcionarios podría ser la solución para aminorar los costes de la negociación, tanto humanos como económicos.

Las unidades

En tercer lugar, desde un planteamiento de estricta igualdad entre los trabajadores y funcionarios al servicio de una misma Administración Pública²⁴³. Ultimamente, han surgido voces críticas en demanda de una equiparación entre los regímenes jurídicos de los funcionarios y de los trabajadores, en general, y los de los propios trabajadores al servicio de las Administraciones Públicas, en particular, por tratarse de dos colectivos que realizan las mismas funciones y que trabajan para el mismo empleador²⁴⁴. Desde esta perspectiva, y en tanto el legislador no modifica el actual ordenamiento jurídico, la negociación conjunta del personal laboral y funcionario al servicio de la Administración pública puede ser la solución para aproximar los regímenes jurídicos de los trabajadores públicos, aunque respetando los límites que impone la legislación vigente²⁴⁵.

36. No hay que olvidar, sin embargo, que la razón de ser de esta dualidad de sistemas de negociación colectiva se encuentra, precisamente, en la existencia de dos órdenes jurídicos distintos para regular la prestación de trabajo en las A.A.P.P. Por

²⁴³. Véase la S.T.S.J. de Cantabria de 5 de marzo de 1.990 donde se afirma que no han de incluirse en la masa salarial las cantidades superiores a las establecidas en convenio, satisfechas a los trabajadores con la explícita finalidad de su equiparación con el personal funcionario.

²⁴⁴. Así, entre otros, PEREZ MARTINEZ, V., op. cit., pág. 279.

²⁴⁵. BERMEJO CABRERO, F., op. cit., pág. 237. En esta línea, OJEDA AVILES, A., "El empleo temporal en las Administraciones públicas (Una aproximación unitaria)", R.E.D.A., núm. 56, 1.987, pág. 508, afirma que "probablemente la negociación colectiva con las organizaciones de funcionarios emparejará a éstos con los trabajadores y permitirá más adelante una cierta globalización o uniformación".

Las unidades

consiguiente, la solución al problema planteado pasa, necesariamente, por la unificación del régimen jurídico del empleo público. Pero mientras esto no se produzca no existe obstáculo a que en la práctica se sortee la concurrencia de sistemas de negociación en las A.A.P.P. a través de la negociación conjunta del personal laboral y funcionarial. Ahora bien, esta práctica habrá de mantenerse de forma interna y frontalmente fuera de la ley²⁴⁶.

²⁴⁶. Así, BERMEJO CABRERO, F., "Las relaciones..", cit., pág. 235. En esta línea, la S.T.S. de 10 de diciembre de 1.991 señala que de la legislación vigente "es esencial distinguir al personal funcionario del personal laboral, y que el personal que no se encuentra sometido a la normativa laboral, esto es, los funcionarios públicos, no pueden ser objeto de convenio..". Por ello declara la invalidez del convenio aplicado a los funcionarios y de sus actos de aplicación. Si bien, ha que subrayar que la sentencia se refiere a un supuesto de hecho anterior a la entrada en vigor de la L.O.R.A.P.

b 11510006
i 23559226

CB 000203302

~~Nº Dobit 382266
Nº Libit 382269~~

TITULO IV

LOS SUJETOS NEGOCIADORES

Indice

CAPITULO I: EL REGIMEN JURIDICO APLICABLE.

I. LA NATURALEZA DE LAS MESAS DE NEGOCIACION.

II. LA NORMATIVA APLICABLE.

1. El rango de la normativa reguladora.

- 1.1. La representación funcional.
- 1.2. La representación de las A.A.P.P.

2. La distribución de competencias entre el Estado y las C.C.A.A.

- 2.1. La representación funcional.
- 2.2. La representación de las A.A.P.P.

3. Los mecanismos de integración.

- 3.1. La representación funcional.
- 3.2. La representación pública.

CAPITULO II: LOS CARACTERES GENERALES.

I. LA REPRESENTACION FUNCIONARIAL.

1. La capacidad negocial.

- 1.1. Los sujetos capacitados.
 - 1.1.1. Los sindicatos, federaciones y confederaciones sindicales.
 - 1.1.2. Las secciones sindicales.
- 1.2. Exclusiones.

- 1.2.1. Los colegios profesionales.
- 1.2.2. Las asociaciones de funcionarios públicos.
- 1.2.3. Los cuerpos.
- 1.2.4. Las asambleas.
- 1.2.5. Las representaciones unitarias.

1.3. Consideración especial de la exclusión de las representaciones normativas.

- 1.3.1. Marco normativo.
- 1.3.2. La legitimidad constitucional de la opción legal.
 - A) La titularidad exclusivamente sindical del derecho de negociación.
 - B) La indefinición constitucional del derecho de representación unitaria.

1.3.3. Consideraciones.

- A) La falta de coincidencia entre los ámbitos de representación de los órganos unitarios y de las mesas de negociación.
- D) La creación de las representaciones electivas funcionariales al servicio de la mayor representatividad.
- C) La progresiva desvalorización de las representaciones unitarias.

2. La legitimación negocial.

- 2.1. Los requisitos de legitimación.

Indice

- 2.1.1. La adecuación entre los ámbitos de representación del sindicato y la mesa de negociación.
- 2.1.2. La representatividad sindical.
 - A) La delimitación de la representatividad sindical.
 - B) Los criterios indicadores de la representatividad sindical.
 - C) La acreditación de la representatividad sindical.
 - E) La duración de la capacidad representativa.
 - E) La adecuación constitucional del "monopolio sindical cualificado".
- 2.2. Consideración especial de la legitimación negocial de las secciones sindicales.
 - 2.2.1 El ámbito de la sección sindical.
 - 2.2.2. Las posibilidades de negociación.

3. La legitimación interviniente.

II. LA REPRESENTACION PUBLICA.

1. La competencia del órgano administrativo.

- 1.1. La aptitud frente a órganos de otro orden.
- 1.2. La aptitud frente a órganos de distinta Administración.

2. La aptitud del titular del órgano.

- 2.1. La investidura.
- 2.2. La inexistencia de recusación y abstención.

CAPITULO III: LOS SUJETOS Y LAS UNIDADES DE NEGOCIACION.

I. ADMINISTRACION DEL ESTADO.

1. La "supermesa general".

- 1.1. La representación funcionarial.
- 1.2. La representación pública.

2. La Mesa general de negociación.

- 2.1. La representación funcionarial.
 - 2.1.1. Los sindicatos legitimados para negociar.
 - A) Los sindicatos más representativos a nivel estatal.
 - a) La delimitación del concepto.
 - b) La instancia sindical legitimada.
 - c) Los requisitos de legitimación.
 - B) Los sindicatos más representativos a nivel de Comunidad Autónoma.
 - a) La delimitación del concepto.
 - b) La instancia sindical legitimada y requisitos de legitimación.
 - c) Consideraciones generales.
 - 1º- La legitimación del sindicato de ámbito autonómico para negociar convenios de ámbito estatal.
 - 2º- El derecho de consulta de los sindicatos más representativos en la elaboración de disposiciones normativas estatales en materia funcionarial.
 - 3º- La competencia de la Mesa general para participar en la determinación de las bases del estatuto de los funcionarios.
 - C) Los sindicatos simplemente representativos en el ámbito de la Función Pública estatal.

Indice

- 2.1.2. La diversificación de los sindicatos negociadores en función del contenido básico o no básico de las negociaciones.
- 2.1.3. La valoración de la representatividad como criterio de selección de la legitimación negocial en la esfera estatal.
 - A) La mayor representatividad: repercusiones.
 - a) La ruptura del principio de concordancia entre capacidad representativa y la real y efectiva implantación.
 - b) La necesaria implantación del sindicato funcional.
 - B) La suficiente representatividad en la Administración del Estado.
- 2.2. La representación pública.

3. Las mesas sectoriales de negociación.

- 3.1. La representación funcional.
 - 3.1.1. Los sindicatos legitimados para negociar.
 - 3.1.2. La valoración de la representatividad como criterio de selección de la legitimación negocial a nivel sectorial.
- 3.2. La representación pública.

II. COMUNIDADES AUTONOMAS.

1. La representación funcional.

2. La representación pública.

III. ENTIDADES LOCALES.

1. La representación funcional.

- 1.1. La instancia sindical legitimada para negociar.
- 1.2. La valoración de la representatividad como criterio de selección en la esfera local.
 - 1.2.1. Inexistencia de órganos unitarios.
 - 1.2.2. Predominio de las candidaturas independientes en la composición de los órganos unitarios.

2. La representación pública,

CAPITULO IV: LA COMPOSICION DE LAS MESAS DE NEGOCIACION.

I. EL CARACTER BIPARTITO DE LA MESA NEGOCIADORA.

II. EL NUMERO DE PUESTOS DE LA MESA NEGOCIADORA.

III. LA COMPOSICION DE LA REPRESENTACION SINDICAL.

- 1. El reparto de los puestos entre las organizaciones sindicales legitimadas.
- 2. La designación de los representantes.
- 3. La representatividad de conjunto de los sindicatos negociadores.

IV . LA COMPOSICION DE LA REPRESENTACION PUBLICA.

CAPITULO I

EL REGIMEN JURIDICO APLICABLE

1. La L.O.R.A.P. diseña un órgano encargado de llevar a cabo la negociación: la mesa de negociación, constituida por los representantes de la Administración Pública, de una parte, y por los representantes de los funcionarios, de otra. Ciertamente, como se ha señalado con anterioridad el término "Mesas de negociación" también va a tener un sentido subjetivo, en relación a los componentes de las partes negociadoras en su cometido de intercambiar ofertas y demandas en el proceso negociador, y con un significado equivalente, como se ha indicado, al de "comisión negociadora"¹. Dicho sentido no está ausente de la expresión "mesas de negociación" que utiliza el art. 30, a juzgar por la indicación que le sigue de que, en la misma, "estarán presentes...".

2. Por lo demás, cuando el art. 30 de la L.O.R.A.P. indica que "a estos efectos se constituirán Mesas de negociación", no se está haciendo referencia exclusivamente como podría deducirse en un principio de la redacción literal, a las partes negociadoras de los Acuerdos y Pactos, sino también a las partes que van a desarrollar la consulta prevista en el art. 34 de la L.O.R.A.P.².

¹. DEL REY GUANTER, S., Comentarios a la Ley de Organos de Representación, Determinación de las Condiciones de trabajo y Participación del personal al servicio de las Administraciones Públicas, Madrid, 1.988, pág. 181.

². DEL REY GUANTER, S., Comentarios..., cit., pág. 182.

Así pues, las Mesas de negociación son también "Mesas de consulta". Va a existir coincidencia respecto a los sujetos que van a protagonizar las dos formas de participación en la determinación de las condiciones de trabajo -negociación y consulta- que estructura el Capítulo III de la L.O.R.A.P.

3. Sometido el texto legal a un tratamiento sistemático con las categorías al uso en el análisis de la negociación colectiva laboral, las Mesas de negociación plantean dos cuestiones. La primera de ellas consiste en determinar cuáles son los sujetos que van a formar parte de las mesas de negociación en representación de los funcionarios incluidos en la unidad de negociación y de la Administración Pública correspondiente. La segunda cuestión viene referida al tipo de requisitos que son de necesaria observancia para entender válidamente constituida la mesa de negociación.

En el presente Capítulo no nos vamos a preocupar tanto por dar respuesta a los problemas señalados, sino de establecer el marco normativo que vamos a tener presente para su resolución en los estudios posteriores. Se trata de trazar un mapa en que aparezcan identificadas y conectadas las distintas piezas normativas que regulan o pueden regular el tema de los sujetos negociadores. Con ello esperamos facilitar la introducción a los temas que se van a abordar en los Capítulos posteriores como suscitar ya desde ahora alguno de los problemas más incisivos que aparecerán.

Para facilitar el seguimiento del análisis que inmediatamente abordamos, debe indicarse que se describirá inicialmente la naturaleza jurídica de las mesas de negociación. Tras ello pasaremos a establecer el marco normativo que vamos a tener presente en todos los Capítulos posteriores, considerando, por este orden, los temas de la normativa estatal aplicable, el papel de la autonomía colectiva y de las C.C.A.A. en esta materia, y, por último, los mecanismos de integración de las lagunas normativas.

I. LA NATURALEZA DE LAS MESAS DE NEGOCIACION.

4. El principal problema que plantea la Mesa de negociación desde el ángulo jurídico es el de su naturaleza. Desde una perspectiva orgánica, la mesa de negociación es netamente diferenciable de otras formas de participación de los funcionarios, al menos a nivel formal. Así, el rasgo característico de la misma es que tiene una composición mixta, esto es, con representantes tanto de las Administraciones Públicas como de los sindicatos funcionariales. En ésto coincide plenamente con el C.S.F.P. Sin embargo, estamos ante órganos de representación distintos. La mesa de negociación se va a distinguir frente al C.S.F.P. por el hecho de no ser un órgano administrativo de carácter colegial.

5. El C.S.F.P., como se ha visto (ver supra, Tít. II), es un órgano colegiado de coordinación y consulta de la política de

Función Pública, así como de participación y consulta del personal al servicio de las Administraciones (art. 6.1 L.M.R.F.P.). Se trata de un órgano colegial de composición mixta con representantes tanto de las Administraciones Públicas como de los sindicatos. Por parte de las primeras, la atribución de puestos viene establecida en el art. 7.1 de la L.M.R.F.P. Respecto a la parte funcionarial, la L.M.R.F.P. sólo indicaba que en dicho Consejo tendrán asiento diecisiete representantes "designados por las organizaciones sindicales, en proporción a su representatividad respectiva". El art. 39 de la L.O.R.A.P. ha matizado esta primera regla, y ha dispuesto que estarán representadas, por una parte, las organizaciones sindicales más representativas "a nivel estatal y de Comunidad Autónoma", y por otra, "las organizaciones sindicales que hayan obtenido el 10 por 100, en forma proporcional a la audiencia obtenida, valorada en función de los resultados alcanzados en las elecciones previstas en esta presente ley, así, como en las elecciones del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas". La constitución y formación de la voluntad del C.S.F.P., dada la ausencia de disposiciones específicas, se rige por las reglas previstas en los arts. 9 y ss de la L.P.A.³

De este modo, el C.S.F.P., aun atendiendo en su composición a

³. Sobre el alcance aplicativo de las reglas de los arts. 9 y ss de la L.P.A. ver, por todos, GONZALEZ NAVARRO, F., "Organos colegiados en el procedimiento administrativo", D.A., núm. 55, 1.962, pág. 40.

criterios mixtos, presenta una forma colegiada. Ello significa que los vocales designados por las organizaciones sindicales se integran o incrustran en la propia organización pública, de forma que su voluntad se suma a la de aquellos que han sido elegidos por las Administraciones Públicas para formar una voluntad unitaria y superior que es la voluntad colegial⁴.

La Mesa negociadora tiene también un carácter mixto, pero no es un órgano colegiado. De ello se deduce lo siguiente:

1º) La necesidad de distinguir en su seno la existencia de dos partes o "bancos" diferentes, la representación funcionarial y la representación de la Administración Pública correspondiente, cuya estructura y composición responde a principios y reglas distintas, dado el diverso carácter de las mismas. Ello obliga a realizar un análisis matizado de los requisitos exigidos por la L.O.R.A.P. a cada una de estas representaciones, ya que en materia de delimitación de los sujetos sindicales capacitados para negociar, la regulación es más compleja, habida cuenta del carácter de los mismos, puesto que- a diferencia de lo que sucede con los

⁴. Según destaca SANTAMARIA PASTOR, j., "La teoría del órgano en el Derecho administrativo", R.E.D.A., núms. 40-41, 1.984, pág. 80, una de las notas definitorias de los órganos colegiados "es el hecho de que el producto final en que se plasma ad extra la actividad del órgano (ya sea ésta una manifiestación de voluntad o de un juicio) se forma en virtud de la regla de las mayorías, cuyo parecer se identifica con la del propio órgano como un todo".

representantes de las Administraciones Públicas-, ostentan, en principio, una representación parcial que obstaculiza la conclusión del Acuerdo o Pacto de eficacia general.

2º) La necesidad de distinguir dos fases en el proceso de formación de la voluntad del órgano negociador: una, interna a cada representación y, otra, de concurrencia de la voluntad de éstas. La voluntad de la mesa negociadora no se forma por la confluencia de las voluntades individuales de sus componentes, sino por la concurrencia de las voluntades de los dos "bancos" existentes en ésta.

A este respecto conviene poner de relieve una serie de consideraciones que pueden haber incidido en esta configuración legal. Tal vez el aspecto más decisivo a este respecto sea que la colegialidad no se corresponde con el conflicto de intereses que, entre la parte funcional y administrativa, existe en el seno de la mesa negociadora. La colegialidad sirve para coordinar los diversos intereses públicos cuya tutela se atribuye a la Administración. Merced a la integración en la organización administrativa de personas designadas por organizaciones públicas o privadas, portadoras de determinados intereses, se pretende reducir el conflicto entre los diversos intereses a una mera

situación de hecho, de forma que no alcance eficacia jurídica⁵. El conflicto es meramente virtual y no llega a ser real porque para impedir el tránsito de uno a otro momento se interpone, precisamente, la organización administrativa con su función componedora de los intereses potencialmente conflictivos. La representación funcional presente en la mesa negociadora se va a distinguir frente al C.S.F.P. por el hecho de tender a la defensa de los intereses propios de los funcionarios públicos como contenido primario. Su función, en primera instancia, es la de velar por los intereses de sus representados, de la misma forma que la función de la otra parte, la de la Administración, va a ser la de confrontar aquéllos con los intereses de la propia Administración en su conjunto, y, sobre todo, con los intereses generales a los que va a servir.

Además, la estructura colegial tampoco se corresponde con las funciones que desarrolla la mesa negociadora, ya que generalmente se adopta para los órganos consultivos y no para los que tienen atribuidas, como sería en este caso funciones decisorias o

⁵. Sobre la virtualidad de los colegios representativos como centro de composición y coordinación de intereses públicos heterogéneos ver ALVARO JIMENEZ, L., "Procedimiento y acto complejo en los colegios representativos", R.A.P., num. 98, 1.982, págs. 113 y ss.

resolutorias⁶. También, existe el riesgo de que la incorporación de los representantes funcionariales en la organización administrativa produciría la integración o corresponsabilización de éstos con la Administración, disminuyendo así la capacidad de defensa de los intereses representados⁷. En fin, y por no hacer más extensa esta argumentación, la colegiación de tipo formalista lleva muchas veces, debido a la rigidez y solemnidad de los procedimientos utilizados, a una vida lánguida y de mera inercia, poco recomendable para una actividad como la que desarrolla la mesa negociadora⁸.

6. Al igual que en el caso de los órganos unitarios contemplados en el Capítulo II de la ley⁹, nos encontramos ante una representación cuya función esencial no es tanto la de

⁶. Ver DE LA OLIVA DE CASTRO, A., "La colegialidad en la Administración pública contemporánea", D.A., núm. 70, 1.963, pág. 20

⁷. FONT I LLOVET, T., "Organos consultivos", R.A.P., núm. 106-108, 1.985, pág. 64; SANCHEZ MORON, La participación del ciudadano en la Administración Pública, Madrid, C.E.C., 1.980, págs. 207 y ss, para quienes la integración de los grupos sociales en los órganos administrativos, aún consultivos, puede suponer una disminución de la capacidad de defensa de los intereses representados.

⁸. DE LA OLIVA DE CASTRO, A., op. cit., pág. 20.

⁹. Vid. DEL REY GUANTER, S., "Organos de representación unitaria y proceso electoral en la Función Pública", Temas Laborales, núm. 10, 1.987, pág. 104.

"colaboración" como la de defensa unilateral de los intereses de una de las partes, la funcionarial. Es una instancia representativa primariamente reivindicativa y, como tal, de relación conflictual ante la otra parte, la Administración Pública.

Pero la mesa negociadora es netamente diferenciable de las J.P. y D.P. Por lo pronto, a diferencia de éstos, es un órgano de composición mixta -con presencia de la parte empleadora- Además, la representación funcionarial en la mesa de negociaciones, aisladamente considerada, guarda profundas diferencias con los órganos unitarios. La diferencia básica entre ambos tipos de representación estriba en el carácter sindical de las primeras y el carácter unitario de aquellas¹⁰. Esta calificación de "unitaria" ha de entenderse en un doble sentido. Por un lado, en cuanto sus miembros son elegidos por todos los funcionarios públicos de la unidad electoral correspondiente, con independencia de su afiliación o no a un sindicato o, en el primer caso, a qué sindicato en particular. La relación jurídica afiliativa de carácter sindical es intrascendente desde el punto de vista de los electores en relación a su "derecho" a participar en la elección de estos órganos. Todo lo contrario sucede respecto a la representación funcionarial presente en la mesa negociadora. Ya se

¹⁰. Sobre las diferencias entre las representaciones contempladas en la L.O.L.I.S. y en la L.O.R.A.P. véanse las reflexiones de DEL REY GUANTER, S., op. ult. cit., pág. 103-104.

Los sujetos

trate de las organizaciones sindicales o de las secciones sindicales, lo decisivo es la afiliación. Por otro lado, es "unitaria" en un segundo sentido, tomando en consideración esta vez los intereses que representa -o que ha de representar. En efecto, tales "intereses" son los de los funcionarios públicos en cuanto tales, es decir, de los intereses de todos los funcionarios públicos que componen la unidad electoral que ha elegido a tal órgano. Esta "universalidad" de los intereses que representan y que han de defender tales órganos, y que encuentra su raíz primera y última en su sistema unitario de elección, también diferencia a tal representación de la contemplada en el art. 30 L.O.R.A.P., que ostenta una representación parcial. Por ello, la distribución de los puestos de las J.P. y D.P. se realiza en proporción a los votos obtenidos por las listas y los candidatos y, a mayor abundamiento, ambos órganos forman su voluntad por acuerdo mayoritario.

Las diferencias entre la representación unitaria y la representación contemplada en el art. 30 de la L.O.R.A.P., sin embargo, se desvanecen en la práctica, ya que la legitimación negocial de los sindicatos se determina de acuerdo con el criterio de la audiencia electoral y los sindicatos negociadores asumen la representación de todos los funcionarios en general, puesto que los Pactos y Acuerdos tienen en todo caso eficacia personal "erga omnes".

7. En definitiva, y a modo de conclusión, los rasgos característicos de las mesas de negociación son los siguientes:

1º. Se trata de un órgano de composición mixta con presencia de representantes tanto de los funcionarios como de las Administraciones Públicas.

2º. No se trata, sin embargo, de un órgano administrativo de carácter colegial.

3º. Tal caracterización impone necesariamente el carácter bipartito en su composición.

4º. Las representaciones pública y funcionarial tienen diverso carácter, de suerte que los requisitos exigidos por el legislador se adecuan a cada uno de ellos, por lo que es necesario un análisis por separado de los mismos.

5º. La representación funcionarial tiene un carácter sindical.

6º. La voluntad de la mesa negociadora no se forma por la acumulación de los votos de las personas físicas que representan a los sindicatos y a la Administración Pública correspondiente, sino por la concurrencia de las voluntades de los dos bancos existentes en ella.

II. EL REGIMEN JURIDICO APLICABLE.

8. La mesa de negociación es un órgano de composición mixta, esto es, con representantes tanto de los funcionarios como de las

Administraciones Públicas. Por parte de los primeros, el art. 30 de la L.O.R.A.P. dispone que "la negociación colectiva y la participación en la determinación de las condiciones de trabajo de los funcionarios se efectuará mediante la capacidad representativa reconocida a las Organizaciones sindicales en los artículos 6.3.c); 7.1 y 7.2 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical y lo previsto en este Capítulo"¹¹. De este modo, la legitimación para intervenir en los procedimientos de consulta y negociación, se ha de extraer, en primer lugar, de las normas generales sobre representatividad, esto es, de los arts, 6.3.c) y 7 de la L.O.L.I.S., donde se concede legitimación a los sindicatos más representativos (a nivel estatal y de Comunidad Autónoma) para "participar como interlocutores en la determinación de las condiciones del trabajo en las Administraciones Públicas a través de los oportunos procedimientos de consulta o negociación"; y del art. 7.2 L.O.L.I.S., en el que dicha legitimación se extiende, dentro de la misma parcela de acción sindical, a los sindicatos que acrediten un 10 por 100 al menos de representantes en un ámbito territorial y funcional determinado, ámbito que en este caso habrá de referirse a la Función Pública en su conjunto o a un subsector de la misma; y del art. 8.2.b) de la L.O.L.I.S, que reconoce a "las secciones sindicales de los sindicatos más representativos y de los que

¹¹. Ver, por todos, GARCIA MURCIA, J., "Libertad sindical y representación de los sindicatos en la Función Pública", Seminario de relaciones colectivas en la Función Pública, Sevilla, 1.989, págs. 186-187, págs. 186-187.

tengan representación (....) en los órganos de representación que se establezcan en las Administraciones Públicas" el derecho a "la negociación colectiva, en los términos establecidos en su legislación específica".

Estas previsiones genéricas han de completarse con lo dispuesto específicamente en los arts. 30, 31.1 y 33 de la L.O.R.A.P. En el primero de ellos se repite que en las "mesas de negociación", podrán participar los sindicatos más representativos a nivel estatal o de Comunidad Autónoma, así como los que haya obtenido el 10 por 100 o más de los representantes en las elecciones para Delegados o Juntas de Personal". El art. 31 L.O.R.A.P. sigue matizando estas reglas sobre legitimación para negociar. En este precepto se prevé la constitución de una "mesa general de negociación" en el ámbito de la Administración del Estado y en cada una de las Comunidades Autónomas y Entidades locales, así como la constitución de determinadas "mesas sectoriales" dentro de la Administración del Estado. Tras ello, en ese mismo precepto se detallan los sindicatos legitimados para intervenir en cada uno de estos foros de negociación. Por su parte, el art. 33 señala que el "proceso de negociación se abrirá, con carácter anual, en la fecha que de común acuerdo fijen el Gobierno o los órganos de Gobierno de las restantes Administraciones Públicas, y comprenderá de entre las materias relacionadas en el artículo anterior, las que ambas partes estimen oportuno".

9. Por lo que se refiere a la parte pública, la L.O.R.A.P. es bastante parca en su determinación¹². En efecto, el artículo destinado a delimitar la composición de las mesas de negociación se limita a señalar que en las mismas "estarán presentes los representantes de la Administración Pública correspondiente". Algo más de información sobre este particular proporciona el art. 35, donde se establece que los "representantes de la Administración del Estado, de las Comunidades Autónomas o de las Entidades Locales y de las Organizaciones Sindicales a que hacen referencia los artículos 30 y 31.2 de la presente Ley podrán llegar a acuerdos y pactos para la determinación de las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos" y que mientras los primeros versarán sobre materias que se correspondan estrictamente con el ámbito competencial del órgano administrativo que los suscriba, los segundos, en cambio, versarán sobre materias competencia del Consejo de Ministros, Consejo de Gobierno de las Comunidades Autónomas u órganos correspondientes de las Entidades Locales, siendo necesaria para su validez y eficacia la aprobación expresa y formal de estos últimos. Por su parte, el art. 33 señala, como hemos visto, que, del lado de las Administraciones Públicas, la competencia para determinar la fecha de apertura del proceso negociador y las materias a negociar corresponde al "Gobierno u

¹². Subraya este rasgo de la Ley LOPEZ GANDIA, J., "La negociación colectiva de los funcionarios públicos", Revista de Trevall, núm. 8, 1.988, pág. 16

órganos de Gobierno de las restantes Administraciones Públicas".

10. Las anteriores previsiones normativas designan, con mayor o menor precisión, quienes han de formar parte de las mesas de negociación por parte del personal funcional, pero no identifican cuáles son los "representantes de la Administración Pública correspondiente" y dejan en el negro o cuando menos en la penumbra todo lo relacionado con la constitución del órgano negociador¹³. Es el caso de todo lo relacionado con el número de puestos de la mesa negociadora. También es el caso de todo lo relacionado con la distribución de los puestos entre los distintos sindicatos legitimados, la designación de los representantes, los requisitos para la válida constitución de la representación sindical. Por ello, y teniendo en cuenta que la negociación colectiva es una materia susceptible de ser regulada tanto por los agentes negociadores como por las C.C.A.A, cabe plantearse la posibilidad de que éstos, en el ejercicio de sus facultades al respecto, puedan suplir las lagunas normativas reseñadas e, incluso, ofrecer una regulación de la composición de las mesas de negociación distinta a la efectuada por la normativa estatal.

¹³. Subrayan el silencio legal sobre la constitución válida de la mesa en función de la representatividad todos los miembros de la doctrina. Ver, por todos, DEL REY GUANTER, S., "Evolución general y problemática fundamental de las relaciones colectivas en la Función Pública", en A.A.V.V., Seminario sobre relaciones colectivas en la Función Pública, Sevilla, 1.989, pág. 52; GARCIA FERNANDEZ, M., "Representatividad sindical y negociación colectiva en el sector público", A.L., núm. 42, 1.988, pág. 2.468.

Cuestión que dependerá de cuál sea el instrumento o vehículo normativo adecuado para regular el tema de los sujetos negociadores y del reparto de competencias normativas entre el Estado y las C.C.A.A en dicha materia.

1. El rango de la normativa reguladora.

11. La determinación de las posibilidades que la autonomía colectiva tiene para regular esta materia plantea, por su parte, una doble cuestión. La primera consiste en determinar si existe o no una reserva legal. La segunda viene referida al alcance de dicha reserva.

No obstante, dado el diverso carácter de los sujetos negociadores, la técnica empleada por la Constitución para articular el reparto de poderes normativos entre la ley y el reglamento es diferente, por lo que conviene hacer un análisis matizado de los mismos.

1.1. La representación funcional.

12. En cuanto al rango de la norma reguladora de la representación funcional, hay que indicar que la determinación de los sindicatos que están facultados para participar en los procedimientos de consulta o negociación constituye un desarrollo

del régimen estatutario de los funcionarios y de la libertad sindical, reservado, en la Constitución, al legislador¹⁴. En efecto, los arts. 103.3., 81.1 y 53.1 de la Constitución establecen una reserva legal en estos aspectos de la negociación colectiva.

En principio, como hemos apuntado más arriba, es obvio que debe ser el legislador el que determine qué sindicatos están facultados para participar en los procedimientos de consulta o negociación. Por lo tanto, no existe concesión alguna al libre juego de la autonomía colectiva para que modifique las reglas relativas a la legitimación negocial previstas en la L.O.L.I.S y en la L.O.R.A.P. Las partes negociadoras no pueden alterar las condiciones que deben cumplir los sujetos sindicales para negociar¹⁵. Y, menos aún, los propios sindicatos -por la vía de sus estatutos o reglamentos internos-, ya que esta normativa es de "ius

¹⁴. S.T.C.O. 98/1.985, de 29 de julio, f.j. nº 17.

¹⁵. Tal conclusión ha mantenido el Tribunal Constitucional en relación a las reglas previstas en el art. 87.1 de la C.E. En este sentido, el mencionado Tribunal ha afirmado en la sentencia 73/1.984, de 27 de junio, que "las reglas relativas a la legitimación constituyen un presupuesto de la negociación colectiva que escapa al poder de disposición de las partes negociadoras, que no pueden modificarlas libremente, pues... en la negociación inciden derechos de carácter sindical que no pueden ser desconocidos" (en el mismo sentido la S.T.C.O. 184/1.991, de 30 de septiembre). Si bien es cierto que esta sentencia se refiere al E.T., hay que notar que la misma contiene elementos de una doctrina general de la negociación colectiva.

cogens" y queda fuera del ámbito de influencia de los particulares¹⁶.

13. Pero cabe plantearse, en un segundo paso, cuál es el ámbito material que requiere una ordenación legal: ¿sólo la legitimación negocial, como punto de arranque del proceso negociador?, ¿la constitución de la representación sindical?, ¿toda intervención del sindicato en el proceso?.

Pues bien, la cobertura legal debe alcanzar no sólo a las reglas de legitimación negocial sino también a la constitución del banco sindical y a la formación de su voluntad negocial. Es el caso de todo lo relacionado con la distribución de los puestos sindicales entre las distintas organizaciones sindicales legitimadas. También es el caso de todo lo relacionado con los requisitos para la válida constitución de la representación sindical presente en la mesa negociadora y para la válida adopción de sus acuerdos. Todos estos aspectos cumplen todas y cada una de las condiciones para tener una ordenación legal al respecto: son de orden público negocial, necesitando ser homogéneos a todo el

¹⁶. Así, se expresa en relación con la negociación colectiva estatutaria IGLESIAS CABERO, M., "Algunos aspectos de la acción sindical en la empresa", A.L., núm. 23, 1.987, pág. 49.

sistema y deben ser sustraídos a la controversia en cada proceso negociacional¹⁷.

14. En definitiva, y a modo de conclusión, debe ser el legislador quien determine qué sindicatos y en qué condiciones están facultados para participar en los procedimientos de consulta y negociación. Por consiguiente, la autonomía colectiva no puede ni alterar los requisitos legales que los sindicatos deben cumplir para poder negociar ni suplir las carencias que la L.O.R.A.P. presenta en orden a la constitución de la representación sindical y a la formación de su voluntad negociacional.

1.2. La representación de las A.A.P.P.

15. En cuanto a la segunda cuestión aquí planteada -relativa al rango que debe tener la norma que determine cuáles son los "representantes de la Administración"-, conviene matizar qué ha de entenderse exactamente por tal expresión. A este respecto, hay que distinguir entre el órgano competente para negociar y firmar los Pactos y Acuerdos, y los representantes de dicho órgano en la mesa de negociación, lo cuales negociarán los acuerdos en nombre de

¹⁷. Así, DEL REY GUANTER, S., "Evolución...", cit., pág.. 53.

aquel¹⁸. Pues bien, es obvio que la determinación del primero es una labor del legislador. En efecto, los Pactos y Acuerdos tienen una eficacia jurídico normativa, por lo que su negociación corresponde a los órganos con atribuciones normativas en materia de personal. Y, en este sentido, debe recordarse que, de acuerdo con el art. 97 de la C.E., la atribución de poder reglamentario derivado ha de efectuarse por Ley.

Cuestión distinta es la referente a los concretos funcionarios que van a representar en las mesas negociadoras a los órganos con atribuciones normativas en materia de personal. En efecto, una vez delimitados por la Ley los órganos que deben negociar en representación de la Administración Pública correspondiente, corresponde a éstas, en virtud de su poder de autoorganización, resolver esta cuestión. Ahora bien, la negociación colectiva no puede abordar estos aspectos, pues, precisamente, las potestades orgánicas están excluidas del ámbito de la negociación (art. 34 L.O.R.A.P.). En fin, a partir de las consideraciones expuestas, cabe concluir que las carencias que presente la ley en orden a la representación pública habrán de ser integradas por una norma reglamentaria.

¹⁸. Así, DEL REY GUANTER, S., Estado, Sindicatos y Relaciones colectivas en la Función Pública, I.N.A.P., Madrid, 1.986, pág. 164.

2. La distribución de competencias entre el Estado y las

C.C.A.A.

17. La negociación colectiva en el ámbito de la Función Pública es, como sabemos, una materia susceptible de ser regulada tanto por el Estado como por las C.C.A.A. Al primero le corresponde establecer las bases y a las segundas desarrollar una labor legislativa de complemento a dicha regulación estatal de carácter básico. Partiendo de esta premisa, cabe preguntarse si las C.C.A.A., en el ejercicio de sus facultades al respecto, pueden regular estos aspectos de la negociación.

A este respecto, hay que subrayar que en el ejercicio de competencias normativas en materia de representación sindical y pública quedan implicadas cuestiones pertenecientes a otras materias y que la técnica que la Constitución emplea para articular el reparto de atribuciones entre la esfera estatal y autonómica sobre éstas es diferente. Por ello, como en el apartado anterior, es necesario analizar por separado la distribución de competencias entre el Estado y las C.C.A.A. en materia de representación funcionarial y pública.

2.1. La representación funcionarial.

18. En cuanto a la primera cuestión aquí planteada -la

posibilidad de que las Comunidades puedan determinar los sindicatos que ostentan legitimación negociadora y la composición de las mesas de negociación-, hay que recordar de nuevo que la determinación de estas cuestiones, además de formar parte de las bases del estatuto de los funcionarios, constituye un desarrollo de la libertad sindical, por lo que concurre un nuevo título de intervención estatal¹⁹. En efecto, incidiendo en las funciones y competencias de los sindicatos, la competencia estatal encuentra apoyo adicional en el título competencial que la Constitución le brinda al Estado para regular la libertad sindical. A este respecto, conviene subrayar que, aun cuando la materia sindical no figura en los arts. 148 y 149 de la C.E., no hay que olvidar que el art. 81.1 establece una reserva de ley orgánica en esta materia. De este modo, como la ley orgánica es un instrumento normativo exclusivo del Estado, la regulación de esta materia queda reservada a éste.

Así pues, en base a los títulos competenciales que los arts. 149.1.18 y 149.1.1. y 81 de la Constitución atribuyen al Estado en materia funcionarial, se puede concluir que es a éste a quien corresponde determinar qué sindicatos y en qué condiciones pueden participar en los procedimientos de consulta y negociación. Las C.C.A.A., por tanto, no podrán actuar en estos ámbitos materiales, de forma que el régimen jurídico aplicable a los sindicatos

¹⁹. Así, la S.T.C.O. 98/1.985, de 29 de julio, f.j. nº 17.

negociadores no podrá ofrecer variantes de una Comunidad a otra.

19. En esta línea, el art. 30 de la L.O.R.A.P. regula con el carácter de precepto básico a efectos de lo establecido en el art. 149.1.18 C.E., la legitimación para negociar en relación a todas las Mesas de negociación, esto es, respecto a las que puedan constituirse en cada una de las Administraciones Públicas. En cambio, el art. 31.2, en principio, sólo se refiere a la Administración del Estado. En efecto, la "Mesa general" y las "Mesas sectoriales" de las que habla este apartado son aquellas referidas en el anterior en relación exclusiva al ámbito estatal, como lo confirma además la Disposición Final de la L.O.R.A.P. al excluir de su enumeración el art. 31.2. Sin embargo, su naturaleza justifica su consideración como norma básica, sobre todo por lo que se refiere al apartado segundo. La L.O.R.A.P. no contempla el tema de la legitimación negocial en relación con las Mesas sectoriales de las C.C.A.A., porque su creación corresponde a estas últimas. Pero, una vez constituidas, la legitimación negocial se ha de extraer del art. 31.2 de la L.O.R.A.P., aunque, incomprensiblemente, no se considere básico²⁰. Finalmente, el art.

²⁰. En este mismo sentido, DEL REY GUANTER, S., Comentarios..., cit., pág. 181. Por su parte, PALOMAR OLMEDA, A., "Comentarios a la Ley por la que se regula la negociación colectiva y la participación en la determinación de las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos (Ley 7/90, de 19 de julio)", A.L., núm. 23, 1.991. pág. 304, afirma que la naturaleza de los preceptos que determinan la composición de las Mesas general y sectoriales justifica su consideración como norma básica.

33 donde se establece que los sindicatos más representativos componen lo que hemos denominado "supermesa general" también tiene la consideración de norma básica.

Por consiguiente, sea cual sea la estructura negocial que adopten las C.A.A.A. y las E.E.L.L. el tema de la legitimación negocial viene ya predeterminado por la L.O.R.A.P., si bien la audiencia a que se refiere esta norma se entenderá referida al ámbito de las C.C.A.A y de las E.E.L.L. Por lo demás, el carácter básico de estos preceptos, de acuerdo con las consideraciones antes expuestas, significa no sólo que las C.C.A.A. no pueden excluir de las mesas de negociación que se creen en su respectivo ámbito a los sindicatos designados por la norma estatal, sino que, además, tampoco pueden incorporar a las mismas representaciones de sindicatos distintos a los contemplados por dicha norma²¹.

20. Se marca, de este modo, una notable diferencia entre la participación sindical en los procedimientos de consulta y

²¹. En sentido contrario, GARCIA MURCIA, J., "Libertad sindical y representatividad de los sindicatos en la Función Pública", en A.A.V.V., Seminario de relaciones colectivas en la Función Pública, Sevilla, 1.989, pág. 188, afirma que el art. 31 de la L.O.R.A.P. no se ocupa específicamente de la participación en las mesas de negociación de las C.C.A.A, por lo que éstas pueden dar entrada en los foros de negociación que constituyan en su respectivo ámbito, además de los sindicatos designados por el legislador estatal en el art. 30 de la L.O.R.A.P., a las organizaciones sindicales que estimen conveniente, así como determinar la composición de las Mesas sectoriales.

negociación y la participación institucional en órganos públicos, ya que las C.C.A.A. disponen de mayor libertad de acción en este último ámbito. En efecto, las previsiones normativas en esta parcela para el conjunto del Estado no impiden que las C.C.A.A. puedan integrar en sus órganos de autogobierno, además de los sindicatos designados por la normativa estatal, representaciones de sindicatos distintos²². Y ello es así porque la regulación de los requisitos que deben cumplir los sindicatos para participar en los órganos comunitarios afecta a las potestades de autoorganización de las C.C.A.A., por lo que la intervención autonómica encuentra apoyo en el título competencial que el art. 148.1.1 de la Constitución brinda a todas las C.C.A.A. para "organizar sus instituciones de autogobierno". Por ello, aunque el art. 40 de la L.O.R.A.P., donde se establece qué sindicatos tienen derecho a participar en los órganos que las C.C.A.A. creen para canalizar la participación sindical en materia de personal y régimen retributivo, tienen, al igual que los arts. 30 y 31.2. de la L.O.R.A.P., el carácter de básico, ello no impide, a diferencia de lo que sucede con estos últimos, que las C.C.A.A. puedan incorporar a estos órganos, en el ejercicio de sus facultades al respecto, representaciones de sindicatos distintos²³.

²². Así, la S.T.C.O. 98/1.985, de 29 de julio, f.j. nº. 16.

²³. En este sentido, GARCIA MURCIA, J., "Libertad ..", cit., pág. 186, admite que las C.C.A.A., además de los sindicatos que el legislador estatal ha considerado conveniente, den entrada a las

21. En fin, y a modo de conclusión, la competencia para determinar, qué sindicatos y en qué condiciones pueden participar en los procedimientos de consulta y negociación corresponde al Estado. Las C.C.A.A., en cambio, no pueden ni alterar las reglas estatales en materia de legitimación negocial ni determinar la composición de las mesas que se hayan de crear dentro de su Administración.

22. Ello no obstante, y teniendo en cuenta la estrecha conexión que existe entre los sujetos negociadores y las representaciones unitarias, derivada de la opción legal de adoptar el índice de audiencia electoral acreditado por los sindicatos en las elecciones a D.P. y J.P. como criterio de selección de la legitimación negocial, cabría pensar en la posibilidad de que las C.C.A.A, en el ejercicio de sus facultades normativas en materia de representación unitaria, pudieran intervenir en estos ámbitos materiales. Así, sucedería, verbigracia, si las C.C.A.A. pudieran aumentar o disminuir la extensión de las unidades electorales o el número de representantes unitarios, pues en este caso un sindicato podría conseguir con el mismo número de votos la atribución de un mayor número de representantes que en otras Comunidades y, a la postre, alcanzar más fácilmente los umbrales de representatividad exigidos por la normativa estatal para negociar no sólo en el

organizaciones que dentro de su ámbito puedan ser significativas, en base a sus potestades de autoorganización.

ámbito de su respectiva Comunidad sino, incluso, en la esfera de la Administración estatal.

Pues bien, en principio, las C.C.A.A. ostentan competencias normativas en materia de representación unitaria. En efecto, a juicio del Tribunal Constitucional, "las reglas sobre representación y acción colectiva de los funcionarios públicos forman parte del estatuto de los funcionarios públicos entendida esta expresión en sentido amplio, y con independencia de que el posible contenido de dicho estatuto se recoja en una sola norma o en varias y diferentes disposiciones"²⁴. La consecuencia más significativa de la introducción de esta materia dentro del régimen estatutario de los funcionarios va a ser que las "bases" de tal regulación forman parte de las competencias exclusivas del Estado, sin que las Comunidades puedan proceder a legislar sobre las citadas bases. Pero la atribución de esta competencia al Estado en cuanto se refiere a lo básico, no cierra el paso a las C.C.A.A. ; las mismas podrán incluso desarrollar una labor legislativa de complemento a la regulación estatal de carácter básico²⁵. Así, en

²⁴. S.T.C.O. 102/1.988, de 8 de junio, f. j. nº5. En el mismo sentido, las S.S.T.C.O. 98/1.985, de 29 de julio, 165/1.986, de 18 de diciembre y 9/1.988, de 25 de enero.

²⁵. Así, la S.T.C.O. 102/1.988, de 8 de junio, f.j. nº 5. Sobre el papel de las C.A.A.A. en la regulación de las representaciones unitarias ver las reflexiones de CRUZ VILLALON, J., "Juntas y Delegados de Personal: conceptos, ámbitos de actuación y competencias", en .A.A.V.V., Seminario sobre relaciones colectivas

principio, el régimen jurídico aplicable a la representación unitaria, aunque siempre habrá de mantenerse dentro de la "legislación básica" estatal, podrá ofrecer variantes de una Comunidad a otra.

Pero a pesar del innegable espacio teórico atribuido a las C.C.A.A. en esta materia, lo cierto es que la L.O.R.A.P., al regular las "bases" ha dejado poco espacio real a la intervención legislativa autonómica²⁶. En virtud de la competencia exclusiva que le asigna al Estado el art. 149.1.18 C.E. y de conformidad con la jurisprudencia fijada por el Tribunal Constitucional, la L.O.R.A.P. calificará como normas básicas a la práctica totalidad del Capítulo II de la misma ley, donde se regula la estructura, composición, competencias y garantías de las J.P y D.P²⁷. La minuciosidad de detalles de este capítulo de la L.O.R.A.P., abarcando tanto los aspectos más generales como descendiendo al funcionamiento puntual de las J.P. y D.P., da lugar a que difícilmente pueda realizarse

en la Función Pública, Sevilla, 1.989, págs. 80 y ss.

²⁶. CASAS BAAMONDE, M^o. E., "Los derechos sindicales de los funcionarios públicos en las Administraciones Públicas Vascas", en A.A.V.V., Administración Pública y Sindicalismo, Zarautz, 1.988, pág. 86.

²⁷. CRUZ VILLALON, J., "Juntas..", cit., pág. 82; PIÑAR MAÑAS, J.L., "Las estructuras de participación y representación del personal al servicio de las Administraciones Públicas", R.E.D.A., núm. 65, 1.990, pág. 54.

una labor innovativa por parte de las C.C.A.A. Sobre todo por lo que se refiere a los aspectos antes señalados, poco pueden hacer las Comunidades Autónomas. A este respecto, hay que diferenciar entre la determinación de las unidades electorales y la composición numérica de las J.P. en el ámbito de las C.C.A.A.

Con respecto al primer núcleo temático, hay que subrayar que los preceptos que determinan las unidades electorales a nivel autonómico no tienen la condición de normas básicas y que, además, los Consejos de Gobierno de las C.C.A.A., al igual que el Gobierno, pueden crear nuevas Juntas de Personal (art. 7.4 L.O.R.A.P.). Con estas premisas, hay que concluir que la ley estatal permite a las C.C.A.A. alterar las dimensiones de las unidades electorales y, con ello, el número de representantes unitarios.

Sin embargo, las C.C.A.A. no pueden introducir grandes innovaciones en este punto en concreto, pues están sujetas a las limitaciones sustancial y formal impuestas por el art. 7.5 de la L.O.R.A.P.²⁸.

Desde el punto de vista sustancial, dicho acuerdo ha de estar fundamentado en los criterios que se establecen en el propio art. 7.5, esto es, ha de estar inspirado en los principios de la

²⁸. Así, CRUZ VILLALON, J., "Juntas...", cit., pág. 82.

L.O.R.A.P. y ha de basarse sea en el número o en las peculiaridades del colectivo en cuestión²⁹.

En segundo lugar, y desde una perspectiva formal, sólo pueden crear nuevas Juntas de personal por acuerdo de su respectivo Consejo de Gobierno y, lo que es más importante, previo informe favorable del Consejo Superior de la Función Pública³⁰. Así, pues, la creación de nuevas J.P. precisa del preceptivo y vinculante informe del C.S.F.P.; informe que, atendiendo a las reglas de funcionamiento de los órganos colegiados, ha de adoptarse por el pleno del C.S.F.P., válidamente constituido, con el voto favorable de, al menos, la "mayoría absoluta de asistentes" (arts. 9 y ss de la L.P.A.). Las C.C.A.A. no pueden crear nuevas Juntas de Personal si el informe del C.S.F.P. es contrario a dicha creación. De esta forma, la intervención de este órgano, donde, aparte de los 17 representantes sindicales, tienen asiento seis representantes de la Administración del Estado, un representante de cada Comunidad Autónoma y 17 representantes de las Corporaciones Locales, garantiza la homogeneidad de las unidades electorales de las C.C.A.A., impidiendo que su extensión pueda ser alterada de manera sustancial por cada una de ellas.

²⁹. DEL REY GUANTER, S., "Organos..", cit., pág. 110.

³⁰. CRUZ VILLALON, J., "Juntas...", cit., pág. 82; DEL REY GUANTER, S., "Organos..", cit., pág. 110.

En cuanto al segundo núcleo temático señalado -la composición numérica de las J.P. y D.P-, hay que señalar que los arts. 5 y 8 de la L.O.R.A.P., donde se establecen los criterios y escalas de representación de los funcionarios de las Administraciones Autónoma y local, tienen la condición de normas básicas. Consecuentemente, ninguno de estos aspectos es susceptible de variación por las C.C.A.A.³¹. Ello se explica por el hecho de que el número de representantes es el punto de referencia para el cómputo de la representatividad sindical, el cual quedaría distorsionado, y en última instancia, invalidado, si en cada Comunidad Autónoma se pudiera incrementar o disminuir el número de representantes.

En definitiva, las Comunidades Autónomas no pueden ni ofrecer una regulación de la representatividad sindical distinta de la prevista en la legislación estatal ni pueden utilizar esa noción para encauzar la intervención sindical en las mesas de negociación que se creen dentro de su respectiva Administración de forma

³¹. Precisamente, el Decreto de desarrollo del País Vasco introducirá la posibilidad de designar Delegados de Personal en aquellas entidades locales vascas que cuentan con más de seis trabajadores y menos de diez, si así lo deciden los funcionarios por mayoría; posibilidad ésta no prevista en la formulación inicial de la L.O.R.A.P. y tomada literalmente del E.T. (art. 6.2.1). Pues bien dicha novedad respecto a la L.O.R.A.P. se introduce aclarando que "los resultados de las elecciones celebradas en esas Entidades Locales no serán considerados, en ningún ámbito a los efectos del cómputo de resultados en orden a declarar el grado de representatividad de las organizaciones Sindicales".

distinta a la prevista en la L.O.R.A.P.

23. Una excepción a la regla general se da en el caso de Navarra. El Decreto Foral 236/1.984, de 21 de noviembre, del Gobierno de Navarra, por el que se aprueba el Reglamento para la Elección de los Organos de representación de los Funcionarios de la Administración Pública de Navarra se aparta de las previsiones de naturaleza básica contenidas en los arts. 5 y 6 de la L.O.R.A.P. El art. 3.1 dispone "que en todas las Administraciones Públicas de Navarra en las que existen menos de 10 funcionarios se elegirá un Delegado de Personal". A su vez, el artículo 3.2 del Decreto Foral establece que en todas las Administraciones Públicas de Navarra en las que existan al menos 10 funcionarios se eligirá una Comisión de personal, cuyo número de miembros se determinará de acuerdo con una escala que va desde tres miembros para 10 a 25 funcionarios, hasta 21 miembros para 751 a 1.000 funcionarios, y de 1000 en adelante se designarán tres miembros por cada 1000 o fracción". Ambos preceptos se impugnaron por el Gobierno por ser incompatibles con los criterios y escalas contenidos en los arts. 5 y 6 de la L.O.R.A.P.

Sin embargo, desde el punto de vista del Tribunal Constitucional, no cabe imputar al art. 3 del Decreto Foral 236/1.984 ninguna tacha de inconstitucionalidad por extralimitación competencial. La afirmación del Tribunal descansa sobre la siguiente argumentación:

Los sujetos

En primer lugar, los territorios históricos, como Navarra, "pueden mantener competencias que les viniesen atribuidas por los derechos históricos al amparo de la disposición adicional primera de la Constitución según su actualización en el marco de la Constitución y del Estatuto de Autonomía"; actualización que en el caso de Navarra se ha llevado a cabo mediante la L.O.R.A.F.N.A., "de manera que las competencias que tengan su origen en un derecho histórico corresponderán a la Comunidad Foral en los términos que haya precisado la L.O.R.A.F.N.A., dentro del marco de la Constitución"³².

En segundo lugar, el art. 49.1 de la L.O.R.A.F.N.A., al atribuir a Navarra, la competencia exclusiva sobre "régimen estatutario de los funcionarios públicos de la Comunidad Foral, respetando los derechos y obligaciones que la legislación básica reconozca a los funcionarios públicos", efectúa el reconocimiento y actualización de un derecho histórico, pues, al amparo de lo establecido en la ley de 16 de agosto de 1.941, el régimen funcional es una competencia exclusiva de Navarra. Por consiguiente, los límites a la competencia en la Comunidad Foral no los constituyen cualesquiera previsiones contenidas en la legislación estatal básica, sino única y exclusivamente aquellas

³². S.T.C.O. 140/1.990, de 20 de septiembre, f.j. nº 3.

que reconozcan derechos y obligaciones esenciales de los funcionarios³³.

En tercer lugar, el Tribunal realiza una labor de "investigación histórica", a fin de determinar el alcance competencial del régimen foral en esta materia. Y, aunque reconoce que el Gobierno de Navarra no reguló la representación colectiva hasta 1.977, afirma que "la novedad del tema y lo reciente del ejercicio de competencias en relación al mismo no es, sin embargo, un obstáculo para la posibilidad de invocación de una competencia histórica al respecto, puesto que lo decisivo es que hitóricamente se haya ejercido la competencia sobre una "materia" globalmente considerada, en este caso el régimen estatutario de funcionarios, y no, dentro de la misma, los aspectos concretos que hayan de considerarse incluidos en aquella materia en función de la situación histórica de cada momento"³⁴.

Con estas premisas, el Tribunal Constitucional concluirá que "ninguna tacha de inconstitucionalidad, por extralimitación competencial, cabe imputar al art. 3º, párrafo primero y segundo, del Decreto Foral 236/1.984, por cuanto los artículos 5º y 6º de la Ley estatal 9/1.987 abordan una cuestión de orden estructural y

³³. S.T.C.O. 140/1.990, de 20 de septiembre, f.j. nº. 2.

³⁴. S.T.C.O. 140/1.990, de 20 de septiembre, f.j. nº. 4.

organizativo -relativa a los criterios y escalas de representación de los funcionarios de las Administraciones de las Comunidades Autónomas y Entidades locales para la determinación homogénea de la representatividad sindical y, más concretamente, de cuáles sean los sindicatos más representativos- que aun teniendo incidencia en la efectiva representación de todos y cada uno de los funcionarios, y por tanto en su derecho esencial a constituir órganos de representación de sus intereses ante las Administraciones Públicas y otros Entes públicos, en el caso del precepto foral impugnado, no sólo es respetado ese derecho sino que se ve potenciado al ampliarse aún más el criterio mismo de la representación"³⁵.

En sentido contrario, habría que indicar, sin embargo, las siguientes consideraciones³⁶:

En primer lugar, que la Diputación no ejerció nunca competencias normativas en materia de representación de los funcionarios y, por ello, a los efectos del art. 49.1.b) L.O.R.A.F.N.A., no cabe hablar de la existencia de un derecho histórico que se ejerciera en el pasado y se hubiera reconocido por el Estado. Por consiguiente, la competencia de Navarra para regular

³⁵. S.T.C.O. 140/1.990, de 20 de septiembre, f.j. nº 5.

³⁶. Ver las reflexiones que expresa RODRIGUEZ PIÑERO, M., en el voto particular que formula en el conflicto positivo de competencia 192/1.985 resuelto por la S.T.C.O. 140/1.985, de 20 de septiembre.

la materia de la representación de los funcionarios no puede sustraerse al límite general que impone el artículo 149.1.18 C.E. al establecer la reserva de competencia en favor de la legislación básica del Estado. Ello significa que al regular la representación de los funcionarios de Navarra tienen como límite competencial, al igual que las demás Comunidades, el respeto de la legislación básica del Estado.

En segundo lugar, porque, según doctrina del Tribunal Constitucional expresada en sentencias anteriores, las competencias históricamente ejercitadas por Navarra con arreglo al mismo, deben adaptarse al nuevo orden democrático cuando afectan a derechos fundamentales por la Constitución inherentes sin lugar a dudas a la unidad constitucional³⁷. Y, a este respecto, hay que recordar una vez más que las J.P. y D.P. sirven para fijar la representatividad sindical en el seno de las A.A.P.P., por lo que los criterios y escalas de representación de los funcionarios deben ser homogéneos en todas las C.C.A.A.; de lo contrario, se introducirían agravios comparativos entre las distintas C.C.A.A. a la hora de computar la representatividad sindical.

2.2. La representación funcional.

³⁷. Sobre este particular ver IGNACIO DEL BURGO, J., "Los derechos históricos de Navarra y la doctrina del Tribunal Constitucional", R.E.D.A., núm. 61, págs. 33 y ss.

24. Una de las más llamativas diferencias entre la representación sindical y la representación pública radica en el papel que respecto de una y otra pueden asumir las C.C.A.A. Mientras la primera está reservada por completo al Estado, la segunda queda repartida entre ambas instancias de poder. En efecto, la determinación de la representación pública representa el ejercicio de facultades normativas, que, al tiempo se desenvuelven en el ámbito organizativo de las C.C.A.A. En consecuencia, concurre un nuevo título de intervención autonómica. Así, el legislador estatal, en el ejercicio de sus competencias en materia funcional atribuye, con el carácter de norma básica, eficacia jurídica normativa a los Pactos y Acuerdos y, en consecuencia, los órganos que negocian en representación de la Administración de la Comunidad Autónoma correspondiente, deberán disponer de competencias normativas en materia de personal. Sin embargo, la determinación de los concretos titulares de poder normativo corresponde a las C.C.A.A.³⁸

3. Los mecanismos de integración.

3.1. La representación funcional.

25. Tal y como ha quedado de manifiesto a lo largo del presente trabajo, la regulación legal de los sujetos negociadores

³⁸. Ver, por todos, AJA FERNANDEZ, E. y otros, El sistema jurídico de las Comunidades Autónomas, Madrid, 1.985, pág. 109.

se caracteriza, de forma general, por ser una regulación incompleta. El legislador estatal designa, con mayor o menor precisión, qué sindicatos han de formar parte de las mesas de negociación, pero guarda absoluto silencio en todo lo que se refiere a la composición del banco sindical y a la formación de su voluntad negocial. Estos aspectos de la negociación colectiva requieren una ordenación legal estatal, por lo que no pueden ser suplidas estas lagunas ni por la autonomía colectiva ni por las C.C.A.A. Por consiguiente, estamos pura y sencillamente ante unas ausencias de ordenación que resultan difíciles de explicar desde un punto de vista estrictamente técnico.

26. Si a ello se une la escasa tradición de la negociación colectiva, herencia de los largos años sin libertad sindical, y la no menos escasa y tímida regulación de los medios de solución de los conflictos colectivos de intereses en la Función Pública, es difícil predecir por qué caminos discurrirá la negociación colectiva.

En este estado de cosas dos son los peligros que se ciernen. De una parte, que la falta de acuerdo entre los sindicatos en torno a la constitución válida de la mesa en función de la representatividad y audiencia que acrediten cada uno de ellos y a la mayoría y los procedimientos de votaciones sea la causa de gravísimos conflictos de representación que hagan inviable el

proceso negociador³⁹. De otra, y como consecuencia de lo anterior, que el recurso por parte de la Administración a la decisión unilateral sea más frecuente de lo que el respeto a un espacio digno y suficiente para el desarrollo de la autonomía colectiva haría aconsejable. La falta de acuerdo de los sindicatos, pueden hacer que la aplicación del artículo 37.2, contrariamente a lo que debería suceder dado su carácter de medida excepcional se convierta en una forma habitual de finalización de la negociación sin que las partes hayan podido entrar en materia.

27. Para eludir ambos peligros, y desde una perspectiva de lege ferenda, la única propuesta que cabe realizar es la de la imprescindible intervención del legislador estatal para que regule y desarrolle estos temas. Y una buena ocasión para ello hubiera sido la aprobación de la Ley 7/1.990. Esta ley, sin embargo, no introduce ninguna novedad en materia de sujetos negociadores, adoleciendo de los mismos defectos e insuficiencias que la ley 9/1.987, en su versión inicial.

28. Mientras tanto, en esta situación de atonía legislativa, es necesario determinar los mecanismos a seguir para integrar las deficiencias legales. En principio, cabría plantear una doble alternativa: en primer lugar, la aplicación de las reglas relativas

³⁹. Así, GARCIA FERNANDEZ, M., "Representatividad...", cit., pág. 2.468.

a la constitución de los órganos colegiados previstas en los arts. 9 y ss de la L.P.A.⁴⁰. En principio, estos preceptos tienen el carácter supletorio, es decir se aplican en defecto de disposiciones específicas. La aplicabilidad de la L.P.A., sin embargo, no puede producirse de forma supletoria, porque la mesa de negociación no es un órgano administrativo de carácter colegial. Tampoco puede producirse -o al menos resulta dudoso- por analogía, dada las diferencias jurídicas existentes entre los órganos administrativos de carácter colegial y las mesas de negociación.

La segunda solución podría consistir en la aplicación del E.T. En principio, esta disposición legal no puede aplicarse directamente al supuesto contemplado, ya que, como se sabe, esta disposición legal excluye expresamente de su ámbito de aplicación a los funcionarios y asimilados. Sin embargo, la afinidad jurídica que existe entre las comisiones negociadoras y las mesas de negociación permite apreciar la "identidad de razón" a que se refiere el art. 4.1 del C.c.⁴¹. Ello lleva a aplicar vía analógica o a seguir como "directriz" o "marco de referencia" los preceptos

⁴⁰. En este sentido, OJEDA AVILES, A., "Los derechos de representación y negociación de los funcionarios públicos", R.L., núm.8, 1.988, pág. 24, sostiene la aplicación de algunos principios de funcionamiento de los órganos colegiados (arts. 9 y ss L.P.A.).

⁴¹. Así, CARRERA ORTIZ, C., "Naturaleza y eficacia jurídica de la negociación colectiva en la función pública en España", R.E.D.T., núm. 38, 1.989, págs. 271 y ss.

del E.T. De esta forma, esta disposición legal vendría a desempeñar una función análoga a la que juega el R.D.L.R.T. en materia de huelga de los funcionarios mientras no se regule este derecho en la Función Pública.

29. Ciertamente, el recurso a la analogía deberá hacerse con circunscripción y mucho cuidado. Pero es evidente que, para cubrir la laguna legal a que nos estamos refiriendo, se encuentran muchas referencias útiles en dicha normativa laboral. Hay que tener en cuenta, además, que las sentencias de los tribunales del orden laboral contienen muchos elementos de una doctrina general de la regulación del derecho de negociación, que facilitan notablemente en nuestro caso la siempre delicada operación de interpretación analógica.

30. Esta solución requiere, sin embargo, dos precisiones:

En primer lugar, que el recurso a la aplicación vía analógica del E.T. tampoco resuelve todas las cuestiones, pues, aun cuando esta disposición legal regula expresamente el tema de la constitución de la comisión negociadora, presenta algunas insuficiencias. En estos casos lo más adecuado será que las partes resuelvan los problemas mediante acuerdos específicos para cada negociación, apoyándose en los criterios que al respecto hayan formulado la doctrina y jurisprudencia laboral.

En segundo lugar, que la aplicación de la normativa laboral requiere una previa "depuración". La solución a los problemas que plantea la mesa negociadora no debe extraerse exclusivamente por el procedimiento de mirar lo que ocurre en la normativa de la negociación colectiva laboral sensu stricto. El E.T. contiene una regulación extraordinariamente rígida de los aspectos subjetivos de la negociación colectiva. La razón última de tal minuciosidad y rigidez se encuentra fácilmente en la eficacia general de los convenios colectivos estatutarios. Los Pactos y Acuerdos también tienen eficacia general, por lo que, en principio, cabría entender que la aplicación analógica de las reglas del E.T. está plenamente justificada. Hay que advertir, sin embargo, que existe una diferencia sustancial entre los sistemas de negociación colectiva laboral y funcionarial. Mientras los impases de la negociación que se produzcan en el ámbito laboral por el incumplimiento de los requisitos subjetivos no determinan la imposibilidad total de negociaciones, pues siempre es posible la negociación colectiva extraestatutaria. En la Función Pública, en cambio, se cierra totalmente el proceso negociador, ya que no caben negociaciones al margen de la L.O.R.A.P. En estos casos, la Administración recuperaría la potestad de supremacía que inicialmente había cedido y procedería a la regulación unilateral de las condiciones de trabajo de los funcionarios (art. 37.2 L.O.R.A.P.). La circunstancia de que la Administración resuelva unilateralmente los conflictos es un dato que habrá que tener en cuenta a la hora

de enjuiciar la aplicación analógica del E.T. a la negociación colectiva de los funcionarios.

Conviene advertir, de todas maneras, que la solución a los problemas que plantea las lagunas a que nos estamos refiriendo requiere un análisis más detallado del que hemos realizado.

3.2. La representación pública.

31. Por lo que se refiere a la representación pública, habrá que estar a la normativa que, en cada caso, determina las competencias de los órganos en cada Administración (ver supra, Título II). En el caso de la Administración del Estado, esta normativa viene dada esencialmente por los arts. 10 y ss de la L.R.J.A.E. y, en materia de personal, por la L.M.R.F.P. y por el R.D. 2.169/1.984. En cuanto a las C.C.A.A, habrá que acudir a los respectivos Estatutos y a las diferentes leyes del Gobierno y de la Función Pública aprobadas por las Asambleas legislativas⁴². Finalmente, en la esfera local, hay que atender a la distribución de competencias operada en la L.B.R.L. y el T.R.R.L.

⁴². En el mismo sentido, LOPEZ GANDIA, J., "La negociación..", cit., pág. 18.

CAPITULO II

LOS CARACTERES GENERALES

1. Son agentes negociadores o partes del Pacto o Acuerdo quienes, del lado de los funcionarios y de las Administraciones Públicas, negocian y en su caso acuerdan el Pacto o Acuerdo, quienes representan los intereses de los funcionarios incluidos en la unidad de negociación y de la Administración Pública correspondiente.

I. LA REPRESENTACION FUNCIONARIAL.

2. La determinación de la representación funcional en las negociaciones exige, en todo caso, la concurrencia de una triple condición o condición sucesiva, que actúa como conjunto de requisitos excluyentes de mayor a menor⁴³: 1º) La capacidad negocial; 2º) La legitimación para negociar; 3º) La legitimación interviniente o derecho a formar parte de la mesa negociadora y adquirir la condición de negociador.

En la L.O.R.A.P. no aparecen los conceptos de capacidad y

⁴³. Sobre el significado de estas expresiones ver ALONSO OLEA, M y CASAS BAAMONDE, M^a. E., Derecho del Trabajo, Madrid, 1.989, pág. 684 y ss; OJEDA AVILES, A., Derecho Sindical, Madrid, 1.990, págs. 670 y ss.

Los sujetos

legitimación negocial, siendo el de legitimación interviniente el merecedor de todo su articulado (arts. 30 y 31.2). No obstante, los preceptos referidos a la legitimación interviniente configuran un poder genérico y un poder específico para negociar encuadrables, respectivamente, en los conceptos de capacidad y legitimación negocial, apareciendo la legitimación interviniente al constituirse la mesa negociadora.

1. La capacidad negocial.

3. Por capacidad convencional se entiende la capacidad para negociar los acuerdos. Es decir, una aptitud genérica, un poder jurídico abstracto para negociar, sin concreción en un acuerdo particular.

1.1. Los sujetos capacitados.

4. Poseen capacidad negocial, del lado de los trabajadores, según el E.T., el comité de empresa, los delegados de personal, las secciones sindicales y los sindicatos, federaciones y confederaciones constituidas de acuerdo con los arts. 4.1 y 7 de la L.O.L.I.S. (art. 87 E.T.)⁴⁴.

⁴⁴. Ver, por todos, ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M^a.E., op. cit., pág. 686; SALA FRANCO, T. y ALBIOL MONTESINOS, I., Derecho Sindical, 1.992, pág. 356.

Los sujetos

5. Gozan de esta aptitud genérica, en el ámbito de la Función Pública, los siguientes sujetos colectivos.

1.1.1. Los sindicatos, federaciones y confederaciones sindicales.

6. Tal es la conclusión a la que, sin duda, ha de llegarse al amparo de los arts. 30 y 31.2 de la L.O.R.A.P., en la medida en que la legitimación interviniente, noción a la que se refieren estos preceptos, presupone la capacidad negocial. Estos, por lo demás, han de gozar de personalidad jurídica y plena capacidad de obrar por haber depositado sus estatutos en la oficina pública establecida al efecto⁴⁵. En principio, el derecho a la negociación colectiva previsto en el art. 2 de la L.O.L.I.S es atribuido a toda "organización sindical" con independencia de si se ha sometido o no al procedimiento personificador previsto en el art. 4 de la L.O.L.I.S.. Pero debe tenerse en cuenta que esa competencia queda condicionada, referida a los términos en que se regulan en su normativa específica, y que esa normativa específica implícitamente refiere este derecho a los sindicatos "legalmente constituidos". En efecto, los sindicatos para poder formar parte de las mesas de

⁴⁵. Así, DEL REY GUANTER, S., Comentarios..., cit., pág. 182. Véase la S.T.C.T. de 7 de marzo de 1.988 donde se resuelve la cuestión referente al derecho del sindicato de A.T.S. para participar en la mesa negociadora del I.N.S.A.L.U.D. En esta sentencia se afirma que para poder participar como interlocutores en la determinación de las condiciones de trabajo en las Administraciones Públicas a través de los oportunos procedimientos de consulta o negociación -art. 6.3.c) L.O.L.I.S.-, es indispensable que el sindicato esté legalmente constituido y dotado de personalidad jurídica y capacidad de obrar.

Los sujetos

negociación han de acreditar la condición de más representativo o simplemente representativo en el ámbito al que se refiere la negociación y, precisamente, el acceso a la composición de las J.P. y D.P. esta reservado a los "sindicatos legalmente constituidos" (art. 17.1 L.O.R.A.P.).

1.1.2. Las secciones sindicales.

7. También ostentan aptitud genérica para celebrar Pactos y Acuerdos las secciones sindicales. Sin embargo, la contradicción que se aprecia entre lo dispuesto en la L.O.L.I.S y en la L.O.R.A.P. en orden a la capacidad negocial de las secciones sindicales nos obliga a efectuar un examen más detenido sobre esta cuestión.

8. La sección sindical es aquella instancia que, formando parte de la estructura interna del sindicato, agrupa a la totalidad de los trabajadores (funcionarios), en la empresa o centro de trabajo afiliados al mismo y a la que, mediante el cumplimiento de ciertos requisitos, la ley concede una serie de facilidades y garantías para el desarrollo de la actividad sindical en tales ámbitos⁴⁶. Por ello, se trata de un sujeto que actúa a un doble

⁴⁶. Ver CRUZ VILLALON, J., "El reconocimiento legal de la representación y la acción sindical en la empresa", en A.A.V.V., Comentarios a la Ley de Libertad Sindical, 1.986, pág. 238; MARTIN VALVERDE, A., "La acción sindical en la empresa en la Ley Orgánica de Libertad Sindical", R.F.D.U.C., núm. 7, 1.985, pág. 132.

nivel⁴⁷. De un lado, es una unidad organizativa interna del sindicato. La sección sindical aparece jurídicamente al mundo exterior como una parte integrante de la asociación sindical, único sujeto al que se reconoce personalidad jurídica⁴⁸. Por consiguiente, la sección sindical carece de tal cualidad, con las consecuencias que derivan en cuanto a capacidad de obrar y responsabilidad. Desde este punto de vista habrá que atender a sus relaciones, conflictos y, en definitiva, reparto de poder con los órganos directivos del sindicato.

Pero, además, y al mismo tiempo, la sección sindical constituye una forma de representación y actuación de los trabajadores dentro de la empresa. Por ello, el legislador toma directamente partido y realiza con una relativa tendencia a la descentralización un cierto reparto de competencias en la toma de decisiones entre la sección sindical y los órganos directivos del sindicato⁴⁹. Así, aun cuando este reparto no es completo pues ofrece algunas lagunas, en materia de negociación es clara la intención del legislador de que sea la sección sindical y no la dirección del sindicato quien protagonice la negociación a nivel de

⁴⁷. Ver, por todos, RODRIGUEZ PIÑERO, M. y CRUZ VILLALON, J., "El sindicato en la empresa en la Ley Orgánica de Libertad Sindical", R.L., núm. 1, 1.987, págs. 15 y ss.

⁴⁸. OJEDA AVILES, A., Derecho..., cit., pág. 362.

⁴⁹. CRUZ VILLALON, J., "El reconocimiento...", cit., pág. 245.

Los sujetos

empresa⁵⁰. Tal es la conclusión a que ha de llegarse a partir de lo dispuesto en el art. 8.2.b) de la L.O.L.I.S., en la medida en que este precepto reconoce la legitimación para negociar a las secciones sindicales de los sindicatos más representativos y de los que cuentan con representación en los órganos unitarios. Con ello, el legislador dota a las secciones sindicales de un cierta subjetividad jurídica que, aunque no alcanza la personalidad jurídica, le permite representar al sindicato y defender los intereses de los trabajadores en la empresa o centro de trabajo⁵¹.

9. Este reconocimiento de la capacidad negocial de las secciones sindicales no representa ninguna novedad en el ámbito privado, en tanto que el art. 87.1 del E.T. otorga, en los convenios de empresa o ámbito inferior, capacidad convencional a los comités de empresa, delegados de personal, en su caso, y a las "representaciones sindicales si las hubiere". Ahora bien, el E.T. utiliza una expresión en extremo indeterminada que no prejuzgaba la fórmula concreta que habría de revestir en la práctica colectiva el sujeto sindical actuante en la empresa⁵². La L.O.L.I.S. viene a concretar esta genérica alusión estatutaria a las "representaciones

⁵⁰. CRUZ VILLALON, J., "El reconocimiento...", cit., pág. 245; ESCUDERO RODRIGUEZ, R., Los sujetos de los convenios de empresa, Madrid, 1.985, pág. 198; FERNANDEZ LOPEZ, M^a.F., "Régimen jurídico sindical", en A.A.V.V., Comentarios a la Ley de Libertad Sindical, Madrid, 1.986, pág. 180.

⁵¹. OJEDA AVILES, A., Derecho..., cit., pág. 362; RODRIGUEZ PIÑERO, M. y CRUZ VILLALON, op. cit., pág. 15.

⁵². Ver, por todos, ESCUDERO RODRIGUEZ, R., Los sujetos..., cit., pág. 195.

Los sujetos

sindicales", pues éstas no son otras que las secciones sindicales de empresa reconocidas expresamente por ella.

10. En relación a este tema, surge la duda de si el reconocimiento de la capacidad negociadora de las secciones sindicales también se extiende a la negociación colectiva en el ámbito de la Función Pública. Como ya dijimos, la L.O.L.I.S es de aplicación total y global a los funcionarios públicos salvo en aquellos aspectos en que se disponga lo contrario. De acuerdo con este criterio sistemático, el Tít. IV de la L.O.L.I.S resulta aplicable en la Función Pública, ya que no se excluye de su campo de aplicación a los funcionarios. Al contrario en el mismo se alude explícitamente a las secciones sindicales de los sindicatos con presencia "en los órganos de representación que se establezcan en las Administraciones Públicas", es decir, en los órganos unitarios de los funcionarios, como se desprende del análisis sintáctico de tales preceptos y como se especifica en la disposición adicional 2ª del mismo texto legal. En fin, la L.O.L.I.S. ha sometido a un tratamiento idéntico la organización y representación sindical de trabajadores y funcionarios en sus respectivos centros de trabajo. De este modo, los funcionarios afiliados a un sindicato pueden constituir secciones sindicales.

¿Ahora bien estas secciones sindicales están capacitadas para negociar?. En principio, a partir de la interpretación sistemática

Los sujetos

de los arts. 6.3.b) y c) y 8.2.b) de la L.O.L.I.S, se podría entender que este último se refiere exclusivamente a la negociación colectiva estatutaria. En efecto, el art. 6.3 habla de "negociación colectiva" y de "procedimientos de consulta y negociación" como manifestaciones diferentes de la actividad sindical. Sin embargo, esta interpretación resulta forzada, y ello por tres razones. En primer lugar, porque hay otros pasajes de la ley que utilizan la expresión "negociación colectiva" en sentido amplio⁵³. En segundo lugar, porque el art. 8.2.b), a diferencia del art. 6.3.b), se remite a "los términos previstos en su legislación específica" y no a "los términos previstos en el Estatuto de los Trabajadores". En tercer lugar, y sobre todo porque el art. 8.2.b) atribuye el derecho a la negociación colectiva a las "secciones sindicales de los sindicatos más representativos y de los que tengan representación en los comités de empresa y en los órganos de representación que se establezcan en las Administraciones Públicas". Valorando conjuntamente todos estos datos, hay que concluir que el art. 8.2.b.) de la L.O.L.I.S. es de aplicación en la Función Pública, de modo que también garantiza la capacidad negocial de las secciones sindicales de los funcionarios⁵⁴.

⁵³. Así, el art. 2.2.d) se refiere al "derecho a la negociación colectiva", incluyendo el derecho a la negociación colectiva en la Función Pública. Otro tanto ocurre con el art. 11 en lo relativo al canon de negociación y con el art. 9.2 en relación con los permisos retribuidos para el desarrollo de la negociación.

⁵⁴. En el mismo sentido, DEL REY GUANTER, S., Comentarios..., cit., pág. 184; FERNANDEZ LOPEZ, M^a.F., y CRUZ VILLALON, J., "Los sindicatos en la Función Pública: Régimen jurídico y representaciones sindicales en el centro de trabajo", en A.A.V.V., Seminario de relaciones colectivas en la Función Pública, Sevilla, 1.989, pág. 235.

Los sujetos

11. Ahora bien, la L.O.L.I.S. se limita en esta materia a efectuar un reonomimiento abstracto de tal derecho; para su ejercicio se remite por completo a "los términos establecidos en su legislación específica" (art. 8.2.b). La legislación a que se remite es sin duda la que contiene la L.O.R.A.P. en su Capítulo III. Pues bien, el panorama se vuelve más confuso, aún si cabe, con esta disposición legal, ya que no contiene mención directa a la capacidad negocial de las secciones sindicales, en tanto que dicha capacidad viene referida genéricamente en favor de las organizaciones sindicales⁵⁵.

12. A partir de estas premisas, hay que preguntarse cómo se integran las previsiones de la L.O.L.I.S con la regulación de la L.O.R.A.P. A este respecto, hay que indicar que, aunque en el Tít. IV de la L.O.L.I.S. se legisla fundamentalmente para las relaciones laborales privadas⁵⁶, lo cierto es que se dirige indistintamente a la acción sindical del personal laboral como de los funcionarios. Por consiguiente, dado que no existe, en principio, una razón objetiva que justifique la diferencia de tratamiento de las secciones sindicales en los ámbitos privado y funcionarial, hay que

⁵⁵. Así, FERNANDEZ LOPEZ, M^a.F. y CRUZ VILLALON, J., op. cit., pág. 234.

⁵⁶. Y prueba de ello es que la mayoría de los términos empleados en los arts. 8 y ss de la L.O.L.I.S. son específicos de la legislación laboral: "trabajadores"; "empresa"; "centro de trabajo"; "comités de empresa" y "delegados de personal", "convenio colectivo", "despidos", "contrato", etc., La alusiones legales a las representaciones electivas de los funcionarios y a los procedimientos de consulta y negociación son, por el contrario, vagas e imprecisas e, incluso, en este último caso inexistentes, lo que evidencia que el legislador en alguna ocasión olvida o no es plenamente consciente de la aplicabilidad de esta ordenación al sector funcionarial.

Los sujetos

concluir que el art. 8.2.a) L.O.L.I.S también garantiza la capacidad negocial de las secciones de los funcionarios. El hecho de que este artículo otorgue a las secciones el derecho a la negociación "en los términos establecidos en su legislación específica" no invalida la tesis propuesta. Pese a que los art. 30 y 31.2 de la L.O.R.A.P. ignoran a las secciones sindicales como sujeto negocial, lo cierto es que aquel precepto se proyecta sobre éstos, por lo que es preciso garantizar la capacidad negocial de las secciones de los funcionarios públicos. Además, la lectura al contrario de la discutible literalidad de los arts. 30 y 31.2 de la L.O.R.A.P. encuentra fundamento adicional en la falta de unidad terminológica que se aprecia en esta disposición legal en torno al concepto de "organización sindical". En diversas ocasiones la ley emplea esta expresión para aludir a las secciones sindicales⁵⁷.

Cuestión distinta es la que se refiere a las posibilidades que se le abren a la sección sindical en la Función Pública para poder

⁵⁷. Así, por ejemplo, el art. 42.4 obliga a la Administración a poner a disposición de las "organizaciones sindicales" una local con dotación de material adecuado, cuando, por aplicación del art. 8.2.c) de la L.O.L.I.S, este derecho corresponde a las secciones sindicales a quienes, por tanto, ha de entenderse referido el precepto. En este mismo sentido, OJEDA AVILES, A., "Los derechos..", cit., pág. 27.

En esta misma línea, cabe citar el art. 41.a) de la L.O.R.A.P., donde se atribuye la legitimación para convocar las reuniones de los funcionarios afiliados a un sindicato a las "Organizaciones sindicales, directa o a través de los Delegados Sindicales". Sin embargo, dado que el art. 8.1.b) de la L.O.L.I.S. atribuye a los funcionarios afiliados al sindicato el derecho de celebrar reuniones y que el Delegado sindical es el órgano de representación de la sección sindical y no del sindicato, hay que entender que la L.O.R.A.P. se refiere a las secciones sindicales. Tesis que viene a corroborar el art. 42.1, al asignar a éstas, y no al sindicato, el crédito de horas para las reuniones en horario de trabajo. En contra, DEL REY GUANTER, S., Comentarios..., cit., pág. 265, quien afirma que las "secciones sindicales no gozan de legitimación para convocar las reuniones pues no son organizaciones sindicales en sentido técnico jurídico".

Los sujetos

ejercer el derecho de negociación colectiva que le atribuye el art. 8.2.b) de la L.O.L.I.S. A este respecto, hay que indicar que para que puedan protagonizar procesos de negociación asimilados a los que realizan sus homónimas en el ámbito de las relaciones laborales privadas habrán de cumplir los requisitos de legitimación fijados en la L.O.R.A.P., esto es, habrán de constituirse en niveles coincidentes con los de las mesas de negociación y pertenecer a un sindicato más representativo o simplemente representativo en la unidad de negociación correspondiente.

13. Como hemos visto, las secciones tienen una doble vertiente, son unidades organizativas internas del sindicato y son también, al mismo tiempo, representaciones externas frente a la Administración Pública, a las que la ley confiere determinadas ventajas y prerrogativas. En relación al primer plano hay que subrayar la libertad interna de autoorganización del sindicato. Este puede utilizar diferentes modalidades de organización en los centros de trabajo. La ley ni veda ni puede vedar tal posibilidad. Estas unidades organizativas, como manifestación pura de la autonomía organizativa del sindicato tendrán a efectos internos las competencias que estatuariamente les correspondan. Cuestión distinta es la del aspecto externo de la sección sindical, y en particular de su actividad negocial. En este caso, si no reúne los requisitos legales fijados en la L.O.L.I.S. no dispondrá de capacidad negocial.

Los sujetos

1º) Pertenencia a un sindicato legalmente constituido.

14. La sección sindical ha de pertenecer a un sindicato legalmente constituido⁵⁸, pues la subjetividad jurídica que procede atribuirle no alcanza la personalidad, de modo que ésta debe actuar amparándose en la personalidad jurídica del sindicato al que pertenece⁵⁹. Además, existe un argumento adicional, y es que los sindicatos sin personalidad jurídica no pueden constituir secciones sindicales⁶⁰.

No es necesario, en cambio, que el sindicato acredite un mínimo de representatividad o afiliación sindical, pues la ley no

⁵⁸. En este mismo sentido, ESCUDERO RODRIGUEZ, R., *Los sujetos..*, cit., pág. 238, sostiene que las secciones sindicales para poder negociar convenios colectivos estatutarios han de pertenecer a un sindicato legalmente constituido. Además, hay que subrayar que no tendrán capacidad negocial las representaciones que rompan el esquema legal de la sección sindical porque, por ejemplo, aglutinan a funcionarios afiliados a varios sindicatos o a funcionarios afiliados a un sindicato e independientes. Vid. CRUZ VILLALON, J. "El reconocimiento..", cit., pág. 242. En cambio, si gozarán de capacidad negocial aquellas secciones sindicales que integran a un mismo tiempo a trabajadores y funcionarios de una misma Administración afiliados a un sindicato, si bien al ejercitar su derecho a la negociación colectiva deberán hacerlo de acuerdo con una legislación diversa, según actúen en representación de uno u otro personal. Vid. FERNANDEZ LOPEZ, M^a.F. y CRUZ VILLALON, J., op. cit., pág. 225.

⁵⁹. RIVERO LAMAS, J., op. cit., pág. 63.

⁶⁰. En principio, el art. 8 no exige expresamente requisito alguno de personalidad a los sindicatos que deseen constituir secciones sindicales. Pero, al exigir que las condiciones de constitución de las secciones sindicales consten en los estatutos del sindicato, parece que concede dicha facultad exclusivamente a los sindicatos que hayan cumplido el trámite de depósito de sus estatutos, pues el único medio de asegurar el cumplimiento de este requisito es el de posibilitar su comprobación por la oficina pública que los registra y deposita. En base a este argumento CRUZ VILLALON, J., "El reconocimiento..", cit., pág. 240, afirma que la L.O.L.I.S. reserva la facultad de constituir secciones sindicales y el ejercicio de los derechos anejos a ello a los sindicatos legalmente constituidos.

le exige ninguna implantación para crear la sección sindical⁶¹. Cuestión distinta es la de la legitimación negocial de la sección sindical, ya que ésta sí precisa de una representatividad sindical. También es indiferente el número de funcionarios que prestan servicios en la unidad productiva de referencia.

2º) Constitución de conformidad con los estatutos del sindicato.

15. Aunque el legislador configura un modelo de organización "ascendente" y no "descendente"⁶², por cuanto atribuye el derecho de constitución directamente a los "trabajadores" (funcionarios) y no a los sindicatos funcionariales⁶³, aquellos deben actuar "de conformidad con lo establecido en los estatutos del sindicato" (art. 8.1.a) L.O.L.I.S.). La agrupación de funcionarios afiliados a un sindicato no constituye una sección sindical si no está organizada como tal; es la adecuación al estatuto lo que imprime su carácter⁶⁴. Este rasgo distingue a la sección sindical de las

⁶¹. Todos los sindicatos con afiliados en la empresa pueden disponer de la correspondiente sección sindical. Llevándolo a sus últimas consecuencias, basta con que el sindicato en cuestión posea un sólo afiliado. Ver CRUZ VILLALON, J., "El Reconocimiento...", cit., pág. 239; OJEDA AVILES, A., Derecho..., cit., pág. 363.

⁶². Vid. FERNANDEZ LOPEZ, M^a.F., "Régimen...", cit., pág. 235

⁶³. FERNANDEZ LOPEZ, M^a.F., "El régimen...", cit., pág. 179; PALOMEQUE, C., Derecho Sindical, Madrid, 1.988, pág. 159; SALA FRANCO, T. y ALBIOL MONTESINOS, I., op. cit., pág. 272.

⁶⁴. Vid. MARTIN VALVERDE, A., op. cit., pág. 132.

Los sujetos

coaliciones de funcionarios afiliados⁶⁵ que no gozarán de capacidad negociadora. Incluso, si se trata de un sujeto de naturaleza sindical ha de haberse constituido en sección sindical, pues, de lo contrario, aunque pertenezca a un sindicato con personalidad jurídica no gozará de capacidad negocial⁶⁶.

En cuanto al procedimiento de constitución, habrá que estar a lo que dispongan los estatutos del sindicato, donde habrán de constar los términos concretos del quién y del cómo de la constitución de la sección sindical⁶⁷. Por lo demás, pese a la absoluta libertad en la constitución de las secciones sindicales, será necesario el cumplimiento de unas formalidades externas mínimas, pues la sección sindical, además de constituir una unidad organizativa interna del sindicato, es una instancia representativa de los funcionarios frente a la Administración. Por esta razón, aunque la L.O.L.I.S no exija ningún requisito de registro o de

⁶⁵. MARTIN VALVERDE, A., op. cit., pág. 132.

⁶⁶. Así, la sentencia de 25 de octubre de 1.982 del T.C.T. En idéntico sentido, ESCUDERO RODRIGUEZ, R., Los sujetos..., cit., pág. 239; OJEDA AVILES, A. y MAEZTU GREGORIO DE TEJADA, J., "Elecciones..", cit., pág. 293.

⁶⁷. Aunque el art. 4.2 de la L.O.L.I.S. no haga mención al respecto. Vid. CRUZ VILLALON, J., "El reconocimiento..", cit., pág. 243; FERNANDEZ LOPEZ, M^a.F., "El régimen..", cit., pág. 178. Según la sentencia de Magistratura de trabajo núm. 7 de Valencia la previsión estatutaria de la constitución es imprescindible para proceder a su creación con efectos ad extra (sentencia citada en BORRAJO DACRUZ, E., "Delegados sindicales: ¿en la empresa o en el centro de trabajo?", A.L., núm. 34, 1.987, pág. 1.852. En cualquier caso, la eventual negativa empresarial al reconocimiento de una sección sindical en base a que el estatuto del correspondiente sindicato no contiene previsión alguna al respecto, "exige la previa declaración judicial de no conformidad a derecho de cualesquiera de los estatutos que hubieran sido depositados y publicados conforme previene el art. 4 de la L.O.L.I.S." (S.T.S.J. de Madrid de 29 de junio de 1.990).

Los sujetos

comunicación⁶⁸, deberá notificarse la constitución de la sección sindical a la Administración Pública⁶⁹. Obviamente, esta comunicación no requiere la consiguiente aceptación por parte de ésta⁷⁰, porque los funcionarios ostentan este derecho en términos absolutos sin otra limitación que la de actuar de conformidad con los estatutos del sindicato.

1.2. Exclusiones

16. La L.O.R.A.P., en imitación estructural del E.T., no menciona expresamente quienes están privados de capacidad negocial. Ello no obstante, realizando un recorrido por su articulado, se pueden configurar las siguientes exclusiones:

1.2.1. Los colegios profesionales.

17. Los colegios profesionales son Corporaciones de Derecho Público que tienen por fines esenciales la defensa de las profesiones y la representación exclusiva de las mismas. Por ello,

⁶⁸. CRUZ VILLALON, J., op. ult. cit., pág. 244.

⁶⁹. CRUZ VILLALON, J., "El reconocimiento..", cit., pág. 244; OJEDA AVILES, A., Derecho..., cit., pág. 363.

⁷⁰. Así, CRUZ VILLALON, J., "El reconocimiento...", cit., pág. 244. En este sentido, RIVERO LAMAS, J., "Umbrales de la representación sindical en las empresas (sobre la aplicación de los artículos 8º y 10 de la Ley Orgánica 11/1.985, de Libertad Sindical)", A.L., núm. 21, 1.987, pág. 62, afirma que de la aplicación de la Ley tan sólo se puede derivar la posibilidad de verificación por el empresario de la existencia de afiliados en la empresa o centro de trabajo.

y a pesar de que los colegios no presentan diferencias cualitativas con las organizaciones privadas, no es posible asimilarlos a los sindicatos y entender que están capacitados para negociar⁷¹.

18. Esta exclusión, aunque intachable desde un punto de vista estrictamente jurídico, no es adecuada en algunos supuestos, sobre todo en relación con la negociación de determinadas materias. Piénsese, verbigracia, en la preparación y diseño de los planes de oferta de empleo público y, sobre todo, en los sistemas de ingreso, provisión y promoción profesional de los funcionarios. En todas estas materias existe una pluralidad de intereses, de los funcionarios y de los aspirantes a serlo. Los sindicatos negociadores, en la medida en que representan fundamentalmente a los que ya son funcionarios y, entre ellos, a los funcionarios interinos, podrían poner cortapisas al acceso a la Funcion Pública de los aspirantes a serlo. Para evitar estos peligros sería conveniente la intervención de los Colegios Profesionales por su papel de defensores de la profesión. A su través, se podría corregir o contrarrestar el fin "egoísta" de los sindicatos. Ello, no obstante, aun cuando los colegios no van a poder participar en calidad de sujetos negociadores, si pueden hacerlo en el periodo de formación de la propuesta negocial de las Administraciones Públicas

⁷¹. Así, OJEDA AVILES, A., "Delimitación, contenido y restricciones de la libertad sindical", en A.A.V.V., Comentarios a la Ley de Libertad Sindical, Madrid, 1.986, pág. 46. Ello no obstante, el Consejo General de Colegios de Médicos ha llegado en alguna ocasión a acuerdos sobre las condiciones de trabajo de los médicos de la Seguridad Social con el Ministerio del ramo correspondiente.

Los sujetos

sobre las antecitadas materias. Sus representantes pueden abrir un periodo de información pública o de audiencia para conocer su opinión al respecto.

1.2.2. Las asociaciones de funcionarios públicos.

19. Tampoco poseen capacidad negocial las asociaciones de funcionarios públicos constituidas al amparo del derecho común de asociaciones profesionales del art. 22 de la Constitución y al margen de la regulación jurídica del sindicato⁷². Estas asociaciones, que cuentan con una larga tradición en la Función Pública, se han caracterizado por limitarse a perseguir objetivos corporativos, no económicos y sociales, a diferencia del sindicato⁷³. El ordenamiento jurídico a fin de evitar los riesgos de un aislamiento corporativo y de potenciar el sindicato en la Función Pública, sólo reconoce a este último el instrumento que históricamente se ha demostrado como más eficaz para la defensa y promoción de los intereses profesionales, a saber, la negociación colectiva⁷⁴.

1.2.3. Los cuerpos.

⁷². Sobre las diferencias entre las asociaciones y los sindicatos ver las reflexiones de OJEDA AVILES, A., "Delimitación...", cit., pág. 39-40.

⁷³. Vid. PARADA VAZQUEZ, J.R., Sindicatos y asociaciones de funcionarios, Madrid, 1.968, págs. 63 y ss.

⁷⁴. DEL REY GUANTER, S., Estado..., cit., pág. 67.

Los sujetos

20. Tampoco poseen capacidad convencional los Cuerpos de Funcionarios⁷⁵. El Cuerpo, en teoría, no es más que una estructura orgánica de la que se dota la Administración Pública para la organización de su personal funcional, y no está jurídicamente configurado como una vía para la reivindicación profesional⁷⁶. Sin embargo, la ausencia de la libertad sindical funcional y la debilidad provocada de las asociaciones funcionariales, hicieron de la mayoría de los cuerpos el órgano colectivo de expresión y defensa de los intereses comunes. Esta situación no habría merecido tantas críticas si el Cuerpo se hubiera limitado a ese ámbito ligado a las condiciones de trabajo. Lo auténticamente grave ha sido que el Cuerpo extendió sus objetivos, pasando a ser un grupo de presión respecto no sólo a la relación de servicio, sino también a los distintos aspectos de la relación orgánica, pasando a ser un grupo de torsión y adquiriendo todos esos calificativos de parasitismo, prebendalismo, patrimonialismo, etc..., El reconocimiento en exclusiva de la capacidad negocial a los sindicatos va a determinar un giro radical, de forma que en lo sucesivo van a ser éstos la vía más efectiva de defensa profesional.

1.2.4. Las representaciones assemblearias.

⁷⁵. DEL REY GUANTER, S., Estado..., cit., pág. 67.

⁷⁶. Vid. DEL REY GUANTER, S., Estado..., cit., págs. 65 y ss.

21. No poseen capacidad negocial las representaciones asamblearias (asambleas de funcionarios y delegados elegidos "ad hoc" para la negociación)⁷⁷. Ello no obstante, y pese al silencio legal, las asambleas pueden desarrollar funciones de información sobre la marcha de las negociaciones e, incluso, de "ratificación de lo acordado". A tal fin, los sindicatos para conectar con la base de afiliados en los centros de trabajo, podrán, directamente o a través de lo delegados sindicales, convocar una reunión de los funcionarios (art. 41.a) L.O.R.A.P.). Pero en la medida en que los acuerdos afectan a todos los funcionarios, y dada la vinculación sindical que mantienen los representantes unitarios elegidos bajo sus siglas, también podrán por medio de éstos convocar la reunión de todo el colectivo afectado en cuestión. En el primer supuesto, la reunión habrá de celebrarse fuera de las horas de trabajo, salvo que venga referida exclusivamente a los miembros de la sección sindical. En este último caso, así como cuando la reunión sea convocada por los D.P. y J.P., la reunión podrá celebrarse dentro de la jornada de trabajo, siempre que no se supere el límite de 36 horas al año y exista acuerdo entre el órgano competente en materia

⁷⁷. En esta línea, BLASCO ESTEVE, A., "La negociación colectiva de los funcionarios públicos en la Administración Local", en MUÑOZ MACHADO (Coord.), Tratado de Derecho Municipal, Madrid, 1.988, Tomo II, pág. 2.165, señala que no caben las negociaciones directas entre los entes locales y los funcionarios. Por su parte, el T.C.T. ha venido negando sistemáticamente la posibilidad de que los trabajadores negocien directamente con el empresario el convenio colectivo, declarando que el mandato representativo no legitima a los trabajadores para negociar un convenio colectivo (S.S.T.C.T. de 12 de marzo de 1.986, 19 de junio, 22 de julio y 30 de noviembre de 1.987).

Los sujetos

de personal y los sujetos convocantes (art. 2.1 L.O.R.A.P.)⁷⁸.

En principio, estas actuaciones tienen un carácter estrictamente informativo, toda vez que la capacidad negocial corresponde a los sindicatos y no se ha previsto ninguna intervención de los funcionarios en orden a la eficacia de los acuerdos⁷⁹, máxime cuando la L.O.R.A.P. no establece el régimen de adopción de los acuerdos en las reuniones. En tal caso, la decisión adoptada en la reunión sólo constituye un compromiso moral que vincula a los representantes con la voluntad manifestada por los funcionarios, pero sin relevancia jurídica, ya que la validez de los Pactos y Acuerdos no quedará afectada por su incumplimiento. Ahora bien, es posible que en los estatutos del sindicato se exija la ratificación final del acuerdo obtenido por la base de afiliados o por todo el colectivo afectado. En este supuesto, no sólo se exige que lo acordado por los sindicatos se someta a la consideración de los funcionarios afiliados o de todo el colectivo afectado como trámite esencial del procedimiento de formación de la voluntad de los órganos estatutarios competentes. Se exige, además, que el voto de éstos sea favorable. Si los sindicatos firman el Pacto o Acuerdo, pese al voto en contra de los funcionarios, éste

⁷⁸. Vid. PRADOS DE REYES, F.J., "El derecho de reunión en la Función Pública", en A.A.V.V., Seminario sobre relaciones colectivas, Sevilla, 1.989, pág. 137-138. Véase la S.T.S. de 4 de mayo de 1.990.

⁷⁹. En este mismo sentido, se pronuncian en relación con los convenios colectivos SALA FRANCO, T. y ALBIOL MONTESINOS, I., op. cit., pág. 293, para quienes el art. 78 del E.T. configura a las asambleas al respecto como meramente informativas

Los sujetos

devendrá ineficaz por defectos formales en relación con lo estatutariamente previsto.

1.2.5. Las representaciones unitarias.

22. En fin, la L.O.R.A.P. ha diseñado un modelo de negociación sindical o sindicalizado, pues no prevé otros cauces que los sindicales para la participación de las condiciones de trabajo de los funcionarios⁸⁰. Esta privada de capacidad convencional cualquier otra fórmula organizativa o representativa de los intereses funcionariales.

1.3. Consideración especial de la exclusión de las representaciones unitarias.

23. La exclusión de los D.P. y J.P. de la negociación colectiva representa una de las desviaciones más notables respecto a la normativa del E.T. De ahí, la conveniencia de prestar una consideración especial a este tema. A continuación, vamos a considerar, por este orden, el marco normativo en el que se fundamenta dicha exclusión; la cuestión referente a la legitimidad constitucional de esta opción legal, y, en último lugar, las circunstancias o factores que pueden haber incidido sobre esta

⁸⁰. BLASCO ESTEVE, A., op. cit., pág. 2.162; LOPEZ GANDIA, J., "La negociación...", cit., pág. 16; DEL REY GUANTER, S., Comentarios..., cit., pág. 182.

opción del legislador.

1.3.1. Marco normativo.

24. La L.O.L.I.S. reconoce el derecho a la negociación colectiva a las organizaciones sindicales, con exclusión de otras formas organizativas y, entre ellas, las representaciones unitarias. Sin embargo, como ya dijimos, a ello no debe otorgársele mayor significación, pues tampoco atribuye competencias de negociación a los C.E. y D.P. Es más, al tratarse de una ley de desarrollo de la libertad sindical, no podía extender el ejercicio de este derecho a las representaciones unitarias. Más aún, al no existir en la Función Pública en ese momento una cobertura legal para tales representaciones, tal extensión era imposible.

La L.O.R.A.P. ha optado finalmente por consolidar el modelo de negociación sindical o sindicalizado esbozado en la L.O.L.I.S.. Tal es la conclusión que se extrae a partir del listado de competencias de las J.P. y D.P., donde, en absoluto, están presentes las competencias de negociación (art. 9 L.O.R.A.P.) y, sobre todo, de los arts. 30 y 31.2, en los que se reserva a las organizaciones sindicales el derecho a formar parte de las mesas de negociación. En base a estos preceptos, se concluye que las J.P. y D.P. no

Los sujetos

pueden desplegar acción negocial⁸¹. Ni siquiera ostentan facultades cercanas a la cogestión, que por la vía de los hechos pudieran dar paso a una negociación informal⁸².

25. Ello no obstante, a partir de una serie de constataciones cabría plantearse la posibilidad de reconocer capacidad negocial a las J.P. y D.P.

26. La primera es que existe una fuerte sindicalización de las J.P. y D.P.⁸³. La L.O.L.I.S. adopta el índice de audiencia electoral acreditado por los sindicatos en las elecciones a los órganos de representación unitaria, tanto de los trabajadores como de los funcionarios, como criterio de medición de la representatividad sindical. Por ello, tanto el E.T. como la L.O.R.A.P. potencian la penetración de los sindicatos dentro de las representaciones unitarias. En esto coinciden plenamente ambas disposiciones legales, hasta el punto que los aspectos normativos en que se manifiesta esta nota de la sindicalización son los mismos. Más aún, una lectura comparada de ambos textos normativos

⁸¹. Destacan este hecho, entre otros autores, BLASCO ESTEVE, A., op. cit., pág. 2.170; CASAS BAAMONDE, M.^a.E., "Los derechos sindicales..", cit., pág. 94; CRUZ VILLALON, J., "Juntas..", cit., págs. 96-97; RODRIGUEZ PIÑERO, M., "La participación del personal" en el empleo público", .R.L., núm. 19, 1.987, pág. 2.

⁸². En particular, ni siquiera se les atribuye facultades de veto o impugnación en sus competencias de participación en la gestión del personal; las exigencias de autorización previa por parte de los comités de empresa en supuestos de cambios organizativos del personal de carácter sustancial (arts. 41, 47 y 51 E.T.), en absoluto están presentes entre las competencias de las J. P y D.P. Así, CRUZ VILLALON, J., "Juntas..", cit., pág. 79.

⁸³. Ver, por todos, CRUZ VILLALON, J., "Juntas..", cit., pág. 86.

lleva a la conclusión de que el proceso de sindicalización de las representaciones unitarias aparece mucho más acentuado para las J.P. y D.P. que para los comités de empresa y delegados de personal⁸⁴. Un rápido vistazo a los preceptos más significativos sobre el particular puede ser bastante ilustrativo del fuerte control ofrecido a los sindicatos con relación a las J.P. y D.P.

En primer lugar, respecto a la convocatoria de las elecciones, la promoción viene atribuida a "las organizaciones sindicales más representativas a nivel estatal o de C.C.A.A., así como los que hayan obtenido el 10 por 100 o más de los D.P. y J.P" (art. 13 L.O.R.A.P.). Por diferencia al sector privado, donde la promoción también es posible directamente por los trabajadores del centro de trabajo por acuerdo mayoritario (art. 67.1E.T.), en la Función Pública existe un monopolio sindical en la promoción⁸⁵. Además, mientras que en el sector privado el proceso electoral se puede iniciar según las circunstancias de cada empresa o centro de trabajo, en la Función Pública se trata de un proceso cerrado y unificado en el tiempo para todas las unidades electorales, de forma que el control sindical del momento de su celebración es mucho más fuerte aquí, al tiempo que se presentan externamente como

⁸⁴. Así, CRUZ VILLALON, J., "Juntas..", cit., pág. 86.

⁸⁵. Subrayan este hecho DEL REY GUANTER, S., "Organos..", cit., pág. 127; CRUZ VILLALON, J., "Juntas..", cit., pág. 86.

Los sujetos

unas elecciones con un matiz sindical superior⁸⁶.

En segundo lugar, se reconoce a los sindicatos legalmente constituidos la facultad de presentar candidaturas (art. 2.2.d) L.O.L.I.S y 17 L.O.R.A.P.)⁸⁷. Además, aunque la L.O.R.A.P., al igual que el E.T., permite la presentación de candidaturas no sindicales, incrementa el número de firmas de electores que han de avalar la candidatura independiente⁸⁸. Mientras el número de firmas requerido en el E.T. es de tres veces el número de puestos a cubrir (art. 69.2), en la L.O.R.A.P. se eleva al quintuplo (art. 17.2). Así, aun cuando el número de miembros a elegir es menor en la Función Pública en comparación con unidades electorales de iguales dimensiones en el ámbito laboral; el número de firmas sigue siendo superior en la L.O.R.A.P. Por otra parte, al existir colegios electorales en el ámbito laboral el número absoluto de firmas resulta inferior.

En tercer lugar, respecto al contenido del voto en las elecciones para miembros de las J.P., funciona un sistema de lista cerrada (art. 18.1.a) L.O.R.A.P.), que fomenta el voto en función de las diversas opciones sindicales que se presentan y posterga a

⁸⁶. CRUZ VILLALON, J., "Juntas..", cit., pág. 87.

⁸⁷. CRUZ VILLALON, J., "Juntas..", cit., pág. 87.

⁸⁸. Subrayan esta circunstancia DEL REY GUANTER, S., "Organos..", cit., pág. 132; CRUZ VILLALON, J., "Juntas..", cit., pág. 87.

Los sujetos

un segundo plano la elección en atención a criterios personales de los elegibles⁸⁹. En efecto, al obligar al elector a dar su voto a una sola candidatura sin permitirle escoger entre varios candidatos presentados por diferentes sujetos colectivos, se favorece indirectamente a quien presenta las candidaturas y, en especial, a los sindicatos. Por otra parte, la gran extensión que, por regla general, tienen las unidades electorales fomenta todavía más la despersonalización de las listas electorales, cobrando mayor importancia la marca sindical que avala cada candidatura⁹⁰.

En cuarto lugar, también se dá una acentuación indirecta de la sindicalización de las J.P. por el hecho de que para que las listas tengan derecho a la atribución de representantes han de obtener el 5% de los votos en la unidad electoral de referencia (art. 18.1.b) Ello propicia la concentración de la atribución de resultados en las listas más votadas, evitando la dispersión de los votos entre los distintos candidatos, lo que evidentemente beneficia a los sindicatos que gozan de mayor implantación en la unidad electoral. Como complemento a todo ello, en caso de sustituciones en las J.P. por vacante, la cobertura se produce por el candidato siguiente en la misma lista a la que pertenezca el sustituido (art. 20.4 L.O.R.A.P.)⁹¹.

⁸⁹. CRUZ VILLALON, J., "Juntas..", cit., pág. 87.

⁹⁰. CRUZ VILLALON, J., "Juntas..", cit., pág. 87.

⁹¹. CRUZ VILLALON, J., "Juntas..", cit., pág. 87.

Los sujetos

Finalmente, el seguimiento y control del proceso electoral se efectúa por órganos de fuerte composición sindical⁹²; así sucede con las Juntas Electorales de Zona (art. 23.2 L.O.R.A.P.), las Juntas Electorales de Comunidad Autónoma (art. 24 L.O.R.A.P.), la Junta Electoral General (art. 25.2), el C.S.F.P. (art. 39) y la C.N.E.S. (R.D. 1256/1.986, de 13 de junio, modificado por el R.D./1990, de 20 de julio). De todos ellos, cabe destacar las importantes funciones asignadas a las Juntas Electorales de Zona, cuya composición es casi exclusivamente sindical, pues si bien hay un representante de la Administración Pública, éste está presente con voz pero sin voto. A ellas les corresponde, la valoración y cómputo de las actas no sólo a efectos de determinar la representatividad sindical, sino también de constituir los órganos unitarios.

En fin, la ya citada instrumentalización del proceso electoral a los efectos de determinar la representatividad sindical arroja como resultado la "sindicalización creciente" de los mismos. La composición de las J.P. y D.P. refleja una amplia prevalencia de funcionarios afiliados o presentados bajo las siglas de un sindicato. Así, estos órganos unitarios "quedan incorporados al sistema sindical como pieza esencial del mismo"⁹³.

⁹². CRUZ VILLALON, J., "Juntas..", cit., pág. 87.

⁹³. CASAS BAAMONDE, M^a.E., "Los derechos de representación unitaria en la Función Pública", R.L., núm. 11, 1.986, pág. 63.

Los sujetos

27. La segunda de las consideraciones a realizar es que los sindicatos no sólo dominan la composición orgánica de las J.P. y D.P., sino que, además, a través de sus respectivas representaciones en los centros de trabajo dirigen y controlan su actividad. La apertura de los Delegados sindicales al ámbito de actuación de los órganos unitarios se desarrolla por una doble vía (art. 10.3 L.O.L.I.S.). La primera es de carácter indirecto, con el reconocimiento de unos derechos de información activa y pasiva frente a la Administración Pública, de carácter similar a los atribuidos a las representaciones unitarias por la L.O.R.A.P. La segunda es directa, con el reconocimiento del derecho a asistir a las reuniones de las Juntas de Personal, con voz pero sin voto (art. 10.3.2ª) L.O.L.I.S.). Con esta fórmula se quiere facilitar el control por parte del sindicato de la actuación general de las J.P. y D.P. y, en particular, de aquellos miembros que han resultado electos por la lista presentada por ese concreto sindicato⁹⁴.

Por esta razón, precisamente, el legislador reserva, en exclusividad, el derecho a disponer de delegados sindicales a las secciones sindicales pertenecientes a los sindicatos con una mínima presencia en las Juntas de personal y, a mayor abundamiento, establece como requisito legitimador para acceder al juego de la escala del art. 10.2 de la L.O.L.I.S. la obtención del 10 por 100 de los "votos" emitidos en la unidad electoral de referencia.

⁹⁴. Vid. CRUZ VILLALON, J., "El reconocimiento..", cit., págs. 263 y ss.

Los sujetos

Ciertamente, existen otras razones para ello, tales como la conciencia del legislador en la falta de realismo del mecanismo de la irradiación y su renuncia a ir más allá en situaciones demasiado ficticias⁹⁵ o su deseo de no imponer a la Administración Pública las cargas que conlleva la existencia de delegados sindicales cuando el sindicato carece de apoyo entre los funcionarios⁹⁶. Sin embargo, la razón principal de esta opción legal se haya en la circunstancia de que el delegado sindical es el portavoz y enlace del sindicato en las reuniones de los órganos unitarios, por lo que carece de sentido reconocer este derecho a un sindicato que no tiene ninguna implantación en los mismos. Además, la presencia de un delegado sindical en estas circunstancias restaría operatividad y funcionalidad a la actuación de la Junta de Personal⁹⁷.

La presencia de los delegados sindicales en las reuniones de los D.P. y J.P., que no pueden oponerse a ello⁹⁸, les concede un decisivo protagonismo en las actividades de participación desempeñadas por éstos⁹⁹. En estas reuniones el delegado sindical tiene el derecho a manifestarse sobre los puntos objeto de

⁹⁵. OJEDA AVILES, A., Derecho..., cit., pág. 284.

⁹⁶. SALA FRANCO, T. y ALBIOL MONTESIONOS, I., op. cit., pág. 240.

⁹⁷. MARTIN VALVERDE, A., "La acción..", cit., pág. 135.

⁹⁸. OJEDA AVILES, A., Derecho..., cit., pág. 369.

⁹⁹. Vid. CRUZ VILLALON, J., "El reconocimiento..", cit., pág. 258; OJEDA AVILES, A., Derecho..., cit., pág. 369; MARTIN VALVERDE, A., "La acción..", cit., págs. 140 y ss.

Los sujetos

discusión. Constituye, pues, el instrumento a través del cual el sindicato transmite su posición e intereses a los órganos unitarios, proporcionándoles una perspectiva más amplia sobre los intereses en conflicto.

Por otra parte, al margen de las prescripciones legales, merece la pena traer a colación la jurisprudencia dictada por la jurisdicción laboral en los últimos años en relación con las reglas de adopción de decisiones en el seno de las representaciones unitarias y, especialmente, en el momento de designar comisiones delegadas o componentes de comisiones negociadoras. Hoy en día está bastante consolidada la doctrina de que, en este tipo de acuerdos, por mucho que se trate de un órgano colegiado de representación unitaria y establecerse legalmente que sus acuerdos se adoptan por decisión mayoritaria de sus miembros, se debe respetar siempre el criterio de reparto proporcional en función de la presencia que cada sindicato posee en el seno de cada representación unitaria¹⁰⁰. Si bien es cierto que la referida jurisprudencia se ha venido dictando por parte de los tribunales de trabajo y que en materia de J.P. y D.P. el conocimiento de los litigios va a corresponder a la

¹⁰⁰. Ver, por todas, la S.T.C.T. de 23 de junio de 1.987, en R.L., núm. 17, 1.987, págs. 48 y ss. Un comentario a la misma PEREZ AMOROS, F., "La designación del "banco social" de la comisión negociadora de un convenio colectivo de empresa negociado por el comité de empresa", R.L., núm. 7, 1.988, págs. 26 y ss. Una crítica a esta doctrina jurisprudencial realizan SALA FRANCO, T. y GOERLICH PESET, J.M., "La designación de los vocales en la Comisión negociadora en los convenios colectivos de empresa", en Poder Judicial, núm. 8, 1.987, págs. 170 y ss.

Los sujetos

jurisdicción contencioso-administrativa (art. 29.1 L.O.R.A.P.)¹⁰¹, no parece muy aventurado imaginar que la interpretación legal de estas otras representaciones unitarias irá en una dirección bastante parecida¹⁰².

28. En fin, el legislador fomenta el control sindical de la composición y funcionamiento de las J.P. y D.P. Estas representaciones no se institucionalizan como formas de representación alternativas a la afiliativa propia de los sindicatos, sino como un instrumento que se le ofrece a éstos para que desarrollen con mayor eficacia su acción sindical. En base a ello, y teniendo en cuenta que en las Entidades locales coinciden los ámbitos de representación de las representaciones unitarias y de las mesas de negociación, cabe plantearse la posibilidad de reconocerles capacidad para negociar en este ámbito.

29. Sin embargo, aparte de que el legislador claramente excluye esa posibilidad, la respuesta ha de ser negativa por las siguientes razones:

En primer lugar, porque aunque, como en su día se señaló, la

¹⁰¹. OJEDA AVILES, A., "Los derechos..", cit., pág. 26.

¹⁰². Así, CRUZ VILLALON, J., "Juntas..", cit., pág. 88, quien señala que un elemento que puede confirmar esta tendencia es que los reglamentos de las J.P. suelen introducir el criterio de reparto sindical proporcional a la hora de constituir comisiones que en el mismo se prevén.

Los sujetos

indeterminación de la L.O.L.I.S. en torno a "los correspondientes órganos de las Administraciones Públicas" no impedía su configuración como órganos de representación sindical en sentido estricto¹⁰³, no ha sido ésta la fórmula acogida por la L.O.R.A.P. Las representaciones unitarias funcionariales, al igual que sus homónimas en el ámbito privado¹⁰⁴, no son órganos estatutarios ni forman parte de la estructura interna de los sindicatos¹⁰⁵. Es más, los miembros de las J.P. y los delegados de personal pueden desempeñar sus cargos sin estar afiliados al sindicato que los presentó en su lista¹⁰⁶.

En segundo lugar, porque no existe un control formal y directo por parte del sindicato sobre la actuación general de las J.P y

¹⁰³. Vid. DE LA VILLA, L.E., "Los grados de protección sindical en la Ley de Libertad Sindical", en R.F.D.U.C., núm. 7, 1.985, pág. 86. En sentido contrario, CASAS BAAMONDE, M^a.E., "Los derechos de representación", cit., pág. 64.

¹⁰⁴. ALONSO OLEA, M. y CASA BAAMONDE, M^a.E., op. cit., pág. 589; DURAN LOPEZ, F., "La acción..", cit., pág. 28.

¹⁰⁵. En el mismo sentido, CRUZ VILLALON, J., "Juntas..". cit., pág. 89. En esta línea, la S.T.S. de 6 de febrero de 1.989 afirma que las elecciones a D.P. y J.P. "no se producen en el seno de un sindicato sino para constituir unos órganos de representación ante las Administraciones Públicas", por lo que la negación de la condición de elector no puede afectar al ejercicio de la libertad sindical.

¹⁰⁶. En efecto, el art. 18.1.a) de la L.O.R.A.P., al igual que el art. 71.1 del E.T., lo único que exige es que "en cada lista deberán figurar las siglas del sindicato que la presente", lo que no implica necesariamente que los funcionarios que figuran en la lista deban pertenecer al sindicato correspondiente. Además, el art. 18.1.c) de la L.O.R.A.P. señala que los representantes elegidos en cada candidatura se atribuyen "al presentador, sindicato o grupo de funcionarios", lo que quiere decir que la atribución de los puestos se realiza al sindicato, con total independencia de que los incluidos en su lista estén o no afiliados a él. En el mismo sentido, DEL REY GUANTER, S., Comentarios., cit., pág. 145.

D.P.¹⁰⁷. La L.O.L.I.S es muy explícita en la posición que ocupan los delegados sindicales en las reuniones de las J.P., en cuanto que afirma que tendrán voz pero no voto¹⁰⁸. Además, aunque la negociación colectiva puede fortalecer la presencia sindical en los centros de trabajo, no puede alterar las reglas de votación de las J.P. a efectos de permitir la participación de los delegados sindicales en dicha votación¹⁰⁹.

Tampoco existe un control particular por parte del sindicato de aquellos miembros que han resultado electos por la lista presentada por ese concreto sindicato. Ya hemos visto, que no es necesario que los funcionarios que figuren en la lista deban pertenecer al sindicato correspondiente. Pero es que, aun en el supuesto de que el representante si esté afiliado, su expulsión en cuanto afiliado por los órganos competentes del sindicato, a diferencia de lo que sucede con el Delegado Sindical¹¹⁰, no va a

¹⁰⁷. RODRIGUEZ PIÑERO, M., "Dualismo representativo en el empleo público", R.L., núm. 18, 1.986, pág. 5.

¹⁰⁸. CRUZ VILLALON, J., "El reconocimiento..", cit., pág. 264.

¹⁰⁹. Y ello por las mismas razones que ha esgrimido la doctrina laboral en relación al comité de empresa. De una parte, porque el derecho al voto en el seno de la Junta de Personal forma parte del llamado "orden público", que como tal constituye un límite al contenido posible de los Pactos y Acuerdos. De otra, porque ello supondría modificar la relación de poder entre las distintas candidaturas que han obtenido algún puesto en el seno de la Junta de Personal, ya que las candidaturas independientes perderían peso en las votaciones frente a la mayor incidencia de las candidaturas sindicales, lo que podría conculcar la afiliación sindical negativa (art. 28.1 C.E.). Véase CRUZ VILLALON, J., "El reconocimiento..", cit., pág. 264.

¹¹⁰. FERNANDEZ LOPEZ, M^a.F. y CRUZ VILLALON, J., op. cit., pág. 226, señalan que, aunque la elección y destitución de los delegados sindicales corresponde a los afiliados constituidos en sección, el sindicato puede destituirlos por la vía jerárquica a través de la expulsión del sindicato, ya que la afiliación es un requisito esencial para determinar la elegibilidad del Delegado Sindical.

Los sujetos

implicar su cese como miembro de las J.P. o como D.P.¹¹¹.

30. En definitiva, el decisivo protagonismo sindical en la configuración y actividad de los órganos unitarios no hace de éstos unos sujetos de naturaleza sindical¹¹². Por todo ello, y como conclusión, en ningún caso es admisible la capacidad negocial de los órganos unitarios.

31. Existe una diferencia sustancial entre los órganos unitarios y las secciones sindicales, derivada de su diferente naturaleza. Ciertamente, aunque ambas son instancias de representación de los funcionarios públicos frente a la Administración Pública, sólo las segundas son ramificaciones organizativas del sindicato funcional y sólo ellas pueden ser objeto de un control formal y directo por parte de éste, que será

¹¹¹. La L.O.R.A.P. no afronta específicamente que es lo que ocurre en los supuestos de cambio de afiliación sindical del elegido o de pérdida de la condición de afiliado por renuncia o expulsión del sindicato correspondiente. En el ámbito laboral, el art. 13 del R.D. 1.311/1.986 dispone que "el cambio de afiliación del representante de los trabajadores, producido durante la vigencia del mandato, no implicará la modificación de la atribución de resultados". Lo que da pie a entender que el sindicato, pese a perder el representante, no ve alterado su nivel de representatividad. En este sentido, la S.T.S. de 18 de septiembre de 1.989 señala que el cambio de afiliación sindical no produce la extinción del mandato. En sentido contrario, ALBIOL MONTESINOS, I., Comités de empresa y delegados de personal, Bilbao, 1.992, págs. 93 y ss. Así pues, este principio también debería seguirse en el ámbito de la Función Pública. En parecidos términos se expresa DEL REY GUANTER, S., Comentarios..., cit., pág. 153.

¹¹². Así, lo ha puesto de manifiesto el propio Tribunal Constitucional al afirmar que la libertad sindical reconocida en el art. 28.1 de la Constitución "no alcanza a cubrir constitucionalmente la actividad sindical del comité" y al negar a éste la protección que concede al sindicato como agente de la negociación a través del recurso de amparo. Ver sobre el tema GARCIA MURCIA, J., "La especial protección del sindicato como agente de la negociación colectiva en la doctrina del Tribunal Constitucional", R.T., núm. 75, 1.984, págs. 87 y ss, "La tutela del sindicato como agente de la negociación colectiva en la doctrina del Tribunal Constitucional", R.L., núm. 2, 1.985, págs. 253 y ss.

Los sujetos

mayor o menor según se disponga al efecto en los respectivos estatutos. Por esta razón, la sección sindical, a diferencia de los órganos unitarios, si puede gozar de la capacidad para negociar.

1.3.2. La legitimidad constitucional de la opción legal.

32. Una vez constatada la diversidad de tratamiento de que es objeto el tema de la capacidad para convenir en los sectores laboral y funcionarial, es necesario determinar si la restricción al derecho de negociación de las representaciones electivas incurre en inconstitucionalidad o si, por el contrario, es conforme al texto constitucional.

33. Del análisis del texto constitucional se extraen dos argumentos que justifican suficientemente la adecuación constitucional de la sindicalización del ejercicio del derecho a la negociación colectiva en la Función Pública y la consiguiente exclusión de las J.P. y D.P.

A) La titularidad exclusivamente sindical del derecho de negociación.

34. El art. 37.1 C.E., donde se reconoce el derecho a la negociación colectiva laboral, atribuye la titularidad del mismo a "los representantes de los trabajadores". El constituyente opta por

Los sujetos

una "fórmula extremadamente genérica", que supone el reconocimiento como agente negociador a una amplia gama de sujetos¹¹³. Se reconoce capacidad negocial a todas las estructuras organizativas, estables o espontáneas, internas o exteriores a la empresa, sin otra condición que la de representar los intereses de los trabajadores¹¹⁴. No se restringe así la capacidad negocial a los sindicatos y, menos aún, a los más representativos¹¹⁵.

No obstante ello, el sindicato ocupa una posición especial entre los agentes negociadores, pues su derecho a la negociación colectiva encuentra fundamento adicional en el art. 28.1 C.E¹¹⁶. De este modo, la Constitución exige una norma de desarrollo en la que se combine eficazmente el respeto a la capacidad negocial de una pluralidad de sujetos y la instrumentación de los medios precisos para que el sindicato ejercite eficazmente su derecho de

¹¹³. La posición de la doctrina es unánime al respecto. Vid. ESCUDERO RODRIGUEZ, R., *Los sujetos...*, cit., pág. 28; RODRIGUEZ SAÑUDO, F., "La legitimación para negociar convenios colectivos", en A.A.V.V., *Comentarios a la nueva legislación laboral*, Madrid, 1.985, pág. 168; SALA FRANCO, T. y ALBIOL MONTESINOS, I., op. cit., pág. 352.

¹¹⁴. Vid. VALDES DAL-RE, F., "La regulación constitucional de la negociación colectiva", en "Cuadernos de Derecho del Trabajo", núm. 4, 1.978, pág. 249.

¹¹⁵. Vid. CUEVAS LOPEZ, J., "Consideraciones acerca de la negociación por los sindicatos de los convenios de empresa o ámbito inferior", *La Ley*, 1.984, Vol. II, pág. 1.001; SALA FRANCO, T., *El Estatuto de los trabajadores. Comentarios a la ley 8/1.980, de 10 de marzo*, Ed. *Revista de Derecho Privado*, 1.981, pág. 546; VALDES DAL-RE, F., op. ult. cit., pág. 249.

¹¹⁶. La posición de la doctrina y jurisprudencia es unánime al respecto. Vid. BAYLOS GRAU, A., "Algunas notas sobre la legitimación sindical para promover el procedimiento de conflicto colectivo", *R.E.D.T.*, núm. 12, 1.982, págs. 617 y ss; CUEVAS LOPEZ, J., op. ult. cit., pág. 1.002; GARCIA MURCIA, J., "La doctrina del Tribunal Constitucional sobre la intervención del sindicato en la negociación colectiva de trabajo", en *seminario sobre negociación colectiva*, A.A.V.V., págs. 45 y ss.

negociación. A este objetivo obedece, precisamente, el E.T., donde se diseña un modelo de negociación diversificado y heterogéneo, pero fuertemente impregnado de un protagonismo sindical¹¹⁷.

35. Pero el art. 37.1 C.E. afecta sólo a la negociación colectiva laboral y no incluye a la desplegada en la Función Pública. El derecho a la negociación colectiva de los funcionarios encuentra su fundamento constitucional en el art. 28.1 de la C.E. De este modo, la titularidad de este derecho constitucionalmente sólo viene garantizada a los sindicatos funcionariales. Por esta razón, el legislador ha configurado un monopolio sindical en el ejercicio de este derecho sin incurrir por ello en inconstitucionalidad¹¹⁸.

B) La indefinición constitucional del derecho de representación unitaria.

36. El fundamento constitucional del derecho de representación unitaria de los trabajadores se encuentra en el art. 129.2 de la Constitución, donde se compromete a los poderes públicos a "promover eficazmente las diversas formas de participación en la empresa". De este precepto no deriva propiamente un derecho constitucional de los trabajadores a la

¹¹⁷. CUEVAS LOPEZ, J., op. cit., pág. 1.002.

¹¹⁸. BLASCO ESTEVE, A., op. cit., pág. 2.163; CRUZ VILLALON, J., op. cit., pág. 97.

representación unitaria y, mucho menos, un derecho fundamental. Se trata más bien de una "simple previsión constitucional abstracta de naturaleza claramente programática"¹¹⁹. Así, lo ha puesto de manifiesto el propio Tribunal Constitucional, al señalar que el comité de empresa es creación de la ley ordinaria y que sólo puede encontrar una indirecta vinculación con el art. 129.1 de la Constitución. Señala, además, que "sólo poseen las competencias que ésta expresamente les atribuya"¹²⁰.

Sin embargo, existen en la Constitución apoyos suficientes para sostener que ésta fuerza, de modo indirecto, al legislador ordinario a instaurar formas de organización de naturaleza no asociativa. Así, en primer lugar, cabe decir que, pese a lo señalado, el art. 129.2 de la Constitución obliga al legislador a habilitar en la empresa organismos que encarnen los intereses colectivos de todos los trabajadores¹²¹. En segundo lugar, cabe señalar que la titularidad no exclusivamente sindical de los derechos de huelga, negociación colectiva y adopción de medidas de conflicto colectivo proporciona también la cobertura o apoyatura

¹¹⁹. SALA FRANCO, T y ALBIOL MONTESINOS, I., op. cit., pág. 189; PALOMEQUE LOPEZ, C., Derecho., cit., pág. 155, afirma por el contrario, que el art. 129.2 es "preceptivo y vinculante" para el legislador.

¹²⁰. S.T.C.O. 37/1.983, de 11 de mayo.

¹²¹. ALBIOL MONTESINOS, I., "Representación de los trabajadores en la empresa o comités de empresa y delegados de personal", R.E.D.T., 1.984, pág. 240; PEREZ AMOROS, F., "Garantías del derecho de participación de los trabajadores en la empresa", R.L., núm. 13, 1.988, págs. 29 y ss.

constitucional a tales fórmulas representativas¹²².

El legislador ordinario, en principio, puede optar en un amplio espectro de posibilidades (representaciones unitarias, asamblearias o espontáneas, intermitentes...) ¹²³. Sin embargo, una vez se inclina en favor de las representaciones unitarias, la capacidad negocial de éstas deriva directamente de la propia Constitución, dada la generosa fórmula empleada por el art. 37.1 para designar los titulares del derecho a la negociación colectiva.

37. La perspectiva es totalmente distinta en la Función Pública, ya que el derecho de representación unitaria de los funcionarios públicos ni siquiera encuentra una "indirecta vinculación" en el art. 129.2 de la Constitución, pues se refiere expresamente a la empresa y no a la Administración Pública¹²⁴. Consecuentemente, queda en manos de la ley que regule el Estatuto de los funcionarios públicos a que se refiere el art. 103.3 de la Constitución el establecimiento o no, con entera libertad constitucional, de los mecanismos de representación unitaria de los funcionarios públicos¹²⁵. Con mayor motivo a lo que sucede en el

¹²². CASAS BAAMONDE, M^a.E., y ESCUDERO RODRIGUEZ, R., "Representación unitaria y representación sindical en el sistema español de relaciones laborales", R.E.D.T., núm. 17, 1.984, pág. 63.

¹²³. CASAS BAAMONDE, M^a.E. y ESCUDERO RODRIGUEZ, R., op. cit., pág. 63.

¹²⁴. SALA FRANCO, T y ALBIOL MONTESINOS, I., Derecho., cit., pág. 572.

¹²⁵. S.T.C.O. 98/1.985, de 29 de julio, f.j. n^o 4.

Los sujetos

ámbito laboral, pues, se puede concluir que el legislador puede con absoluta discrecionalidad optar por la creación o plena eliminación de tales representaciones¹²⁶. Además, es libre de fijarles las competencias que desee, sin hallarse obligado a atribuirles o aceptar su capacidad negocial, en tanto que el derecho a la negociación colectiva de los funcionarios deriva del art. 28.1 y no del 37.1 de la C.E. Consecuentemente, la opción de negarles la condición de sujetos negociadores, se adecua al texto constitucional.

1.3.3. Consideraciones.

38. Del análisis llevado a cabo en el apartado anterior se concluye que la exclusión de las competencias de negociación de las J.P. y D.P. no contraría el texto constitucional, tanto por el hecho de que son órganos de configuración legal y, consiguientemente, la ley es libre de fijarles las competencias que desee, como por el dato de que el derecho a la negociación colectiva de los funcionarios se reconoce en el art. 28.1 C.E. Cuestión distinta es si el legislador podía o no operar una ampliación subjetiva de tal derecho, en el sentido de que su ejercicio correspondiera también a las representaciones unitarias. A este respecto, algunos miembros de la doctrina sostienen que esta opción legislativa, aunque plenamente constitucional, no era la

¹²⁶. CRUZ VILLALON, J., "Juntas.", cit., pág. 80.

Los sujetos

única constitucionalmente posible¹²⁷. Se afirma, en este sentido, que el legislador podía no haber sindicalizado el ejercicio de este derecho, esto es, podía haber reconocido también la legitimación a las representaciones unitarias, sin haber incurrido por ello en inconstitucionalidad, siempre y cuando ello no hubiera supuesto una negación absoluta de la capacidad negocial de los sujetos de naturaleza sindical.

39. Esta posibilidad resulta, sin embargo, discutible. A este respecto, conviene traer a colación el proceso de elaboración del texto constitucional en materia de negociación colectiva laboral. En un primer momento su anteproyecto adscribía a los representantes "sindicales" de los trabajadores el derecho a la negociación colectiva, lo que se interpretó en el sentido de que la Constitución configuraba un monopolio sindical¹²⁸. Por ello, se abandonó ese modelo y se optó, como se ha dicho, por una formulación genérica y sin acepciones. De este modo, el E.T. reconoce capacidad negocial no sólo a las organizaciones sindicales, sino también a las representaciones unitarias, sin incurrir por ello en tacha de inconstitucionalidad.

A diferencia de lo que sucede en el ámbito laboral, la

¹²⁷. BLASCO ESTEVE, A., op. cit., pág. 2.162; CASAS BAAMONDE, M^a.E., "Los derechos sindicales..", cit., pág. 83.

¹²⁸. Vid. CUEVAS LOPEZ, J., "Consideraciones..", cit., pág. 1.001.

Los sujetos

Constitución presenta un modelo de negociación colectiva funcional sindical o sindicalizado, en tanto que sitúa este derecho entre las facultades que integran el derecho de libre sindicación de los funcionarios. Por ello cabría entender que la Constitución restringe la capacidad negocial a los sindicatos. Desde esta perspectiva resulta dudoso que el legislador ordinario pueda operar una ampliación subjetiva del ejercicio de este derecho en el ámbito funcional en el sentido de que dicho ejercicio corresponda también a colectivos de funcionarios públicos con independencia de si están o no afiliados.

40. Además, conviene poner de relieve otras consideraciones que pueden haber incidido en esta decisión del legislador.

A) La falta de coincidencia entre los ámbitos de representación de los órganos unitarios y de las mesas de negociación.

41. El legislador reconoce la libertad de los agentes negociadores para determinar las unidades de negociación (art. 83.1 E.T.). A continuación, delimita los sujetos capacitados para convenir, siendo éstos diferentes según el ámbito del convenio. Si se trata de un convenio supraempresarial la capacidad corresponde a las organizaciones sindicales. Las representaciones unitarias, por el contrario, carecen de capacidad, y ello, fundamentalmente,

Los sujetos

porque su ámbito de representación no es acorde con el de la negociación. Si se trata de un convenio colectivo de empresa o ámbito inferior, ostentan capacidad tanto las representaciones unitarias como las secciones sindicales.

42. El planteamiento es diferente en la Función Pública. El legislador predetermina tanto las unidades de negociación como las unidades electorales, de forma que ello va a determinar los ámbitos de representación de las mesas negociadoras y de las J.P. y D.P. Pero estos ámbitos no coinciden, pues el legislador no sigue los mismos criterios en la delimitación de las unidades de negociación y de las unidades electorales. En principio, el criterio de división primero y general se desarrolla en ambos casos en línea con la distinción política-jurídico-territorial básica en nuestro ordenamiento jurídico, esto es, Administración del Estado, Administración Autonómica y Administración local (la denominada Administración Institucional, aunque considerada en un momento posterior, es relevante en cuanto adscrita a alguna de estas Administraciones, y no por si misma)¹²⁹. Pero mientras cada uno de estos ámbitos constituye por si mismo una unidad de negociación; no existe, en cambio, una Junta de Personal para la Administración del Estado o para la Administración autonómica¹³⁰, sino que dentro de estos ámbitos se delinean posteriormente las unidades electorales

¹²⁹. DEL REY GUANTER, S., Comentarios..., cit., pág. 69.

¹³⁰. DEL REY GUANTER, S., Comentarios..., cit., pág. 69.

Los sujetos

atendiendo a criterios de división territorial e institucional.

Ello va a significar la imposibilidad material de reconocer a las J.P. capacidad para negociar en las mesas de negociación de la Administración del Estado y de las C.C.A.A., pues su ámbito de actuación es inferior al atribuido a aquellas. Sólo en el caso de las Entidades Locales hubiera sido factible reconocerles capacidad comercial, pues en este caso no se da la falta de correspondencia señalada.

B) La creación de las representaciones electivas funcionariales al servicio de la mayor representatividad.

43. El E.T., al atribuir a los D.P. y C.E. capacidad comercial en el ámbito de la empresa, tuvo en cuenta el arraigo y protagonismo que, por entonces, tenían éstos¹³¹. En efecto, con todas las matizaciones y correcciones que se puedan realizar, lo cierto es que dentro del sector privado ha existido desde largos años atrás una fuerte implantación de formas de representación de los trabajadores en las empresas. Los actuales comités de empresa y delegados de personal regulados en el E.T. encuentran sus antecedentes en los antiguos enlaces sindicales y Jurados de empresa, presentes en nuestro país desde los años cuarenta y con

¹³¹. Vid. CASAS BAAMONDE, M^a.E. y ESCUDERO RODRIGUEZ, R., op. cit., págs. 60 y ss; ESCUDERO RODRIGUEZ, R., Los sujetos..., cit., págs. 125 y ss.

Los sujetos

una situación de relativa continuidad en el tiempo entre unos y otros. El R.D. 3.149/1.972, de 6 de diciembre, procedió a suprimir los antiguos enlaces sindicales y Jurados de empresa, instaurando en su lugar, con carácter provisional y transitorio, unos mecanismos de representación unitaria. De este modo, se da paso a los D.P. y C.E., que son configurados como "los representantes de los trabajadores ante las mismas, defienden sus intereses y tienen capacidad legal para la negociación colectiva, sin perjuicio de las acciones que en este campo puedan ejercer los sindicatos de trabajadores" (art. 4 R.D.). Estos órganos obtuvieron un fuerte prestigio entre la población asalariada.

Posteriormente, el E.T. opta por asumir definitivamente aquel modelo organizativo como medio institucional de canalizar la participación de los trabajadores en la empresa (art. 4.1.g) y 6.1.a), atribuyéndoles, entre otras competencias, la de negociar a nivel de empresa o ámbito inferior. Esta disposición legal aprovechó, pues, una realidad normativa, que había producido buenos resultados. Así, esta perspectiva evolutiva manifiesta una cierta lógica en la sucesión de las decisiones legislativas que diseñan el sistema privado de representación unitaria.

44. Por contra, el panorama se presenta en términos opuestos en el ámbito de la Función Pública. Las representaciones del

Los sujetos

personal establecidas por la L.O.R.A.P. son de nueva creación, de modo que hasta su entrada en vigor no existían en nuestro país órganos de representación de estas características para los funcionarios públicos, salvo que nos remontemos a instituciones representativas de principio de siglo o bien tomemos en consideración las regulaciones provisionales para organismos específicos¹³². Dentro del sistema de representación en la Administración Pública, la primera disposición que entra en vigor es la L.O.L.I.S y en ella, a los efectos que aquí interesa destacar, se prevé la creación de unos órganos de representación de los funcionarios con vistas a utilizar las correspondientes elecciones como elemento de contraste de la audiencia de cada una de las organizaciones sindicales, concretando su representatividad¹³³. La L.O.L.I.S. se limitaba a atribuir esta función al proceso electoral y ordenar al Gobierno para que en el plazo de un año remitiera a las Cortes un proyecto de ley en el que se regularan estos órganos (dispo. adic. 2º.2). De este modo, la L.O.R.A.P. venía obligada a crear estas representaciones¹³⁴. No cabe duda que este pie forzado con que aparecen los órganos de representación unitaria en la Función Pública influye decisivamente en el hecho de que la L.O.R.A.P. no prevea otros cauces que los

¹³². Sobre las normas provisionales que desde la Constitución hasta la L.O.R.A.P. regulaban los órganos representativos en las A.A.P.P. ver CASAS BAAMONDE, M^a.E., "Los derechos de..", cit., págs. 49 y ss.

¹³³. CASAS BAAMONDE, M^a.E., "Los derechos de..", cit., pág. 55; DEL REY GUANTER, S., Comentarios..., cit., pág. 98.

¹³⁴. DEL REY GUANTER, S., Comentarios..., cit., pág. 77.

sindicales para la negociación¹³⁵.

C) La progresiva desvalorización de las representaciones unitarias.

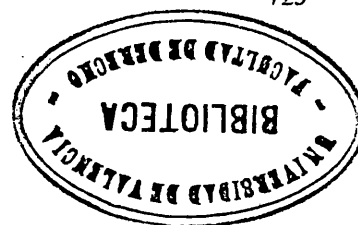
45. Conviene llamar la atención sobre la diferencia en el iter temporal de atribución legal de roles a las representaciones unitarias del personal laboral y funcional. Si en la época en que se dicta el E.T., atribuyendo capacidad negocial a los C.E. y D.P., fueron, precisamente, éstos los que por obra del legislador y jurisprudencia se erigieron en el centro del sistema, con el consiguiente desplazamiento indebido de la acción de representación de los sindicatos¹³⁶. En la fecha en que aparece la L.O.R.A.P. se registra, en cambio, "un movimiento pendular de signo opuesto con tendencia a desembocar en un debilitamiento y aún el vaciamiento virtual de aquella representación de los trabajadores, antes central"¹³⁷.

Se asiste a un proceso de devaluación progresiva de los

¹³⁵. Vid. BLASCO ESTEVE, A., op. cit., pág. 2.163.

¹³⁶. CASAS BAAMONDE, M^a. E., "Los derechos de..", cit., pág. 58.

¹³⁷. CASAS BAAMONDE, M^a.E., "Los derechos de..", cit., pág. 58. En sentido contrario, CRUZ VILLALON, "El reconocimiento..", cit., pág. 237.



Los sujetos

órganos unitarios iniciado de la mano 32/1.984, de 2 de agosto y de la L.O.L.I.S., dirigido a favorecer el fortalecimiento y consolidación de su dimensión organizativa de la representatividad sindical en detrimento de su función representativa¹³⁸. Ciertamente las innovaciones introducidas por tales normas evidencia el propósito del legislador de incrementar el protagonismo del sindicato en la conformación de los órganos unitarios¹³⁹ y de favorecer el control sindical de la actividad desarrollada por los mismos¹⁴⁰.

Vista la tendencia del legislador, es comprensible la restricción al derecho de negociación de las representaciones electivas.

¹³⁸. CASAS BAAMONDE, M^a.E., "Los derechos de..", cit., pág. 58.

¹³⁹. ESCUDERO RODRIGUEZ, R., Los sujetos..., cit., pág. 63.

¹⁴⁰. Vid CRUZ VILLALON, J., "El reconocimiento..", cit., pág. 258; OJEDA AVILES, A., Derecho..., cit., pág. 241.

2. La legitimación negocial.

47. Además de tener capacidad negocial, válida genéricamente para negociar, la representación funcional ha de tener legitimación negocial. Por legitimación negocial debe entenderse, a nuestros efectos, la aptitud específica de los sujetos con capacidad convencional para intervenir en una determinada negociación colectiva, la capacidad de negociar específicamente un acuerdo para una determinada unidad de negociación.

2.1.1. Los requisitos de legitimación negocial.

48. Los sujetos de carácter sindical en sus diferentes niveles organizativos -secciones sindicales, sindicatos, federaciones y confederaciones- tendrán legitimación negocial cuando se den los dos requisitos siguientes: que el ámbito de la negociación coincida, o, al menos, esté comprendido dentro de su ámbito; y que acrediten en el mismo los grados de representatividad legalmente exigidos.

2.1.1. La adecuación o correspondencia entre los ámbitos de representación del sindicato y de la mesa de negociación.

49. La L.O.R.A.P., al regular el problema de la legitimación negocial, expresamente no exige que el ámbito de actuación del

sindicato sea igual o superior al de la mesa de negociación. Sin embargo, es obvio que el sindicato no puede negociar en cualquier ámbito, sino, en principio, sólo en un ámbito que se halle comprendido dentro de las colectividades de funcionarios cuyos intereses represente. En efecto, de acuerdo con el art. 4.1 de la L.O.L.I.S los sindicatos legalmente constituidos adquieren personalidad jurídica y plena capacidad de obrar para, entre otras actividades, actuar jurídicamente en el plano de las relaciones colectivas. Ahora bien, dicha capacidad de obrar se contrae al específico ámbito funcional y territorial de actuación del sindicato¹⁴¹.

2.1.2. La representatividad sindical.

50. El legislador establece un monopolio sindical en el ejercicio del derecho a la negociación colectiva en la Función Pública. Los únicos sujetos reconocidos para negociar en representación de los funcionarios son sujetos de carácter sindical en sus diferentes niveles organizativos -secciones sindicales, sindicatos, federaciones y confederaciones-. Pero el legislador selecciona más al escoger dentro de ellos a aquellos que superen

¹⁴¹. Por ello, precisamente, el art. 4.2 L.O.L.I.S. exige que, entre las menciones mínimas que han de contener las normas estatutarias, figure "el ámbito territorial y funcional" de actuación del sindicato. Esta mención sirve para identificar el ámbito de actuación del sindicato en cuestión. Tema que va a tener importancia decisiva a efectos de legitimación no sólo en materia de negociación colectiva, sino también en materia de huelga y conflictos colectivos y ejercicio de acciones judiciales. Ver, por todos, SALA FRANCO, T. y ALBIOL MONTESINOS, I., op. cit., pág. 146.

Los sujetos

los requisitos de representatividad exigidos legalmente. En efecto, aunque el art. 2.2.d) de la L.O.L.I.S. reconoce el derecho de negociación a todos los sindicatos registrados según la ley, tal posibilidad se condiciona a los "términos previstos en las normas correspondientes", como dice ese mismo precepto, y, en especial, al grado de representatividad que logre acreditar cada sindicato, como se desprende sin ir más lejos, de los arts. 6 y 7 de la propia L.O.L.I.S. Conforme a esta normativa, y en particular los arts. 30 y 31.2 L.O.R.A.P., la representatividad actúa como requisito o condición de la legitimación negocial de las organizaciones sindicales¹⁴².

En este aspecto de la negociación el legislador opta por una solución paralela a la acogida en el E.T. El art. 87 de esta disposición legal realiza también una selección de los sindicatos negociadores con el propósito de garantizar una cualificada representación de los intereses que el convenio pretende regular. Según este precepto la legitimación requiere la condición de más representativo o, en su defecto, la suficiente representatividad en el ámbito de afectación material del convenio colectivo, siendo diferente el porcentaje de audiencia electoral necesario según se trate de un convenio supraempresarial o de empresa.

¹⁴². Vid. GARCIA MURCIA, J., "Libertad sindical..", cit., pág. 182. Véanse la S.S.T.S. de 7 de marzo de 1.988 y la S.T.S. de 7 de febrero de 1.989.

51. Esta fórmula normativa plantea, por su parte, una quintuple cuestión básica al hilo de otras tantas en juego: 1º) La delimitación de la representatividad sindical; 2º) Los criterios indicadores de la representatividad sindical; 3º) La acreditación de la representatividad sindical; 4º) La duración de la capacidad representativa; y 5º) La adecuación constitucional del monopolio sindical cualificado.

A) La delimitación de la representatividad sindical.

52. La primera observación que ha de hacerse en este contexto es que no hay reglas que de forma expresa, detallada y global, se ocupen de definir la representatividad sindical en el ámbito de la Función Pública. La legislación ha diseñado y definido la representatividad sindical de una manera conjunta y global, mediante unas reglas que son de aplicación a los sectores público y privado, con inclusión, por tanto de los funcionarios públicos¹⁴³; los arts. 6 y 7 de la L.O.L.I.S., que constituyen el núcleo de esta regulación, contemplan el conjunto de sectores de actividad, sin hacer mención especial a las peculiaridades que a estos efectos podría mostrar la Función Pública.

¹⁴³. Vid ALONSO OLEA, M., "Panorama general de la Ley de Orgánica de Libertad Sindical", en R.F.D.U.C., núm. 7, 1.985, pág. 32; BORRAJO DACRUZ, E., "Sindicatos y negociación colectiva en el proyecto de la Ley Orgánica de Libertad Sindical", en R.F.D.U.C., núm. 7, 1.985, pág. 154; GARCIA MURCIA, J., Organizaciones sindicales y empresariales más representativas, posición jurídica y disminución política, Madrid, 1.987, pág. 104; DEL REY GUANTER, S., "Libertad sindical y funcionarios públicos", en A.A.V.V., Comentarios a la Ley de Libertad Sindical, Madrid, 1.986, pág. 100; RODRIGUEZ SAÑUDO, F., "La representatividad sindical", en A.A.V.V., Comentarios a la Ley de Libertad Sindical, Madrid, 1.986, pág. 199.

Los sujetos

La L.O.R.A.P. tan sólo se ocupa de trasladar esa noción al desarrollo de la actividad sindical en el sector funcionarial, utilizando los niveles y grados de representatividad previamente diseñados con carácter general. La especificidad que a este respecto ofrece la Función Pública queda reducida, por consiguiente, a los niveles o ámbitos, en los que esa noción va actuar como condicionante de la actividad sindical- y a ciertos supuestos de irradiación de la representatividad dentro de los mismos¹⁴⁴. Ninguna mención especial hace la ley a la conformación o medición de la representatividad de los sindicatos en el ámbito de la Función Pública; medición que, por tanto, habrá de hacerse según las reglas generales previstas en los arts. 6 y 7 L.O.L.I.S.

53. Por lo demás, hay que subrayar que estos peceptos legales refieren los diferentes grados de representatividad y, consiguientemente, la legitimación negocial a los sindicatos, federaciones y confederaciones sindicales constituidas de conformidad con lo establecido en el art. 4 de la L.O.L.I.S. Ello significa que las coaliciones o agrupaciones transitorias de sindicatos minoritarios -aquellos que no alcancen el 10 o el 15 por 100 de representatividad, según los casos -creadas con carácter temporal o coyuntural- no poseen legitimación negocial¹⁴⁵.

¹⁴⁴. GARCIA MURCIA, J., "Libertad...", cit., pág. 151.

¹⁴⁵. En el mismo sentido, se manifiestan en relación con la negociación colectiva estatutaria RAYON SUAREZ, E., Los convenios colectivos para grupos de trabajadores, I.E.S., Madrid, s/f, pág. 29; SALA FRANCO, T. y ALBIOL MONTESINOS, I., op. cit., pág. 358.

54. Esta aseveración, sin embargo, ha de ser matizada, pues la coalición puede ser el vehiculo en algunas ocasiones para obtener la representatividad¹⁴⁶. En efecto, las normas electorales vigentes admiten la presentación de candidatos a las elecciones de representantes de los funcionarios por coaliciones de dos o más sindicatos distintos (17.1 L.O.R.A.P.) y prevén la atribución de los representantes elegidos a la colación electoral (art. 18.1.e) L.O.R.A.P.). Por consiguiente, si ésta puede ser centro de imputación de la suficiente representatividad y esta condición conlleva la legitimación para negociar, hay que entender que el legislador admite implícitamente su condición de sujeto negociador.

La legitimación negocial de la coalición sindical debe ser objeto, no obstante de las siguientes puntualizaciones: 1ª) La coalición ha de estar formada por sindicatos legalmente constituidos (art. 17.1 L.O.R.A.P.), entre los que no exista vínculo orgánico de federación o confederación¹⁴⁷; 2ª) La coalición debe haberse constituido con anterioridad a la celebración de las elecciones sindicales¹⁴⁸; 3ª) La legitimación negocial corresponde

¹⁴⁶. GARCIA MURCIA, J., "La actividad sindical y los criterios de representatividad", R.L., núm. 16, 1.987, pág. 24.

¹⁴⁷. Y ello aunque el art. 17.1 de la L.O.R.A.P., a diferencia del art. 13.2.c) del R.D. 1.311/1.986, no exija expresamente que la coalición esté formada "por dos o más sindicatos, no federados ni confederados". Así, DEL REY GUANTER, S., Comentarios..., cit., pág. 141.

¹⁴⁸. A este respecto, el art. 17.1 de la L.O.R.A.P. dispone que los sindicatos que quieran formar tales coaliciones deberán comunicarlo a la Junta Electoral de Zona competente antes de la fecha en que se incie el plazo de presentación de candidaturas, comunicación en la que se habrá de incluir la sigla que se haya elegido para la identificación de la coalición".

Los sujetos

a la coalición electoral y no a los sindicatos aisladamente considerados¹⁴⁹; 4º) La coalición ha de permanecer en el tiempo y adoptar una estructura consolidada, pues de lo contrario perderá la representatividad obtenida¹⁵⁰ y, consiguientemente, la legitimación negocial.

En definitiva, se ha de tratar de una coalición electoral que se presenta como tal a las elecciones sindicales y que mantiene esta condición en el momento de la negociación. No entran aquí, por tanto, las alianzas de sindicatos minoritarios ocasionales, constituidas para representar los intereses de los funcionarios de modo episódico y ocasional y ocasional.

B) Los criterios indicadores de la representatividad sindical.

55. Del apartado anterior se concluye que la representatividad de los sindicatos que actúan entre los funcionarios se mide con arreglo a los criterios escogidos en la normativa de carácter general, concretamente en los arts. 6 y 7.

¹⁴⁹. Esta conclusión es evidente por cuanto la atribución de los resultados obtenidos se realiza en favor de aquélla y no de éstos (art. 18.1.e) L.O.R.A.P. y 13 R.D. 1311/1.986). Vid. DEL REY GUANTER, S., Comentarios..., cit., pág. 140.

¹⁵⁰. GARCIA MURCIA, J., "La actividad sindical y los criterios de representatividad", R.L., núm. 16, 1.987, pág. 24.

L.O.L.I.S.¹⁵¹ El indicador utilizado en estos preceptos para delimitar la representatividad es la audiencia electoral del sindicato, que se mide a su vez por el número de delegados de personal, miembros de los comités de empresa y miembros de "los correspondientes órganos de las Administraciones públicas" elegidos entre las candidaturas presentadas por la organización sindical.

56. Pero no es sólo la audiencia electoral lo que atribuye a los sindicatos la condición de mayor representatividad; son también sindicatos más representativos "los sindicatos o entes sindicales afiliados, federados o confederados" a una organización sindical más representativa a nivel estatal y de Comunidad Autónoma (arts. 6.2.b) y 7.1.b) L.O.L.I.S.). Nuestro ordenamiento jurídico incorpora un nuevo criterio cual es la mayor representatividad por irradiación: la organización sindical compleja irradia esa cualidad a todos los entes sindicales que forman parte de la misma. Sólo la organización que irradia ha de acreditar una audiencia electoral mínima, no así el resto de entidades sindicales. La audiencia electoral no juega ahora de una forma directa, sino como presupuesto previo para que pueda tener lugar la irradiación.

57. En fin, el único criterio que utiliza la ley para medir la representatividad sindical es la denominada audiencia electoral,

¹⁵¹. Sobre los criterios indicadores de la representatividad sindical en la L.O.L.I.S. ver, por todos, GARCIA MURCIA, J., Organizaciones..., cit., págs. 89 y ss; RODRIGUEZ SAÑUDO, F., "La representatividad ..", cit., págs. 198 y ss.

bien sea directamente, bien sea por irradiación de unos sindicatos a otros. El legislador ha prescindido de los restantes criterios que ofrece la experiencia comparada, como la afiliación (o cotización), la tradición y experiencia histórica, o el grado de seguimiento real de la actividad desarrollada por el sindicato¹⁵².

58. El criterio puede ser útil para encubrir la baja tasa de afiliación y, además, es el más fiable o de más fácil constatación¹⁵³. Pero también es cierto que la audiencia electoral, como ha señalado la doctrina laboral, presenta diversos defectos e inconvenientes. Y ello por las siguientes razones:

En primer lugar, porque, al contemplarse como único criterio, se perjudica a los sindicatos que se decanten por una estrategia distinta de la participación en las elecciones sindicales¹⁵⁴.

En segundo lugar, porque el régimen electoral instaurado en la L.O.R.A.P., como ya ocurriera con el que se implantó en el ámbito laboral¹⁵⁵, produce algunas disonancias entre los resultados que se

¹⁵². GARCIA MURCIA, J., "Libertad..", cit., pág. 178-179.

¹⁵³. En cualquier caso, desde el punto de vista constitucional, "nada puede oponerse a esta forma de medición que parte de una relación entre el carácter del órgano y el interés que en él ha representarse" (S.T.C. 98/1.985, de 29 de julio).

¹⁵⁴. GARCIA MURCIA, J., "Libertad..", cit., pág. 179.

¹⁵⁵. Ver, por todos, GARCIA MURCIA, J., Organizaciones..., cit., pág. 105 y ss.

acreditan al término del proceso electoral y la composición real del colectivo de referencia¹⁵⁶. Además, la representatividad puede obtenerse también aquí por irradiación, lo que contribuye a enturbiar en mayor grado la relación entre los resultados en las elecciones y el grado de representatividad real de los sindicatos¹⁵⁷.

En tercer lugar, otro factor que puede contribuir a distorsionar la medida de la representatividad sindical, es la posición privilegiada que, pese a las modificaciones introducidas, ocupan las organizaciones sindicales más representativas y simplemente representativas en el conjunto de la Función Pública en el desarrollo del proceso electoral. Un rápido vistazo a los preceptos más significativos sobre el particular puede ser bastante ilustrativo del fuerte control ofrecido a estos sindicatos con relación al proceso electoral.

1º- El periodo de cómputo de los resultados electorales es acordado por la Comisión Nacional de Elecciones Sindicales (disposición adicional primera de la L.O.L.I.S. y art. 2.a) del R.D. 1.256/1.986), donde tienen asiento 13 representantes de las

¹⁵⁶. GARCIA MURCIA, J., "Libertad..", cit., pág. 179.

¹⁵⁷. Sobre la ruptura del principio entre la capacidad representativa y la real y efectiva implantación del sindicato más representativo por afiliación ver, por todos, CASAS BAAMONDE, M^a. E., "Representatividad y mayor representatividad de los sindicatos en España. ¿Un modelo en crisis?", R.E.D.T., núm. 33, 1.988, págs. 79 y ss; RODRIGUEZ SAÑUDO, F., "La representatividad..", cit., pág. 211.

organizaciones sindicales en proporción a su representatividad (art. 3.1.a) R.D. 1256/1.986, de 13 de junio, modificado por el R.D. 953/1.990). Lo cual implica que, aunque, a diferencia de lo que ocurría anteriormente¹⁵⁸, tal facultad no se reserva en exclusividad en favor de los sindicatos más representativos, las organizaciones de amplia base territorial y funcional siempre tendrán una mejor posición para tratar de influir a efectos de que el periodo de cómputo de los resultados electorales sea el más oportuno a efectos de poder seguir manteniendo su mayor representatividad¹⁵⁹.

2º- La promoción de las elecciones sindicales les viene atribuida, en exclusividad, a las organizaciones sindicales más representativas y a las que obtengan el 10 por 100 de representatividad en el conjunto de la Función Pública (art. 13 L.O.R.A.P.); el establecimiento del calendario de desarrollo de las elecciones corresponde a la Junta Electoral General, "de acuerdo con la propuesta mayoritaria de los representantes sindicales", que

¹⁵⁸. De conformidad con lo previsto en los arts. 3.1 y 15.3 del R.D. 1.256/1.986, de 13 de junio, la participación sindical en la Comisión Nacional de Elecciones Sindicales y en las Comisiones Provinciales de Elecciones Sindicales se reservaba en favor de los sindicatos más representativos en el ámbito estatal y de Comunidad Autónoma. Frente a ello, el Tribunal Constitucional, en sus sentencias 7/1.990, de 18 de enero y 32/1.990, de 26 de febrero dirá que estos órganos imputan los resultados electorales a los sindicatos a efectos de medir su representatividad y forman parte de un engranaje encaminado todo él a proclamar cuáles son los sindicatos que han obtenido la condición de más representativos en el ámbito estatal y de Comunidad Autónoma, por lo que no es razonable, ni objetivo, ni tampoco proporcional a la finalidad y funciones de dichos órganos electorales, que únicamente formen parte de los mismos, y precisamente en proporción a su representatividad, los sindicatos que hayan alcanzado la condición de más representativos.

¹⁵⁹. Vid. GARCIA MURCIA, J., Organizaciones..., cit., pág. 11; MARTIN VALVERDE, A., op. cit., pág. 107.

Los sujetos

son los presentes en el C.S.F.P. -esto es, las organizaciones sindicales más representativas y simplemente representativas en el conjunto de la Función Pública- (art. 13 L.O.R.A.P. modificado por la disposición adicional segunda de la Ley 7/1.990, de 19 de julio, y 2.1 del R.D. 996/1.990, de 27 de julio). Esta ventajosa posición de partida puede llevar consigo al mismo tiempo importantes beneficios para estos sindicatos, puesto que les permite fijar la fecha de comienzo y el calendario del proceso electoral, que tratarán de adaptar a sus intereses y expectativas de voto¹⁶⁰.

3º- En todas las instancias encargadas del seguimiento del proceso electoral y de su traducción a la representatividad tienen asiento, por tenerlo previamente en el C.S.F.P., las organizaciones sindicales más representativas y las simplemente representativas en el conjunto de las A.A.P.P.¹⁶¹. No obstante, hay que indicar que el R.D. 996/1.990, de 27 de julio, en cumplimiento de lo dispuesto en la disposición adicional primera de la Ley 7/1.990¹⁶², regula la composición de estos órganos, adecuándola a los criterios formulados por el Tribunal Constitucional en sus sentencias 7/1.990, de 18 de enero y 32/1.990, de 26 de febrero. La nueva

¹⁶⁰. Vid. GARCIA MURCIA, J., "Libertad..", cit., pág. 179.

¹⁶¹. GARCIA MURCIA, J., "Libertad..", cit., pág. 179, subraya este hecho como elemento que puede contribuir a enturbiar en mayor grado la relación de los resultados en las elecciones y el grado de representatividad real de los sindicatos.

¹⁶². La citada disposición reenvía al desarrollo reglamentario la fijación de la composición y funcionamiento de los órganos electorales contemplados en la Ley 9/1.987, con excepción de las Mesas electorales, previa negociación con los sindicatos con derecho a estar presentes en la Mesa general.

regulación reserva un cupo de los puestos sindicales de la Junta Electoral General, de las Juntas Electorales de Comunidad Autónoma y de Zona a los sindicatos presentes en el C.S.F.P. y el resto lo distribuye entre los sindicatos en proporción al número de representantes obtenidos en las últimas elecciones en el ámbito de que se trate (arts. 2, 3 y 4 del R.D. 996/1.990)¹⁶³. Aunque la modificación introducida corrige el criterio de la irradiación, los sindicatos dotados de la mayor representatividad en el plano estatal y autonómico, así como los simplemente representativos en el conjunto de las A.A.P.P., siguen beneficiándose de los efectos de la misma.

Así, aunque actualmente la capacidad representativa que la ley concede a esos sindicatos en relación con el sector de la Función Pública se corresponde, al menos en términos globales, con la audiencia electoral de dichas organizaciones sindicales, el voto hacia estos sindicatos pudiera venir parcialmente inducido, precisamente, por las mayores facilidades que este tipo de sindicatos tienen en el desarrollo del proceso electoral¹⁶⁴.

59. En fin, el índice de "audiencia electoral" como criterio de selección de la legitimación negociada resulta frágil e

¹⁶³. Vid. ESCUDERO RODRIGUEZ, R., "El nuevo marco de la negociación colectiva de los funcionarios públicos", R.L., núm. 19, 1.990, págs. 99 y ss.

¹⁶⁴. GARCIA MURCIA, J., "Libertad..", cit., pág. 194.

incompleto, pues no asegura la correspondencia entre la representatividad de los sindicatos y su real y efectiva implantación en el ámbito de referencia. Por ello, y siguiendo las sugerencias de algunos miembros de la doctrina laboral, cabría plantearse la posibilidad de utilizar el criterio de la "notoria implantación"¹⁶⁵ para completar¹⁶⁶ o, incluso, sustituir¹⁶⁷ al de la "audiencia electoral". Así, se podría reconocer la condición de agente negociador a aquel sindicato, que no ostentando la cualidad de más o simplemente representativo, cuenta con un determinado nivel de afiliación en el ámbito de afectación material de los Pactos y Acuerdos.

60. Esta solución, sin embargo, debe ser rechazada, en mérito a las siguientes consideraciones: a) Porque supone apartarse de la

¹⁶⁵. La "implantación" ha sido un concepto introducido por los tribunales ordinarios en primer lugar, y consagrado después por la doctrina del tribunal Constitucional en el ámbito de la adopción de medidas de conflicto colectivo. La implantación (calificada como notoria o suficiente) se ha configurado en este contexto como el requisito que debía acreditar un sindicato para convocar una huelga o iniciar el procedimiento de conflicto colectivo. Era, por tanto, un presupuesto para obtener la legitimación necesaria, como ocurre con la suficiente representatividad, y se determinaba con arreglo al índice de audiencia electoral o, en su defecto, al índice de afiliación sindical en el ámbito del conflicto colectivo. Ver, por todos, GARCIA MURCIA, J., Organizaciones..., cit., pág. 95.

¹⁶⁶. Vid. GARCIA ORTEGA, J., "La negociación colectiva infraempresarial", A.L., núm. 22, 1.985, pág. 1.118; MONEREO PEREZ, J.L., "La noción de sindicato más representativo en la Ley Orgánica de Libertad Sindical", en Castiñeira, La tutela de la libertad sindical (III Jornadas andaluzas de Derecho del Trabajo), Jerez, 1.985, pág. 44; RAMIREZ MARTINEZ, J. M., "Negociación colectiva en la empresa y secciones sindicales", D.L., núm. 22, 1.987, págs. 45 y ss.

¹⁶⁷. Vid. DEL REY GUANTER, S., "Los convenios colectivos de franja", R.E.D.T., núm. 17, 1.984, págs. 125 y ss; OJEDA AVILES, A., Derecho, cit., pág. 556. Estos autores admiten la aplicación del concepto de notoria o suficiente implantación para determinar la legitimación de las secciones sindicales en la negociación de convenios de franja. La S.T.S. de 16 de enero de 1.986 entendió sustituible el criterio de la audiencia electoral por el de la notoria implantación, porque aquel no podía ser aplicado al caso concreto.

literalidad de una ley que es clara, acudiendo a una interpretación finalista de la norma¹⁶⁸; b) porque supone extrapolar un concepto elaborado por los tribunales en un ámbito en el que existía una normativa preconstitucional poco respetuosa con la libertad sindical¹⁶⁹, lo que no sucede aquí pues existe una normativa específica, conforme con la Constitución, que designa con claridad los sindicatos legitimados¹⁷⁰; c) porque ello sería tanto como dejar al arbitrio de la Administración Pública el cumplimiento de las garantías subjetivas para alcanzar la legitimación negociada, ya que la "implantación" es un "concepto jurídico indeterminado", cuya concurrencia no viene prefijada por un baremo objetivo, sino que debe ser apreciada caso por caso en particular¹⁷¹; d) porque, en última término, incluso en los supuestos de efectiva imposibilidad material de proceder a la elección de representantes de personal en una Entidad Local y, por tanto, de poder verificar la representatividad sindical en atención a la audiencia electoral, la

¹⁶⁸. Vid. SALA FRANCO, T y ALBIOL MONTESINOS, I., op. cit., pág. 359, donde se formula similar razonamiento en contra de la utilización del criterio de la "notoria implantación" para reconocer la legitimación negociada en el ámbito laboral.

¹⁶⁹. Vid. ALARCON CARACUEL, M., "Los procesos especiales de clasificación profesional y conflictos colectivos en la Ley de Procedimiento de 1.980 y normas concordantes", R.P.S., núm. 137, 1.983, págs. 77 y ss; GONZALEZ GAVIRA y MAEZTU GREGORIO DE TEJADA, J., "El término "representantes de los trabajadores" en la incoación del procedimiento de conflicto colectivo", R.E.D.T., núm. 14, 1.983, págs. 284 y ss; DURAN LOPEZ, F., "Los procedimientos de conflictos colectivos tras la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1.981", R.E.D.T., núm. 5, 1.981, págs. 369 y ss.

¹⁷⁰. En términos similares se expresan SALA FRANCO, T y ALBIOL MONTESINOS, I., op. cit., pág. 359, en relación con la negociación colectiva laboral.

¹⁷¹. Vid. ALARCON CARACUEL, M., "Los procesos..", cit., pág. 76; GARCIA ORTEGA, J., "La negociación..", cit., pág. 1.119.

aplicación del art. 30 de la L.O.R.A.P. no supondría la negación del derecho a la negociación colectiva, puesto que éste podría ser desarrollado por los sindicatos más representativos por irradiación¹⁷².

C) La acreditación de la representatividad sindical.

61. La circunstancia de alzarse la legitimación para negociar sobre el instituto de la representatividad plantea un problema adicional de singular trascendencia, cual es el relativo a la verificación del cumplimiento de las garantías subjetivas impuestas por el legislador con el carácter de normas de orden público. En los modelos de negociación colectiva ideados por el E.T. y la L.O.R.A.P., la acreditación de la representatividad no depende de la simple aceptación como interlocutor de la contraparte, que carece de facultades para atribuir o denegar la condición de sujeto legitimado para negociar¹⁷³. En esta materia, el legislador impone la intervención de determinadas instancias. El propósito de la presente exposición es el de identificarlas y de determinar la naturaleza de su actividad.

63. La regulación del procedimiento de elección de los

¹⁷². Vid. SALA FRANCO, T. y ALBIOL MONTESINOS, I., op. cit., pág. 359. BLASCO ESTEVE, A., op. cit., pág. 2.165, señala que en las Entidades Locales que no cuenten con órganos de representación no serán posibles las negociaciones.

¹⁷³. Vid. SALA FRANCO, T y ALBIOL MONTESINOS, I., op. cit., pág. 366-367; VALDES DAL-RE, F., "Algunas cuestiones en materia de legitimación para negociar convenios colectivos de eficacia general", D.L., núm. 12, 1.984.

Los sujetos

representantes de los trabajadores en los centros de trabajo se contiene hoy en una sucesión de normas legales y reglamentarias: tít. II del E.T. (art. 67 y arts. 69 a 76); R.D. 1256/86, de 13 de junio, que crea la C.N.E.S.; R.D. 131171.986, de 13 de junio, sobre normas para la celebración de elecciones a los órganos de representación de los trabajadores en la empresa; Orden de 9 de diciembre de 1.986 que desarrolla las dos normas anteriores en lo que se refiere a la tramitación de escritos relativos a las actas de elecciones sindicales.

El procedimiento electoral consta, según se deduce de la interpretación sistemática de la normativa reseñada, de dos fases diferentes¹⁷⁴: el proceso electoral y la fase de cómputo y de atribución de los resultados electorales a las distintas organizaciones sindicales.

Con el escrutinio de los votos y publicación del acta electoral (art. 75.4 E.T. y artículo 10 del R.D. 1311/86) termina el proceso electoral propiamente dicho. Si no se presentan reclamaciones ante la Jurisdicción laboral o, habiéndose presentado, ésta no las estima, los D.P. o el C.E. quedan elegidos a todos los efectos de representación de los trabajadores del centro de trabajo.

¹⁷⁴. Vid. RODRIGUEZ SAÑUDO, F., "La intervención administrativa en el proceso de elección de los representantes de los trabajadores en los centros de trabajo", núm. 10-11, 1.987, pág. 154

Los sujetos

A partir de ese momento, comienza la fase de cómputo y atribución de resultados, que tiene como objeto, no la correcta constitución de los órganos de representación, sino el correcto cómputo global de los resultados electorales a los efectos de reconocimiento de los distintos grados de representatividad de las organizaciones sindicales concurrentes¹⁷⁵. Esta segunda fase consta de tres trámites sucesivos: comunicación de los resultados de la elección celebrada en el centro de trabajo, valoración de esos resultados y atribución de los globales a las distintas organizaciones sindicales participantes en las elecciones.

Terminado el acto de escrutinio de votos, redactada y firmada el acta por la Mesa, el Presidente envía copia de este documento al "órgano de participación institucional competente territorialmente" (art. 75.6 E.T., cuya referencia al I.M.A.C., hoy desaparecido, debe entender sustituida por lo regulado en los R.D. 1256/1.986 y 1311/1.986). Este órgano ha de "examinar y valorar las actas y demás documentación electoral producida en su ámbito territorial". Después de requerir a la Mesa la subsanación o, en su caso, de subsanar él mismo los defectos susceptibles de ello en que hayan podido incurrir las actas electorales, computará "los resultados de aquellas actas de elecciones que tengan apariencia de validez". Y, a continuación, " en el plazo máximo de diez días, a partir de la fecha de su depósito,...) devolverán la documentación examinada

¹⁷⁵. Así, RODRIGUEZ SAÑUDO, F., "La intervención...", cit., pág. 157.

Los sujetos

para su envío a la Dirección General del Ministerio de Trabajo y de Seguridad Social" (art. 17.1 R.D. 1256/86).

Recibida la documentación electoral por la D.G.T., ésta la pone a disposición de la C.N.E.S. para que pueda "efectuar la proclamación de resultados electorales globales" (art. 2.b) del R.D. 1256/1.988). A partir de estos mismos resultados electorales, la D.G.T., y a propuesta de la C.N.E.S., efectúa la atribución de los resultados a las organizaciones sindicales y expide las correspondientes certificaciones cuando se soliciten a efectos de la negociación colectiva como en cualquier otro supuesto en que sea necesario determinar la representatividad de los sindicatos (art. 75. E.T. y 13.6 R.D. 1.311/1.986)¹⁷⁶.

62. La anterior exposición respecto al proceso de verificación de la representatividad en el sector laboral nos ha parecido necesaria en orden a comprender las diferencias que encierra la regulación de la L.O.R.A.P. al respecto. Como se sabe, esta disposición legal dispone en materia de procedimiento electoral una regulación paralela peculiar¹⁷⁷. La L.O.R.A.P., con la concisión que la caracteriza, apenas dedica atención a este tema. Además, y al igual que la normativa laboral, se caracteriza por una falta de sistematicidad en la ordenación del procedimiento

¹⁷⁶. Véase la S.T.S.J. de Andalucía de 15 de abril de 1.991.

¹⁷⁷. Vid. DEL REY GUANTER, S., "Organos..", cit., págs. 120 y ss.

Los sujetos

electoral, por lo que se hace necesaria una labor de reconstrucción de su regulación a fin de exponerla según una mínima lógica¹⁷⁸.

Tras el acto de la votación, la mesa electoral levanta acta, en la que constará, entre otros aspectos, el número de votantes, votos obtenidos por cada lista, así como, en su caso, votos nulos y otras incidencias. Una vez redactada y firmada el acta por la mesa, se envía ésta a la Junta Electoral de Zona correspondiente antes de las veinticuatro horas del mismo día de la votación (art. 27.4 L.O.R.A.P.). Este órgano, de acuerdo con el art. 27.5. L.O.R.A.P., "hará públicos los resultados definitivos del escrutinio en el plazo más breve posible y, en todo caso, no superior a nueve días, proclamando a los candidatos electos, con especificación de la candidatura a que pertenezcan". Aunque la ley no es muy clara al respecto, parece que son las Juntas Electorales de Zona las competentes para valorar las actas electorales producidas por las correspondientes Mesas no sólo a efectos de determinar qué candidatos han resultado elegidos, sino también a fin de atribuir los resultados a las organizaciones sindicales, pues no está previsto que las Juntas Electorales de C.C.A.A. y la Junta Electoral General puedan realizar una nueva valoración de las actas recibidas. Parece que estas últimas se limitan a ser meros intermediarios de la documentación electoral entre las Juntas Electorales de Zona y la D.G.T. Aunque no podemos detenernos en

¹⁷⁸. DEL REY GUANTER, S., "Organos..", cit., pág. 126.

Los sujetos

este momento en valoraciones que requieren un análisis en detalle, existe una diferencia trascendental entre la L.O.R.A.P. y el E.T. por lo que se refiere a la naturaleza de la intervención de las Comisiones provinciales y las Juntas Electorales de Zona. Mientras que las primeras no tienen más función que una facultad de atribución de resultados, sobre la base de una operación de valoración de las actas electorales producidas por las correspondientes Mesas, sin que tal valoración tenga ningun efecto sobre la validez de la elección de representantes. Las segundas estiman y valoran los actos no sólo a efectos de determinar la representatividad, sino también de constituir los órganos unitarios.

64. El art. 18 de la L.O.R.A.P. es muy preciso en el mecanismo de atribución de resultados a cada una de las listas o candidaturas presentadas en la elección de los representantes. A este respecto, señala que los "representantes elegidos en cada candidatura se atribuirán al presentador, sindicato o grupo de funcionarios" (art. 18.1.e). Por ello, y para poder operar la correspondiente atribución, el legislador exige que en cada lista figuren las siglas del sindicato, coalición electoral o grupo de funcionarios que la presenta. Por lo demás, conviene advertir que, según el apartado e) del art. 18.1 L.O.R.A.P., la atribución de los representantes elegidos se realiza al "presentador"¹⁷⁹, lo cual

¹⁷⁹. Los problemas podrían surgir o aparecer en la esfera local, pues, incomprensiblemente, y al igual que el E.T., el art. 19 L.O.R.A.P. no indica nada respecto a la necesidad de identificar los "presentadores" de los candidatos a D.P., lo cual parece obligado que se realice, pues estos delegados también se integran para la medición

Los sujetos

significa, caso de que el mismo sea un sindicato, que la atribución de los puestos se realiza a éste, con total independencia de que los incluidos en su lista estén o no afiliados a él¹⁸⁰.

65. A continuación, la Junta Electoral de Zona remitirá el resultado final a la Junta Electoral General que a su vez, lo pondrá en conocimiento de la oficina Pública a que hace referencia la Ley Orgánica 11/85, de 2 de agosto, de libertad sindical (art. 27.5 L.O.R.A.P.). Esta expresión hay que relacionarla con la disposición final 1.2 de la propia L.O.L.I.S., a tenor de la cual " la oficina pública a que se refiere el art. 4 de esta ley queda establecida orgánicamente en el Instituto de Mediación, Arbitraje y Conciliación y en los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas, en su respectivo ámbito territorial, cuando tengan atribuidas estas competencias". La referencia que hace al I.M.A.C. deriva del hecho de que la L.O.L.I.S. reproduce textualmente el texto del proyecto de la ley, objeto de los correspondientes recursos de inconstitucionalidad. Pero en el interin, el R.D. 530/1.985, como se sabe, suprimió el I.M.A.C. Asumiendo sus funciones a nivel central la D.G.T., debiéndose entender referida a este Centro Directivo cualquier mención que del I.M.A.C. hagan las disposiciones legales (Dipo. Adicional segunda, 2ª, R.D. 530/85). Y a nivel provincial, las correspondientes Comunidades

de la representatividad sindical. Así, DEL REY GUANTER, S., Comentarios..., cit., pág. 148.

¹⁸⁰. DEL REY GUANTER, S., Comentarios..., cit., pág. 145.

Los sujetos

Autónomas, o caso de que no haya habido transferencia de competencias en esta materia, las Direcciones Provinciales del Ministerio del trabajo.

66. En una interpretación literal, el art. 27.6 de la L.O.R.A.P. confía a la D.G.T. la proclamación de los resultados globales de las elecciones en la Función Pública, lo que desembocaría en una absurda bifurcación de los actos administrativos de proclamación de los resultados electorales globales (en manos de la C.N.E.S. en el sector laboral, y de la D.G.T. en el funcionarial)¹⁸¹. Sin embargo, la interpretación uniforme se hace necesaria, pues se trata de actos condenados a realizarse conjuntamente para hacer efectivo el sistema de representatividad sindical¹⁸². El legislador parte de una consideración conjunta de los sectores laboral y funcionarial a la hora de determinar la mayor representatividad sindical. Por consiguiente, los resultados electorales proclamados por la C.N.E.S., que, tras su posterior atribución, mide la condición de más representativa de los sindicatos, son los producidos en todo el territorio estatal y en los distintos sectores de actividad, incluido el funcionarial. Amputar de los resultados electorales

¹⁸¹. CASAS BAAMONDE, M^a. E., "La intervención de las Administraciones autonómicas en las elecciones de representantes en las empresas", pág. 18.

¹⁸². Así, CASAS BAAMONDE, M^a. E., "La intervención..", cit., pág. 18. En este sentido, conviene notar que el propio preámbulo del R.D. 1.256/1.986 reconoce que las competencias de la Comisión Nacional de Elecciones Sindicales en materia de proclamación de los resultados electorales se extienden, indistintamente, a los resultados de las elecciones en el ámbito de las empresa y de los funcionarios.

Los sujetos

proclamados por la C.N.E.S. los relativos al ámbito funcional equivaldría, ciertamente, a hacer impracticable el sistema de mayor representatividad sindical.

Por consiguiente, enviada la documentación electoral por la Junta Electoral General a la D.G.T., se debe entender que ésta la pone a disposición de la C.N.E.S., a fin de que ésta proclame los resultados electorales, con las desagregaciones necesarias por ámbitos territoriales y funcionales. A continuación, la D.G.T., a partir de estos mismos resultados, y a propuesta de la C.N.E.S., atribuye los resultados a los distintos sindicatos y expide las oportunas certificaciones¹⁸³.

67. En definitiva, y a modo de conclusión, pese a la existencia de dos Administraciones electorales separadas para el ámbito laboral y para la Función Pública¹⁸⁴, existe, a excepción de las Comisiones Provinciales y de las Juntas Electorales de Zona, una confluencia en la fase pública administrativa de atribución de

¹⁸³. Ahora bien, resulta evidente que la D.G.T. procede a la atribución de los resultados electorales nacionales. Las Comunidades Autónomas con competencias en materia de ejecución de la legislación laboral procederán igualmente con los resultados electorales de sus respectivas esferas de actuación territorial a los efectos de la negociación colectiva y de determinación de la representatividad de los sindicatos en el interior de la propia Comunidad. Sobre las competencias de las C.C.A.A. en este ámbito ver el trabajo de CASAS BAAMONDE, M^a. E., "La intervención..", cit., págs. 19 y ss. Y cuando no haya habido transferencia de competencias en esta materia serán las Direcciones provinciales del Ministerio de trabajo, a propuesta de las Comisiones Provinciales reguladas en el R.D. 1256/1.986 (art. 2), las encargadas de tal cometido.

¹⁸⁴. Vid CASAS BAAMONDE, M^a. E., "La intervención..", cit., pág. 119; DEL REY GUANTER, S., "Organos..", cit., págs. 120 y ss.

Los sujetos

los resultados electorales a las organizaciones sindicales y de acreditación de la representatividad sindical.

68. A este respecto, pueden hacerse los mismos comentarios que la doctrina ha venido haciendo sobre la intervención administrativa en el proceso electoral vigente en el sector laboral¹⁸⁵. En este sentido, debe convenirse que dicha presencia probablemente sea, también en la Función Pública, necesaria porque constituye una garantía de la realización correcta e imparcial del cómputo de los resultados electorales y de su traducción a la representatividad de los sindicatos. Pero en este caso como la Administración Pública es parte interesada, podrían surgir dudas en torno a la imparcialidad de sus decisiones al respecto.

En sentido contrario, habría que decir lo siguiente:

1º) En primer lugar, que la fiscalización administrativa no excluye la intervención de las centrales sindicales mayoritarias, que, por su incardinación, en los órganos electorales, participan en la fase de cómputo y atribución de los resultados

¹⁸⁵. Vid. RODRIGUEZ SAÑUDO, F., "La intervención..", cit., págs. 165-166.

electorales¹⁸⁶.

2º) En segundo lugar, que la atribución a las distintas organizaciones sindicales de los resultados electorales y las ulteriores expediciones de certificaciones por la D.G.T. constituyen actos de ejecución reglada¹⁸⁷. A este respecto, hay que indicar que la emanación del acto administrativo por la D.G.T. precisa, según el art. 13.6 R.D. 1.311/1.986, el previo e instrumental acto de propuesta de atribución de la C.N.E.S., preceptivo en el procedimiento de producción del acto administrativo definitivo de atribución y, en consecuencia, condicionante de su validez¹⁸⁸.

69. Cuestión distinta es que la participación sindical se circunscribiera, como ocurría antes, a los sindicatos más representativos y simplemente representativos en el conjunto de las A.A.P.P.¹⁸⁹. De todos ellos, cabe destacar las Juntas Electorales de Zona, cuya composición, como hemos visto, es casi exclusivamente

¹⁸⁶. GARCIA MURCIA, J., Organizaciones..., cit., pág. 112.

¹⁸⁷. Vid. CASAS BAAMONDE, M^a. E., "La intervención..", cit., pág. 27; RODRIGUEZ SAÑUDO, F., "La intervención..", cit., pág. 163.

¹⁸⁸. Así, CASAS BAAMONDE, M^a. E., op. ult. cit., pág. 36.

¹⁸⁹. Ver las reflexiones críticas que sobre el favorecimiento de las organizaciones sindicales en el seguimiento del proceso electoral realiza RODRIGUEZ SAÑUDO, F., op. ult. cit., pág. 166.

Los sujetos

sindical. Este órgano es el que realiza la valoración de la documentación electoral y el que decide sobre el cómputo de los resultados electorales. Sus decisiones afectan directamente a los intereses de los sindicatos presentes en este órgano y a los intereses de las organizaciones concurrentes con ellos en el proceso electoral. Además, en muchos casos los candidatos pueden ser elegidos de forma fraudulenta o fuera de los cauces habilitados por la ley, sin que ello, por falta de impugnación, sea registrado en el cómputo global. En fin, objetivamente, y sin que sea necesario entrar en consideraciones de una posible actuación desviada de los representantes de unas u otras organizaciones- los órganos electorales no tenían una composición que garantizase la total imparcialidad de sus decisiones.

70. Pero, una vez se han incorporado a tales órganos los sindicatos que, según los resultados de las elecciones anteriores, son más representativos en el ámbito territorial y funcional correspondiente al órgano, ninguna objeción se puede alegar¹⁹⁰. Una estructuración de este tipo puede garantizar mejor la transparencia del proceso de valoración y cómputo, la información sobre los criterios aplicados y el control de las decisiones sindicales sin caer en los inconvenientes señalados. El

¹⁹⁰. En sentido contrario, RODRIGUEZ SAÑUDO, F., "La intervención ..", cit., pág. 166, para quien la creación de organismos administrativos puros sin participación de los interesados sería más adecuada.

Los sujetos

favorecimiento de las organizaciones sindicales más representativas y simplemente representativas en las A.A.P.P. ofrecía un flanco abierto a la crítica, sobre todo en la función pública, donde el legislador ha establecido un monopolio sindical cualificado del derecho a la negociación, sin admitir vías de negociación alternativas.

D) La duración de la capacidad representativa.

71. Una vez analizado el tema de la acreditación de la representatividad sindical, es necesario determinar la duración de la capacidad representativa y consiguientemente, de la legitimación negocial de los sindicatos más representativos y de los simplemente representativos. La solución arbitrada por el ordenamiento jurídico en orden al periodo de vigencia de la mayor y suficiente representatividad atribuida a un sindicato no es la misma, lo que nos obliga a una consideración separada de ambos supuestos.

72. En cuanto a la duración de la condición de mayor representatividad, hay que comenzar diciendo que el cómputo a efectos de fijar esta condición no se hace sobre el total de los representantes elegidos en el conjunto de los centros de trabajo de todo el país, sino exclusivamente sobre las elecciones celebradas en el periodo que con una duración máxima de tres meses es fijado por la C.N.E.S. (dispo. Adicional primero de la L.O.L.I.S y art.

Los sujetos

2.a) R.D. 1256/1.986)¹⁹¹. La duración de la capacidad representativa de las centrales y sindicatos que alcancen la condición de más representativos en tales fechas es -como de forma expresa, aunque referida únicamente a la participación institucional, dice la disposición adicional 1ª L.O.L.I.S- de cuatro años, ya que el mandato de los representantes de personal dura ese tiempo, y es lógico que la C.N.E.S. adopte la misma cadencia en el señalamiento de los periodos computables¹⁹². Los sindicatos más representativos disfrutan de su especial capacidad representativa y, por ende, de legitimación para negociar en el ámbito de la Función Pública durante todo este periodo, aunque su representatividad real haya sufrido variaciones, pues los resultados electorales producidos después del periodo computable fijado por la C.N.E.S. no se computan a efectos de atribuir la condición de la mayor representatividad¹⁹³. Por tanto, para poder participar en las negociaciones que se emprendan durante el mandato de los D.P. y J.P., les basta con demostrar su condición de más representativos al término del proceso electoral.

¹⁹¹. Vid., por todos, GARCIA MURCIA, J., Organizaciones..., cit., pág. 111; RODRIGUEZ SAÑUDO, F., op. ult. cit., pág. 157.

¹⁹². Así, ALBIOL MONTSINOS, I., Comités..., cit., pág. 83; GARCIA MURCIA, J., Organizaciones..., cit., pág. 111; OJEDA AVILES, A., Derecho..., cit., pág. 194.

¹⁹³. GARCIA MURCIA, J., Organizaciones..., cit., pág. 113; RODRIGUEZ SAÑUDO, F., "La intervención...", cit., pág. 157.

Los sujetos

73. El panorama es distinto en el caso de los sindicatos simplemente representativos. La duración de su capacidad representativa también es, en principio, de cuatro años. Sin embargo, la disposición adicional primera de la L.O.L.I.S., al establecer que la capacidad representativa atribuida a los sindicatos tienen una duración mínima de cuatro años, sólo se refiere a los arts. 6.3.a) y 7.1. de la L.O.L.I.S. En consecuencia, el proceso de atribución de los resultados electorales a las organizaciones sindicales simplemente representativas no se cierra tras el periodo de cómputo de los resultados electorales, sino que permanece abierto de forma constante, lo cual obliga a un ajuste constante de porcentajes de acuerdo con los datos de las sucesivas elecciones, revocaciones o sustituciones¹⁹⁴. Por ello, estos sindicatos para poder negociar en el ámbito de la Función Pública han de demostrar permanentemente su representatividad, mediante certificación actualizada de la autoridad laboral sobre los resultados electorales habidos en dicho ámbito hasta ese momento concreto.

En conclusión, la duración de la capacidad representativa y,

¹⁹⁴. Así, OJEDA AVILES, A., op. ult. cit., pág. 195. Por contra, RODRIGUEZ SAÑUDO, F., "La intervención..", cit., pág. 157, señala que una vez finalizado el periodo fijado por la C.N.E.S. el proceso de atribución de los resultados electorales se cierra sin distinguir entre la mayor y la suficiente representatividad. Por su parte, ALBIOL MONTESINOS, I., Comités.., cit., pág. 63, afirma que la capacidad de los sindicatos es de cuatro años, sin distinguir entre los más representativos y los simplemente representativos.

Los sujetos

consiguientemente, de la legitimación negocial de los sindicatos más representativos y de los simplemente representativos en el ámbito de la Función Pública es, en principio, de cuatro años. Pero mientras la representatividad de los primeros queda congelada durante el periodo correspondiente, sin que las variaciones que sufra su representatividad tengan ninguna repercusión; la capacidad representativa de los segundos, en cambio, está sujeta a un proceso de ajuste constante de porcentajes. Con ello, se refuerza la posición de los sindicatos más representativos, que tienen su principal campo de acción en el ámbito privado, en detrimento del sindicalismo típica y estrictamente funcionarial.

74. Debe subrayarse, no obstante, que las posibilidades de que la representatividad real y, con ello, la legitimación negocial de los sindicatos sufra variaciones durante el mandato representativo de los Delegados de Personal y Juntas de Personal son muy reducidas; más aún, que el sector privado. Un rápido vistazo a los preceptos más significativos sobre el particular confirma esta conclusión.

En primer lugar, mientras que en el sector privado el proceso electoral se puede iniciar en cualquier periodo según las circunstancias de cada empresa o centro de trabajo, de modo que es posible que en algunas empresas se elijan a los representantes

Los sujetos

fuera del periodo de cómputo de los resultados electorales¹⁹⁵, en la Función Pública se trata de un proceso cerrado y unificado en el tiempo para todas las unidades electorales. De esta forma, y dado que su promoción corresponde a las mismas organizaciones sindicales que participan en la fijación del periodo de cómputo, por lo que lo lógico es que estas convoquen las elecciones a D.P. y J.P. dentro de este periodo. Por ello, es muy difícil, por no decir imposible, que queden D.P. y J.P. sin computar a efectos de atribuir la mayor representatividad sindical.

En segundo lugar, el art. 20.2 L.O.R.A.P., al igual que el art. 63.3 E.T., sólo prevé un medio de revocación de los D.P. y miembros de las J.P.: el desarrollado por los electores que los eligieron. Pero el recurso a este mecanismo en la función pública es más difícil que en el ámbito laboral o privado por la gran dimensión de las unidades electorales y por la prohibición, sin paralelo en el E.T., de plantear la revocación hasta transcurridos seis meses desde la elección de un D.P. y miembros de la J.P.¹⁹⁶. Además, en caso de sustituciones por vacante, cualquiera que sea la causa, la vacante se produce en las J.P. por el candidato siguiente

¹⁹⁵. RODRIGUEZ SAÑUDO, F., op. ult. cit., pág. 157.

¹⁹⁶. Vid. DEL REY GUANTER, S., Comentarios..., cit., págs. 150 y ss.

Los sujetos

en la misma lista a la que pertenezca el sustituido¹⁹⁷.

Como complemento a todo ello, habría que indicar que la promoción parcial prevista en el art. 14 L.O.R.A.P. sólo puede darse cuando la sustitución automática sea imposible y darse, además, los estrictos requisitos de que no continúe ejerciendo sus funciones el 60 por 100 de los miembros de las J.P. y de que falten más de nueve meses para la terminación del mandato.

En tercer lugar, las alteraciones que se produzcan en la afiliación de los miembros de las Juntas de Personal o de los Delegados de Personal tras las elecciones no conllevarán la modificación de la representatividad obtenida por el sindicato que los presentó en sus listas ni la del sindicato que los recibe, y, por tanto, no tienen ninguna repercusión sobre la legitimación negocial de éstos. A tenor del art. 13.3 del R.D. 1311/1.986, de 13 de junio, el cambio de afiliación del representante de los trabajadores producido durante la vigencia de su mandato electoral no implica la modificación de la atribución de los resultados

¹⁹⁷. Este no es el caso de los D.P., ya que aquí la sustitución opera en base exclusivamente al número de votos, sin dar relevancia a si el sustituido pertenece o no al mismo sindicato cuando ello sea el caso. Por ello es en este caso cuando cobra auténtica relevancia la comunicación de la sustitución al Registro de organizaciones sindicales a que se refiere el tít. II de la L.O.L.I.S. -vid. art. 27 L.O.R.A.P.). Vid. DEL REY GUANTER, S., op. ult. cit., pág. 148.

Los sujetos

electorales¹⁹⁸. Aunque esta norma no rige en la Función Pública, ante el silencio de la L.O.R.A.P. y dada la consideración conjunta de los sectores laboral y funcionarial en el cómputo de la representatividad sindical es lógica su aplicación analógica en este ámbito. Por lo tanto, cuando un sindicato obtiene, verbigracia, los tres Delegados de Personal de una Entidad Local y, posteriormente, éstos se afilian a otro sindicato, es a aquel a quien corresponde la representatividad y, por ende, la legitimación negocial¹⁹⁹.

75. En definitiva, y como corolario de todo lo anterior, cabe concluir que, una vez concretada y definida tras el periodo de cómputo de los resultados electorales la representatividad de los sindicatos que actúan en el ámbito de la Función Pública, es muy difícil que durante el periodo de mandato de los representantes se produzca un cambio de correlación de fuerzas. Por consiguiente, las organizaciones sindicales que alcancen los niveles de representatividad dispuestos por la ley en tales fechas van a

¹⁹⁸. Vid RODRIGUEZ SAÑUDO, F., "Notas sobre..", cit., pág. 253; SALA FRANCO, T y ALBIOL MONTESINOS, I., op. cit., pág. 219. En este sentido, la S.T.C.T. de 21 de febrero de 1.986 señala que el cambio de afiliación de los representantes unitarios no repercute en la representatividad de los sindicatos.

¹⁹⁹. En esta línea, la S.T.C.T. de 21 de febrero de 1.986 declara la nulidad de un convenio suscrito por un sindicato que careciendo del índice de audiencia electoral necesario acepta la afiliación de varios representantes unitarios pertenecientes a otro sindicato.

Los sujetos

disfrutar de la legitimación negocial durante un periodo de cuatro años.

76. Sólo en el caso de que se produzca la fusión (o integración, en un sentido más amplio) de un sindicato con otro sindicato, federación o Confederación o la excisión o división orgánica de la organización sindical, pueden haber cambios en el panorama de sindicatos inicialmente legitimados para negociar. A este respecto, debe tenerse presente lo dispuesto en el art. 13.5 del R.D. 1311/1.986, de 13 de junio "cuando en un sindicato se produzca la integración o fusión de otro u otros sindicatos, con extinción de la personalidad jurídica de éstos, subrogándose aquel en todos los derechos y obligaciones de los integrados, los resultados electorales de los que se integran serán atribuidos, al que acepta la integración, a los solos efectos de la negociación colectiva, sin perjuicio de que la Comisión nacional de elecciones sindicales pueda acordar su cómputo a otros efectos". Aunque nada se dispone en la L.O.R.A.P. al respecto, también aquí debería consagrarse por analogía el principio seguido en el ámbito laboral. Así, habría que aceptar que un sindicato que no alcance el 10 por 100 de los representantes en el ámbito al que se refiere la negociación (Fusión Pública o un sector de la mismas) pueda alcanzar la legitimación para negociar en el mismo si en el se integra otro sindicato con un índice de audiencia electoral suficiente para entre los dos alcanzar el nivel de

Los sujetos

representatividad sindical necesario²⁰⁰.

E) La adecuación constitucional del "monopolio sindical cualificado".

77. El legislador establece un monopolio sindical en el ejercicio del derecho de negociación colectiva. Pero no todos los sindicatos gozan de legitimación para negociar, ya que ésta se configura como una prerrogativa exclusiva de los sindicatos más representativos a nivel estatal y de Comunidad Autónoma y de los simplemente representativos en el ámbito al que se refiere la negociación. Se trata, por tanto, de un "monopolio sindical cualificado"²⁰¹, que margina a los sindicatos que no alcanzan los

²⁰⁰. De todas maneras, aun no aceptando el planteamiento anterior, como quiera que el referido precepto atribuye a la C.N.E.S. la competencia de determinar la extensión a otros efectos y puesto que este órgano desarrolla sus funciones también en relación a las elecciones en la Función Pública, hay que entender que podría acordar la extensión de la legitimación para intervenir en la actividad que la L.O.R.A.P. denomina "determinación de las condiciones de trabajo" en el caso de fusión de sindicatos. Por lo demás, los acuerdos en estas materias -que deben comunicarse a la Administración central o a la autonómica- al parecer producen efectos desde la fecha de notificación, lo que no impide su impugnación por la vía contencioso-administrativa, y quizá su suspensión, si se da el supuesto previsto en las leyes procedimentales de carácter administrativo (aunque lo normal es que el acto administrativo produzca efectos desde la fecha en que se dicte, según el art. 45 L.P.A.). Vid. PRADAS MONTILLA, R y otros, "Comentarios al Real Decreto 1.311/1.986, de 13 de junio, sobre normas electorales sindicales", R.T., 1.986, núm. 83, pág. 147.

²⁰¹. DEL REY GUANTER, S., Comentarios..., cit., pág. 182.

Los sujetos

porcentajes mínimos para conseguir esa representatividad cualificada.

La exclusión de los sindicatos de menor representatividad plantea la cuestión de su constitucionalidad. Ciertamente, esta selección cualificada de los sindicatos negociadores podría entrañar un trato discriminatorio respecto a los que no alcancen los niveles de representatividad sindical necesarios y, por consiguiente, una transgresión del derecho de libresindicación, al tiempo que del principio de igualdad. Por esta razón, es necesario dilucidar si esta regulación legal incurre o no en inconstitucionalidad por vulneración de lo dispuesto en los arts. 14 y 28.1 de la Consitución.

78. Como quiera que la L.O.R.A.P. ha adoptado en este punto una solución paralela a la del E.T.²⁰², conviene traer a colación los comentarios que la doctrina ha vertido en torno a la constitucionalidad de esta última opción legal. A este respecto, la doctrina es unánime al considerar que el art. 37.1 de la Constitución no restringe la capacidad negocial a los sindicatos más representativos. Se afirma, en este sentido, que la expresión constitucional "representantes de los trabajadores", así como las ineludibles exigencias de la libertad sindical, cubren la relación

²⁰². OJEDA AVILES, A., "Los derechos..", cit., pág. 20 subraya la similitud que guarda la L.O.R.A.P. con el E.T.

Los sujetos

asociativa como fuente de representación, de suerte que el sindicato, todo sindicato, tiene constitucionalmente reconocida la condición de agente negociador.

No obstante ello, se considera conforme al texto constitucional la restricción de la legitimación negocial operada por el E.T. en base a una doble argumentación²⁰³:

1º) En primer lugar, porque los convenios colectivos estatutarios tienen eficacia personal general. Se afirma, en este sentido, que como estos convenios se aplican a todos los trabajadores incluidos en su ámbito de aplicación, con independencia de su afiliación sindical, es lógico reservar la legitimación a quienes representan cualificadamente los intereses del colectivo afectado.

En segundo lugar, porque el E.T. no constituye un desarrollo integral del art. 37.1 de la Constitución, que agote todas las posibilidades de negociación. De este modo, los sindicatos minoritarios pueden negociar al margen de las previsiones estatutarias convenios colectivos de eficacia limitada o reducida a los trabajadores representados por ellos.

²⁰³. Ver, por todos, SALA FRANCO, T. y ALBIOL MONTESINOS, I., op. cit., págs. 352-353.

Los sujetos

79. En conclusión, el desigual tratamiento de que son objeto los sindicatos halla su justificación, y su consiguiente constitucionalidad, en la eficacia general de los convenios colectivos y en la circunstancia de que los sindicatos minoritarios tienen garantizado, en todo caso, el cauce de la negociación colectiva extraestatutaria. Así, lo ha interpretado también el Tribunal Constitucional, al afirmar que "se trata de un específico supuesto de negociación, dotado de eficacia general y aplicable por tanto a todos los trabajadores y empresarios incluido dentro de su ámbito, pertenezcan o no a las organizaciones pactantes. Es ese carácter, y la necesidad lógica de reconocer la legitimación a quienes representen cualificadamente los intereses del grupo afectado, los que justifican la limitación a quienes ostentan una mínima representatividad, teniendo en cuenta que la negociación de eficacia reducida se reconoce a todo sindicato"²⁰⁴.

80. Respecto de la limitación para "participar como interlocutores en la determinación de las condiciones de trabajo en las Administraciones Públicas" el tribunal la juzga justificada de la misma manera que la negociación colectiva. A este particular, afirma que "su justificación es la misma que en la negociación colectiva"²⁰⁵.

²⁰⁴. S.T.C.O. 98/1.985, de 29 de julio, f.j. nº 10.

²⁰⁵. S.T.C.O. 98/1.985, de 29 de julio, f.j. nº. 10. En este sentido, DEL REY GUANTER, S., Comentarios..., cit., pág. 218,

Los sujetos

Esta afirmación, sin embargo, ha de ser objeto de una valoración crítica, pues en ese momento los procedimientos de consulta y negociación carecen de una cobertura legal y del parco tratamiento que la L.O.L.I.S. les dedica no se deduce ni la eficacia general de los eventuales acuerdos ni la existencia de vías de participación alternativa, que son los pilares o premisas sobre los que descansa la argumentación del tribunal. Se trata, por tanto, de una aseveración precipitada, pues el análisis sobre la adecuación constitucional de esta opción legal sólo puede realizarse a partir de lo dispuesto en la L.O.R.A.P. EL Tribunal, como hace en relación con la participación en los sistemas de solución de conflictos de trabajo, debería haber aplazado su pronunciamiento en espera de la regulación legal de los procedimientos de consulta y negociación.

81. Antes de entrar en el examen de la L.O.R.A.P., es conveniente elevar el punto de vista hacia el texto constitucional. La Constitución no restringe la legitimación negocial a los sindicatos más representativos. Sin embargo, obliga al legislador a adaptar el derecho a la negociación colectiva a las peculiares características de la Administración como sujeto negocial. Por consiguiente, la restricción legal de la legitimación negocial en favor de los sindicatos representativos estará justificada constitucionalmente si responde a dicha necesidad.

defiende la aplicabilidad de ambos argumentos.

Los sujetos

82. Los argumentos que ofrece el Tribunal Constitucional para mantener esa selección son la eficacia general de los acuerdos y la existencia de vías de participación alternativas. Pasemos a considerar cada uno de ellos.

En cuanto al primer argumento -la eficacia general de los acuerdos-, hay que notar que los Pactos y Acuerdos, al igual que los convenios colectivos, tienen eficacia general, esto es, son aplicables a todos los funcionarios incluidos en su ámbito de aplicación con independencia de la relación que mantengan con los sindicatos firmantes. Por consiguiente, y en línea de principio, es lógico reservar la legitimación negocial a quienes representan cualificadamente los intereses del colectivo funcional afectado.

Sin embargo, hay que notar la existencia de una diferencia sustancial entre los sistemas de negociación colectiva laboral y funcional. El E.T. no sólo realiza una selección cualificada de los sindicatos negociadores sino que, además, impone para su válida actuación unos condicionamientos a fin de asegurar que el plus de la eficacia general sirve realmente a los intereses mayoritarios del colectivo afectado por el convenio. Así, para que la comisión negociadora quede válidamente constituida exige que los sindicatos negociadores reúnan como mínimo la mayoría absoluta de los órganos unitarios del ámbito de aplicación del convenio. Y, a la doble exigencia de una representatividad sindical singularizada y de una

Los sujetos

representatividad de conjunto de los sindicatos, añade una mayoría cualificada -el 60 por 100- en la toma de acuerdos en el seno de la comisión negociadora. Con ello se garantiza la cualificada representación de los trabajadores no sólo en los momentos iniciales de la actividad contractual, sino durante todo el proceso negociador.

La L.O.R.A.P., en cambio, no exige un quorum determinado o una representatividad mínima de conjunto para la válida constitución de la mesa negociadora y los acuerdos en su seno se adoptan por el voto favorable de la mayoría de sus miembros. De esta forma, el binomio representación cualificada-eficacia general, intrínsecamente unido en el texto estatutario, queda desvirtuado en la L.O.R.A.P. Así, la exigencia de una representatividad, como requisito legitimador, no garantiza la suficiente representatividad de los intereses afectados por la negociación. Además, la eficacia general de lo pactado no justifica plenamente la exclusión de los sindicatos no representativos, pues su presencia no desvirtuaría el binomio representación cualificada-eficiencia general, sino, al contrario, quedaría reforzado.

Con respecto al segundo argumento - que la selección operada no impide que los sindicatos que no alcancen los grados de representatividad necesarios no puedan negociar-, hay que decir que no es de recibo, pues, como se verá, no son posibles los Pactos y

Los sujetos

Acuerdos externos a la L.O.R.A.P.

83. A partir de lo expuesto, habría que concluir que la limitación legal de la legitimación para participar en los procedimientos de consulta y negociación no está plenamente justificada.

En sentido contrario, hay que decir que la selección de las organizaciones sindicales encuentra justificación en el principio de eficacia administrativa tutelado por la Constitución²⁰⁶. En efecto, exigiendo determinada representatividad para el ejercicio del derecho a la negociación se contribuye a configurar un sistema más racional de relaciones colectivas, pues se evita la

²⁰⁶. En esta línea, LOPEZ GANDIA, J., "Las relaciones colectivas en el empleo público y la Constitución", Revista de Derecho Público, núm. 83, 1.981, pág. 430, señalaba que una de las peculiaridades del derecho de sindicación de los funcionarios públicos podría consistir en consagrar el principio de sindicato más representativo, como única forma de participación en la negociación. Y ello con el fin de garantizar el buen funcionamiento de la Administración, tutelado por la Constitución (art. 103.1 C.E.). Por su parte, REBOLLO PUIG, M., "La participación de las entidades representativas de intereses en el procedimiento de elaboración de disposiciones administrativas generales", R.A.P., núm 115, 1.988, pág. 156, justifica la selección de las organizaciones sindicales a las que conferir representación ante la Administración en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas generales que les afecten porque el dar audiencia a todas las organizaciones sindicales podría dificultar gravemente la práctica del trámite hasta hacerlo excesivamente gravoso para la Administración y casi impracticable. De hecho, el T.S., en las sentencias de 6 de diciembre de 1.985 y de 12 de abril de 1.986, señala que lo dispuesto en el art. 130 de la L.P.A. no puede conducir que la audiencia exija de una forma exhaustiva oír a todas las organizaciones sindicales.

pulverización sindical, la lucha entre los diversos sindicatos y otros fenomenos disgregadores, y con ello se garantiza el buen funcionamiento de la Administración.

84. En fin, se puede concluir lo siguiente: 1º) que la reduccción de la legitimación negocial en favor de los sindicatos representativos encuentra su justificación constitucional en la necesidad de garantizar la eficacia y el buen funcionamiento de la Administración; 2º) que dicha limitación constituye una peculiaridad de la libertad sindical de los funcionarios, pues los sindicatos que no ostentan una mínima representatividad, a diferencia de lo que sucede en el ámbito privado, no tienen otras vías de participación o negociación alternativas.

2.2. Consideración especial de la legitimación negocial de las secciones sindicales.

85. Como hemos visto, las secciones sindicales cuentan con capacidad para negociar en la Función Pública. Ahora bien, para poder ejercer el derecho de negociación colectiva que les permite el art. 8.2.b) de la L.O.L.I.S. han de constituirse en niveles coincidentes con el de las mesas generales y sectoriales previstas en la L.O.R.A.P. Por consiguiente, para determinar las posibilidades de negociación que se le abren a las secciones sindicales, es necesario analizar la cuestión del ámbito en que se

pueden crear y elegir, respectivamente, secciones y delegados sindicales.

2.2.1. El ámbito de la sección sindical.

86. La L.O.L.I.S, que en ese momento legisla fundamentalmente para las relaciones laborales privadas, refiere, al igual que el E.T. con respecto a los C.E. y D.P., la creación de las secciones sindicales alternativamente al ámbito de la empresa o del centro de trabajo, y lo hace ya desde el primer precepto que regula la materia en su tít. IV²⁰⁷. Pero mientras el E.T. se inclina claramente en favor del centro de trabajo²⁰⁸, la L.O.L.I.S., en cambio, remite a los trabajadores afiliados (y al sindicato, en su estatuto) la determinación de esa posible dualidad²⁰⁹. La cierta flexibilidad estructural del modelo organizativo de la acción sindical en la empresa -frente a la rigidez que caracteriza a las representaciones unitarias-, evidencia un deseo legal de remitir a la práctica la determinación de cuáles puedan ser los ejes organizativos que en cada empresa permitan la creación de ámbitos

²⁰⁷. FERNANDEZ LOPEZ, M^a.F., y CRUZ VILLALON, J., op. cit., pág. 227.

²⁰⁸. BORRAJO DACRUZ, E., "Delegados ..", cit., pág. 1.853; RAMIREZ MARTINEZ, J.M., "Negociación ..", cit., pág. 39.

²⁰⁹. ALBIOL MONTESINOS, I., El sindicato en la empresa, Deusto, 1.990, pág. 135. Vid la sentencia de la Audiencia Nacional de 7 de septiembre de 1.989 y 23 de marzo de 1.990, las S.T.C.T. de 27 de febrero de 1.987, de 9 de julio de 1.987 y 6 de abril de 1.988, entre otras.

Los sujetos

específicos de acción sindical²¹⁰.

87. No obstante, esta flexibilidad es posteriormente desmentida, puesto que la L.O.L.I.S termina por concebir a la representación sindical como una estructura paralela a la de la representación unitaria, dotada de parecidos ejes organizativos²¹¹. Y ello es así porque la titularidad y disfrute de los derechos de acción sindical previstos en la ley se reserva en favor de las secciones sindicales cuyo sindicato tenga presencia en los órganos unitarios o, en su defecto, sea más representativo a nivel estatal o de Comunidad Autónoma. Lo cual obliga a constituir la sección sindical en niveles coincidentes con el de las representaciones unitarias.

Así, sucede con los derechos a formar parte de las comisiones negociadoras de los convenios colectivos a nivel de empresa y

²¹⁰. RODRIGUEZ PIÑERO, M., "El reconocimiento legal de los delegados sindicales y las representaciones sindicales "al margen" de la Ley", R.L., núm. 14, 1.989, pág. 6.

²¹¹. En este sentido, BORRAJO DACRUZ, E., "Delegados sindicales..", cit., pág. 1.850, afirma que una pauta interpretativa es "el buscado paralelismo que la L.O.L.I.S. da a la sección sindical y, sobre todo, a los delegados sindicales, con el comité de empresa. FERNANDEZ LOPEZ, M^a.F. y CRUZ VILLALON, J., op. cit., pág. 227, afirman que la L.O.L.I.S. concibe a la representación sindical como una estructura paralela a la de la representación unitaria; RODRIGUEZ PIÑERO, M., "El reconocimiento..", cit., pág. 14, afirma que el art. 10.1 de la L.O.L.I.S. "está inspirado en el Tít. II del E.T., en el que se habla de "empresa o centro de trabajo".

promover elecciones a delegados de personal y comités de empresa. Otro tanto ocurre con los derechos instrumentales que la ley confiere a las secciones sindicales para fortalecer y consolidar la presencia sindical en los centros de trabajo, tales como los derechos a disponer de un tablón de anuncios y utilizar un local adecuado.

Esta vinculación se manifiesta sobre todo en el área de los delegados sindicales y las competencias de participación en la gestión atribuidas a éstos²¹². En efecto, el derecho a disponer y designar delegados sindicales se reserva única y exclusivamente a las secciones sindicales cuyo sindicato de procedencia tenga una presencia mínima en los órganos unitarios (art. 10.1 L.O.L.I.S.). No juega, pues, a los efectos de determinar la titularidad de este derecho el mecanismo de la irradiación de la mayor representatividad sindical. Los sindicatos más representativos pero sin representación en los órganos unitarios carecen, en consecuencia, de las garantías y medios de acción sindical de los delegados sindicales²¹³. A mayor abundamiento, la posibilidad de disponer de más de un delegado sindical se condiciona a que el

²¹². FERNANDEZ LOPEZ, M^a.F. y CRUZ VILLALON, J., op. cit., pág. 227, afirman que en el área de las competencias atribuidas a estos órganos existe una constante referencia a las que ostenta la representación unitaria.

²¹³. DURAN LOPEZ, F., "La acción...", cit., pág. 30; OJEDA AVILES, A., Derecho..., cit., pág. 284.

Los sujetos

sindicato haya obtenido, como mínimo, el 10 por 100 de lo votos válidos.

En fin, y por no hacer más extensa esta argumentación, los derechos de los delegados sindicales se definen en la ley a partir de los atribuidos a las representaciones electivas de trabajadores. Los delegados sindicales tienen derecho a recibir la misma información que el empresario ponga a disposición de éstos, tiene también el derecho de información activa en todas las materias de carácter colectivo que afecten a los trabajadores en general y a los afiliados en particular, especialmente, en los despidos y sanciones, y, por último, tienen derecho a asistir a las reuniones de los órganos unitarios con voz pero sin voto (art. 10.3 L.O.L.I.S.). Existe una constante referencia de las competencias de que éstos se encuentran dotados a la que ostenta la representación unitaria. Esto es, las normas competenciales de este capítulo de la L.O.L.I.S. parece que no se elaboran atendiendo a una potencial estructuración variable, que pueda adaptarse a la estructura organizativa de la empresa; da la impresión de que se elaboran integrándonos por remisión a las dictadas para aquellos órganos.

88. Así pues, los trabajadores pueden crear secciones sindicales tanto a nivel de empresa como de centro de trabajo. Pero para que éstas puedan gozar de los derechos y prerrogativa legales han de estar representadas en los C.E. y D.P. y, por ello, lógicamente, su ámbito debe coincidir con el de éstos; por lo que,

a la postre, es el ámbito que la ley atribuye a los C.E. y D.P. el que rige y condiciona el ámbito posible de las secciones sindicales. Por consiguiente, debe concluir que los trabajadores pueden constituir las secciones sindicales a nivel de empresa y, preferentemente, de centro de trabajo²¹⁴, sin que sean posibles las secciones sindicales acumulables en su representación²¹⁵, salvo cuando por convenio colectivo se prevea la creación de una "sección intercentros"²¹⁶

89. Sin embargo, aunque las secciones sindicales aparecen como una figura organizativa articulada paralelamente a la regulación prevista para la representación unitaria del personal, sus ejes organizativos no van a coincidir siempre. Y ello se así porque la ley condiciona la existencia de delegado sindical y de un

²¹⁴. BORRAJO DACRUZ, E., "Delegados ..", cit., págs. 1.853 y ss; RAMIREZ MARTINEZ, J. M^a, "Negociación...", cit., pág. 39.

²¹⁵. Subrayan el carácter alternativo y no acumulativo de la opción, entre otros, RODRIGUEZ PIÑERO, M., "El reconocimiento..", cit., pág. 6; SALA FRANCO, T y ALBIOL MONTESINOS, I., op. cit., págs. 272 y ss. Por su parte, el Tribunal Constitucional afirma que la posible dualidad de ámbitos no se puede traducir en una ampliación "cuantitativa" de los derechos de la sección sindical (S.T.C.O. 61/1.989, de 3 de abril). Ver también las sentencias de la Audiencia Nacional de 7 de septiembre de 1.989 y las S.S.T.C.T. de 27 de febrero de 1.987 y 9 de julio de 1.987.

²¹⁶. BORRAJO DACRUZ, E., "Las secciones sindicales en la empresa: puntos críticos", Aedipe, diciembre, 1.986, págs. 3 y ss. En sentido contrario, se expresan CRUZ VILLALON, J., "El reconocimiento..", cit., pág. 241; RIVERO LAMAS, J., "Umbrales ..", cit., pág. 71. Estos autores entienden que no es precisa la previsión convencional.

Los sujetos

local adecuado no sólo a que el sindicato correspondiente tenga presencia en el comité, sino también a que el centro de trabajo o la empresa tenga, al menos, 250 trabajadores. A la vista de ello las opciones organizativas de los comités de empresa y de las secciones sindicales serán diversas en función del umbral de efectivos de la empresa o centro de trabajo²¹⁷.

El tema, obviamente, no existe en los casos en que la empresa cuente con un sólo centro de trabajo o con varios que alcancen la cifra de 250 trabajadores cada uno de ellos. En estos casos, la unidad de referencia para constituir el comité de empresa y la sección sindical será la empresa y el centro de trabajo, respectivamente. Las situaciones complejas se plantean en aquellos supuestos en los que la empresa cuenta con varios centros de trabajo, cuyos censos tengan más de 50 y menos de 250 trabajadores, y que sumados todos ellos, alcancen esa cifra o con varios centros de trabajo, de los cuales unos superen la cifra de 250 trabajadores y otros no. En estos casos mientras para el comité de empresa la unidad de referencia será el centro de trabajo, para la sección sindical, en cambio, será la empresa, aunque en este último supuesto sería posible una combinación de ambos criterios -empresa y centro de trabajo-, como establece el E.T. para los comités en su art. 63.1. Así, se podría constituir una sección sindical en cada

²¹⁷. Véanse las observaciones que al respecto realiza ALBIOL MONTESINOS, I., *El sindicato...*, cit., pág. 145 y ss.

Los sujetos

centro de trabajo de 250 o más trabajadores y otra para el resto de centros de trabajo, si sumados los trabajadores de ellos llegan a la cifra de 250. En cuanto al otro requisito necesario para tener delegado sindical -que el sindicato tenga presencia en los comités de empresa-, había que entenderlo referido a todos los comités de empresa que existan²¹⁸.

90. En fin, cabe concluir que los trabajadores, en principio, pueden crear las secciones sindicales a nivel de empresa y centro de trabajo. Sin embargo, esta libertad está condicionada por los requisitos a que el legislador condiciona el disfrute de los derechos y garantías de acción sindical. A la vista de ello, las opciones organizativas serán diversas, y estarán en función de la estructuración de los órganos unitarios, de los resultados electorales obtenidos por los sindicatos y por el umbral de efectivos de la empresa o, en su caso, del centro de trabajo²¹⁹.

91. La anterior exposición respecto al ámbito de la sección sindical en el sector laboral nos ha parecido necesaria en orden a comprender las dificultades interpretativas que encierra la

²¹⁸. Así, ALBIOL MONTESINOS, I., El sindicato..., cit., pág. 146. La sentencia de la Audiencia Nacional de 16 de enero de 1.990 no exige, sin embargo, que sea necesaria la presencia en todos los comités de centro.

²¹⁹. ALBIOL MONTESINOS, I., El sindicato..., cit., págs. 145 y ss.

aplicación de la regulación de la L.O.L.I.S. en la Función Pública.

92. El legislador diseña un modelo de organización y representación sindical en los centros de trabajo en torno a las representaciones unitarias. Al no existir en la Función Pública en ese momento representaciones unitarias, el legislador sólo va a tener en cuenta en su regulación a los C.E. y D.P. A los efectos de la presente materia, el resultado va a ser que en la delimitación de los ámbitos de las secciones y delegados sindicales, que se efectúa por remisión al de las correspondientes representaciones, sólo se tome como referencia el ámbito de los C.E. y D.P. De esta forma, aunque el art. 8.1.a) L.O.L.I.S. refiere indistintamente la creación de las secciones sindicales tanto del personal laboral como de los funcionarios al "ámbito de la empresa o centro de trabajo", su aplicación en la Función Pública no resulta nada fácil y provoca mayores dificultades de interpretación²²⁰. Las complicaciones que se derivan de una base normativa atécnica aumentan cuando se aplica al ámbito de la Función Pública.

93. La interpretación ha de orientarse, por tanto, en criterio de razonabilidad; y a tal efecto, las pautas a tener en cuenta son, seguramente, las siguientes:

²²⁰. FERNANDEZ LOPEZ, M^a. F., y CRUZ VILLALON, J., op. cit., pág. 228.

Los sujetos

a) En primer lugar, el tenor literal de la ley. La L.O.L.I.S. utiliza literalmente el criterio de centro de trabajo y de empresa para determinar el ámbito de las secciones sindicales y delegados sindicales de los funcionarios.

b) En segundo lugar, el buscado paralelismo que la ley dá a la sección sindical y, sobre todo, a los delegados sindicales, con las representaciones unitarias.

94. Por consiguiente, para resolver esta cuestión se pueden seguir dos líneas de investigación, que, como se verá, no son alternativas o excluyentes, sino complementarias: a) en primer lugar, proyectar las nociones laborales de empresa y centro de trabajo al ámbito de la Función Pública; b) en segundo lugar, seguir la estructuración de las representaciones unitarias de los funcionarios públicos como criterio indiciario para determinar el ámbito de actuación de las secciones sindicales.

95. Las nociones de empresa y centro de trabajo son difíciles de aplicar en el ámbito de las Administraciones Públicas, porque se elaboran en atención a actividades de producción de bienes o prestación de servicios donde concurre un elemento económico o mercantil, que no se suele dar en las Administraciones Públicas²²¹.

²²¹. FERNANDEZ LOPEZ, M^a.F. y CRUZ VILLALON, J., op. cit., pág. 228.

Precisamente, por ello, la L.O.R.A.P. abandona tales conceptos a la hora de delimitar el ámbito de actuación de las J.P. y D.P. y ofrece una definición particular de centro de trabajo a los efectos de las elecciones a representantes del personal al servicio de las Administraciones Públicas²²². A tenor de su disposición adicional cuarta, "constituirá un único centro de trabajo la totalidad de establecimientos dependientes del departamento u organismo de que se trate, que radique en una misma provincia, siempre que los trabajadores afectados se encuentren incluidos en el ámbito de aplicación de un mismo convenio". Este concepto de centro de trabajo está determinado por tres componentes²²³: a) todos los establecimientos dependientes de un mismo departamenteo u organismo que b) se encuentren en una misma provincia y c) cuyos trabajadores se encuentren incluidos en el ámbito de aplicación de un mismo convenio colectivo.

En ausencia de cualquier otra definición, cabría plantearse la posibilidad de aplicar la presente definición a efectos de delimitar el ámbito de las secciones y delegados sindicales. Parece que en este caso la respuesta ha de ser negativa, pues la ley deja explícito que se trata de un concepto aplicable sólo al personal

²²². FERNANDEZ LOPEZ, M^a. F. y CRUZ VILLALON, J., op. cit., pág. 228.

²²³. DEL REY GUANTER, S., Comentarios..., cit., pág. 279.

laboral, pareciendo excluir a los funcionarios²²⁴

96. Por todo ello, es imprescindible desbrozar, si quiera sumariamente, la noción de centro de trabajo y en qué términos la misma es trasladable al ámbito de la Función Pública.²²⁵

Para la legislación laboral el centro de trabajo es aquella "unidad productiva autónoma con organización específica que sea dada de alta, como tal, ante la autoridad laboral". Prescindiendo del dato, meramente formal, del alta ante la autoridad laboral, en la noción legal de centro de trabajo se pueden detectar una serie de elementos, ninguno de ellos absolutamente determinante, pero que en su conjunto contribuyen a formar la noción de esa subdivisión empresarial: la unidad legal del titular, la persecución continuada de un fin técnico que se coordina o se subordina, según los casos, a la finalidad económica general perseguida por la empresa; la proximidad o unidad geográfica; la pluralidad organizada de trabajadores, suficiente para la consecución del fin común, etc.

Ahora bien, de la caracterización legal se deducen como esenciales a la misma dos ideas: de una parte, la autonomía de la

²²⁴. FERNANDEZ LOPEZ, M^a. F. y CRUZ VILLALON, J., op. cit., pág. 229.

²²⁵. Véanse las reflexiones realizadas por FERNANDEZ LOPEZ, M^a. F. y CRUZ VILLALON, J., op. cit., pág. 229.

Los sujetos

unidad productiva, estrechamente relacionada con la persecución de un fin técnico propio y susceptible de diferenciarse del general económico de la empresa, por mucho que se encuentre subordinado a éste; y la idea de organización "específica", en la terminología de la ley, propia y adaptada a la naturaleza del fin que con ella se persigue. Proyectando ambas ideas sobre el contexto normativo en que resulta aplicable ahora la noción de centro de trabajo, un contexto caracterizado por el desarrollo de la acción sindical de relaciones colectivas de trabajo, parece claro que aquí ha de venir constituida por una organización en la que pueda implantarse un sistema de tal naturaleza. Ello requiere, por parte de los trabajadores, una pluralidad organizada; por parte empresarial, la existencia de un sujeto o conjunto de sujetos dotados de competencias de gestión en materia de personal, asumiendo la tarea de empleador en este limitado aspecto. Para este conjunto normativo la idea central no es tanto la proximidad o unidad geográfica, sino la autonomía de gestión. Podrá calificarse de autónoma dicha gestión cuando quien la ejerce "dirige, controla y planifica los medios materiales y la plantilla de personal adscrita a éste, aunque en determinados casos la dirección empresarial se reserve la facultad de decidir directamente cuestiones de gran importancia".

97. Para determinar las unidades administrativas con autonomía habrá que confrontar el cuadro legal de competencias en materia de personal de cada Administración Pública y el cuadro

Los sujetos

legal de competencias de participación de las secciones sindicales. Se trata de encontrar las unidades administrativas en las que exista un sujeto dotado de competencias en materia de personal, que sea capaz de responder y colaborar con las representaciones sindicales en el desarrollo de sus funciones, de suerte que éstas puedan abordar los problemas diarios de las decisiones concretas de prestación de trabajo y que supere la mera labor de proselitismo.

Pues bien, la proyección de la noción laboral de centro de trabajo sobre la representación sindical en la Administración del Estado, haría que, propiamente, "centro de trabajo", en su sentido más estricto, sólo fuera posible hallarlo en el nivel Departamental, y en el conjunto de las dependencias regionales y provinciales. En efecto, de acuerdo con la L.M.R.F.P. y demás normas concordantes, las competencias de carácter decisorio y ejecutivo, que van a ser objeto de información o de consulta por parte de los Delegados Sindicales, se concentran en los Ministros, Subsecretarios de los Ministros, Delegados del Gobierno y Gobernadores Civiles. Por debajo de ellos, el resto del personal sólo merece el calificativo de funcionario, cualquiera que sea la función desempeñada, el cuerpo al que pertenezca, la categoría que ostente o el nivel retributivo por el que se le pague.

Esta solución no parece plenamente satisfactoria pues el ámbito de las secciones sindicales resultaría todavía más amplio

Los sujetos

que el de las J.P.; manifiesta la necesidad de somerterla a adaptaciones y matices. Así, y teniendo en cuenta el buscado paralelismo que la L.O.L.I.S. da a las secciones y delegados sindicales con las representaciones unitarias, habrá que seguir la estructuración de las representaciones unitarias.

La L.O.R.A.P. a la hora de delimitar el ámbito de actuación de las J.P. y D.P. no toma como referencia al centro de trabajo ni siquiera formula, tal como sucede en la legislación laboral, una noción genérica de la extensión de cada unidad electoral, que permita "a posteriori" una concreción en cada caso que a su vez facilite un cierto grado de flexibilidad o discrecionalidad. La L.O.R.A.P. formula un listado relativamente cerrado de las diversas unidades. La estructuración se desarrolla en línea con la distinción político-jurídico-territorial básica en nuestro ordenamiento jurídico, esto es, Administración del Estado, Administración Autonómica y Administración Local. En líneas generales diremos que cada ayuntamiento, diputación y entidad autónoma que alcance el número de funcionarios establecido erigirá una Junta de Personal. Respecto al Estado y las Comunidades Autónomas, el troceado sigue criterios de proximidad geográfica, determinando que se constituya una junta para los servicios centrales de cada Departamento Ministerial (incluidos los servicios provinciales de Madrid) y para los servicios centrales de cada Organismo Autónomo, y en cada provincia una para el conjunto de las

Los sujetos

delegaciones departamentales existentes en ella. Por último, el legislador utiliza también un criterio institucional estricto para formar Juntas específicas, como las Universidades, los funcionarios de justicia y, por provincias, los docentes no universitarios, los funcionarios de justicia, los de correos y telégrafos y los del I.N.S.A.L.U.D.

Así, y teniendo en cuenta que las representaciones sindicales se contemplan como un paralelo de los representantes unitarios, cabría pensar en la posibilidad de constituir secciones sindicales específicas para los citados colectivos. De este modo, las secciones sindicales comprenderán todos los establecimientos de la Administración del Estado que se encuentren en una misma provincia y cuyos funcionarios se encuentren incluidos en el ámbito de una misma mesa negociadora, en una palabra, ejes o criterios organizativos que coinciden casi plenamente con la delimitación de centro de trabajo que a efecto de las elecciones a representantes del personal laboral de las A.A.P.P. formula la L.O.R.A.P., lo que viene a corroborar la tesis aquí propuesta²²⁶

²²⁶. Por su parte, FERNANDEZ LOPEZ, M^a.F. y CRUZ VILLAON, J., op. cit., pág. 231, señalan que los ejes organizativos de la representación sindical podrían ser los servicios centrales de cada Organismo o Departamento administrativo, y las dependencias periféricas, de forma que, aunque puede segurise lejanamente la estructura de la representación unitaria, no hay conexión necesaria entre ambas y, por tanto, la representación sindical, puede ajustarse mejor a la estructura administrativa, supliendo las carencias organizativas de la representación unitaria. Por su parte LOPEZ GANDIA, J., "La negociación..", cit., pág. 16 y RODRIGUEZ PIÑERO, M., "Dualismo representativo en el empleo público", R.L.,

2.2.2. Las posibilidades de negociación.

98. La conclusión a que se ha llegado respecto del ámbito de las secciones sindicales cierra en gran medida el paso a que las secciones sindicales puedan protagonizar procesos de negociación asimilados a los que realizan sus homónimos en el ámbito de las relaciones laborales privadas. En efecto, la centralización de las secciones sindicales no llega a los niveles en los que se constituyen los diferentes mesas de negociación, generales y sectoriales, predeterminadas en la Ley²²⁷. La comparación entre los ámbitos de las mesas de negociación y los correspondientes a las secciones sindicales y los delegados sindicales muestra que ambos niveles no suelen coincidir. Con excepción de las E.E.L.L. y las C.C.A.A. uniprovinciales -supuestos en los que si puede darse la coincidencia-, en el resto de los casos los ámbitos de las secciones sindicales son de dimensiones más reducidas que las correspondientes mesas de negociación. Por consiguiente, las secciones sindicales en la Función Pública sólo podrán ejercer el derecho de negociación colectiva que le permite el art. 8 de la

núm. 18, 1.987, pág. 7, entienden que a nivel de centro de trabajo actuarán las secciones sindicales y los delegados sindicales.

²²⁷. En parecidos términos se manifiestan FERNANDEZ LOPEZ, M^a. F. y CRUZ VILLALON, J., op. cit., pág. 235.

Los sujetos

L.O.L.I.S. en el ámbito de las E.E.L.L.²²⁸ y C.C.A.A. uniprovinciales. La única disfuncionalidad es este punto entre lo dispuesto en la L.O.L.I.S. y en la L.O.R.A.P. es que no resulta absolutamente coincidente la legitimación negocial del art. 8.2.b) L.O.L.I.S. y la que se reconoce en el art. 31.1 L.O.R.A.P.; aunque coincida grosso modo, el segundo precepto resulta algo más restrictivo que el primero. Pero esta cuestión se aborda más tarde al determinar los sujetos legitimados para negociar en el ámbito local, a cuyo momento se remite el análisis.

3. La legitimación interviniente.

100. El proceso de identificación de los sujetos negociadores de un Pacto o Acuerdo concluye, una vez establecida la legitimación para negociar conforme a las reglas ya conocidas, con la constitución del órgano negociador. Quienes efectivamente negocian el Pacto o Acuerdo son los sindicatos que integran la mesa negociadora.

101. En el ámbito privado hay que distinguir en este tema

²²⁸. En este mismo sentido, FERNANDEZ LOPEZ, M^a. F. y CRUZ VILLALON, J., op. cit., pág. 235. Estos autores admiten otra posibilidad. Así, afirman que la mesa general, al amparo de la posibilidad abierta por el art. 31.1 de la L.O.R.A.P., puede constituir niveles inferiores de negociación protagonizados por las secciones sindicales si llegan a coincidir una vez más con el ámbito de actuación de las mismas. Sin embargo, como se ha visto ello no es factible.

Los sujetos

entre la negociación colectiva supraempresarial y la empresarial o de ámbito inferior. A nivel supraempresarial, la problemática planteada viene resuelta por el art. 87.5 E.T., a cuyo tenor "todo sindicato, federación y confederación sindical" que tenga legitimación negociadora en los términos del art. 87, números 2,3 y 4 "tendrá derecho a formar parte de la comisión negociadora". En consecuencia, la legitimación para negociar, abarca el derecho, también, a estar presente en el órgano negociador²²⁹. De esta forma, la denegación a un sindicato del derecho a participar en la negociación de un convenio, estando legitimado para ello, supone no sólo la vulneración del mandato legal contenido en el artículo 87 E.T., "sino también del derecho a la negociación prevenido en el artículo 37.1 de la C.E. y del derecho de libertad sindical regulado en el artículo 28.1 de la referida C.E."²³⁰.

Pero este artículo no parece aplicable a los convenios de empresa o de ámbito inferior, dada su referencia a los sindicatos,

²²⁹. La posición de la doctrina a este respecto es unánime. Ver, por todos, ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M^a.E., Derecho del trabajo, Madrid, 1.989, pág. 696; OJEDA AVILES, A., Derecho..., cit., pág. 674. En la misma dirección se mueve la jurisprudencia (ver, por todas, las S.T.C. de 3 de julio y 18 de octubre de 1.988, y de 29 de marzo de 1.989).

²³⁰. Las S.T.C.O. de 24 de noviembre de 1.987 y de 11 de noviembre de 1.991 han señalado en este sentido que la exclusión de la comisión negociadora de un sindicato legitimado para negociar supone un atentado al derecho de libertad sindical. Y ello sucede aunque quien negocie ostente por si mismo la mayoría absoluta exigida por el art. 88.1 E.T. (S.T.C. de 22 de septiembre de 1.982).

Los sujetos

federaciones y confederaciones y no a las "representaciones sindicales"²³¹. Por ello, es posible, dada la atomización que deriva de los requisitos de legitimación exigidos en este ámbito y habida cuenta la limitación numérica que impone el art. 88.3 E.T., que no todas las secciones sindicales con legitimación negocial tengan cabida en el órgano negociador. Así, una opción sindical implantada en la empresa puede no estar presente en el banco social, si su representatividad es mínima. En este caso, la legitimación negociadora no comprende la legitimación interviniente o derecho a formar parte de la comisión para realizar ofertas y contraofertas, sino que queda reducida a mera concurrencia en la designación de la comisión. La condición efectiva de sujeto negociador refiere, por tanto, a una situación más restringida que la de sujeto legitimado para negociar el convenio.

102. En la Función Pública la cuestión planteada viene resuelta por los arts. 30 y 31.2 de la L.O.R.A.P. En virtud de los cuales las organizaciones sindicales y sindicatos que tengan legitimación negocial en los términos previstos en los referidos preceptos "estarán presentes" en la Mesas de negociación. Por

²³¹. ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M^a.E., op. cit., pág. 696; CRUZ VILLALON J., "Reconocimiento..", cit., pág. 256; ESCUDERO RODRIGUEZ, R., Los sujetos.., cit., pág. 209. En este mismo sentido, se pronuncia el T.C.T. en sus sentencias de 20 de junio de 1.986 y de 18 de noviembre de 1.987. Por contra, RAMIREZ MARTINEZ, J., "Negociación colectiva en la empresa y secciones sindicales", D.L., núm. 22, para quien "si bien el art. 87.5 no parece directamente aplicable en el supuesto de la negociación de empresa o inferior el art. 88.1 viene a suponer su equivalente".

Los sujetos

consiguiente, la legitimación para negociar comprende en todo caso la legitimación interviniente o derecho a estar presente y actuar como representantes en las mesas de negociación²³².

103. De este reconocimiento se deduce lo siguiente:

1º) El deber de la Administración en cuanto parte negociadora de respetar y posibilitar el ejercicio efectivo de la referida facultad. Lo cual implica, entre otras obligaciones, la de notificar el comienzo del proceso negociador a todas las organizaciones sindicales que cuentan con legitimación negocial²³³.

2º) La imposibilidad de que por la voluntad conjunta de los representantes de la Administración y de los sindicatos se pueda excluir de la mesa negociadora a una organización sindical que cuente con la indicada legitimación interviniente. Por muy elevado que sea el número y la representatividad de los sindicatos

²³². GARCIA FERNANDEZ, M., "Representatividad..", cit., pág. 2.468. La S.T.S. de 24 de julio de 1.990 señala que "la participación en tales Mesas de negociación es un derecho fundamental de las organizaciones sindicales (a que se refieren los arts. 30 y 31.2 de la L.O.R.A.P.).

²³³. En este sentido, la S.T.S. de 24 de julio de 1.990 señala que la Administración al no convocar a la organización sindical legitimada para formar parte de la Mesa de negociación vulnera "los derechos fundamentales de libertad sindical del sindicato reclamante, debiéndose declarar así y declarar expresamente el derecho que asiste al recurrente a estar presente de pleno derecho en las Mesas de negociación".

Los sujetos

legitimados que actúen en conjunción con la Administración, nada en la L.O.R.A.P. autoriza a reducir la legitimación negocial de los sindicatos, ni siquiera la de los más representativos por irradiación pero sin presencia en el ámbito en cuestión, a mera concurrencia en la designación de los miembros del banco sindical en la mesa negociadora, retirando al sindicato toda "legitimación interviniente". Ciertamente que, de este modo, la presencia de estos sindicatos disminuye al mismo tiempo el peso porcentual de los otros sindicatos respecto a su propia representatividad sindical. Pero ello es consecuencia obligada del juego de la mayor representatividad por irradiación, produciéndose las mismas discordancias en la negociación colectiva laboral.

3º) La denegación a un sindicato del derecho a participar en la mesa de negociación, estando legitimado para ello, representa la vulneración del mandato legal contenido en los arts. 30 y 31.2 L.O.R.A.P., al tiempo que del derecho de libertad sindical consagrado en el art. 28.1 C.E. Por consiguiente, el Pacto o Acuerdo pactado con exclusión de este sindicato será nulo. Y ello, incluso, en el supuesto de que los sindicatos que lo hayan negociado sean mayoritarios en el ámbito de referencia.

106. Cuestión distinta es la referente al carácter renunciabile o irrenunciabile del derecho a formar parte de la Mesa negociadora. Como sabemos, el art. 87.5 del E.T. reconoce a los

Los sujetos

sindicatos que cuentan con legitimación negociadora el derecho a formar parte de la mesa negociadora, por lo que es claro que éstos, en el ejercicio de tal derecho, pueden tanto incorporarse a la comisión negociadora como no hacerlo. Esto es, se trata de un derecho de carácter renunciable, de forma que los sindicatos, inicialmente legitimados, pueden autoexcluirse de las negociaciones, sin que ello repercuta sobre la validez del convenio²³⁴.

Por su parte, la L.O.R.A.P., al referirse a la legitimación interviniente, utiliza expresiones como "estarán presentes" (arts. 30 y 31.2), "que estarán en todo caso" (art. 31.2), "estarán también" (art. 31.2). En una interpretación literal, estos preceptos parecen obligar a los sindicatos que reúnan los grados de representatividad legalmente exigidos a sentarse en la mesa negociadora. Esta interpretación, sin embargo, resulta excesivamente forzada y literal. Entiendo que el sentido de estas expresiones es el mismo que el del art. 87.5 E.T., esto es, reconocer el derecho a formar parte de la mesa negociadora, lo que comprende tanto el aspecto positivo como el negativo del ejercicio del citado derecho.

²³⁴. La posición de la doctrina es unánime al respecto. Vid, entre otros, RAMIREZ MARTINEZ, J.M^a, "La negociación..", cit., pág. 46 y ss; RODRIGUEZ SAÑUDO, F., "Notas...", cit., pág. 451. La S.T.C.T. de 18 de octubre de 1.988 señala que el ejercicio del derecho a la negociación colectiva es facultativo.

Los sujetos

Aunque con esta diversidad terminológica no se ha querido establecer una diferencia material, lo cierto es que tales términos contrastan con el jurídicamente más correcto de "derecho", que es el que emplea el E.T. Aparte de un posible deseo de desmarcamiento terminológico con la legislación laboral y de conexión con antecedentes en la esfera jurídico-administrativa, no parece existir una razón totalmente convincente para que se haya omitido esta última expresión.

105. No obstante ello, dada la vinculación y subordinación de las Mesas sectoriales de negociación respecto de la Mesa general, podría cuestionarse si la presencia en esta última es un requisito imprescindible para participar en aquellas. Efectivamente, existe una relación de jeraquía entre las mesas negociadoras en cuanto a la ordenación y desarrollo de la actividad negociadora, ya que las Mesas sectoriales han de constituirse con posterioridad a la Mesa general y para regular las materias que ésta les reenvie. Desde esta perspectiva se puede plantear si una organización sindical legitimada para formar parte de la Mesa general pierde el derecho a estar presente en las Mesas sectoriales cuando no acude a las reuniones de aquella o se retira de las mismas.

Para resolver el problema indicado hay que tener en cuenta cual es la función desarrollada por tales mesas de negociación. Según el art. 31.1 de la L.O.R.A.P., les corresponde la

Los sujetos

determinación de las condiciones específicas de trabajo de los funcionarios públicos del correspondiente sector en todo aquello que no haya sido objeto de decisión por parte de la Mesa general. Así pues, desempeñan una función negociadora complementaria de la llevada a cabo por esta última. Finalmente, es conveniente distinguir según se trate de organizaciones sindicales legitimadas por ser más representativas a nivel estatal o, en su caso, por ser más representativas a nivel autonómico o simplemente representativas en la Administración del Estado.

Por lo que respecta a las primeras hay que indicar que éstas ostentan legitimación en todo caso, esto es, independientemente de que se hayan incorporado o no a la Mesa general. La L.O.L.I.S les garantiza la "capacidad representativa" a todos los niveles territoriales y funcionales para participar en los procedimientos de consulta y negociación. De este modo, constituido por el legislador o, en su caso, por los sujetos negociadores un determinado nivel de negociación, la legitimación de estas organizaciones sindicales para negociar en el mismo deriva directamente de la L.O.L.I.S. En consecuencia, dado que la función de las mesas sectoriales no es la de "administrar" lo pactado en la Mesa general, sino la de negociar, es evidente su legitimación²³⁵.

²³⁵. Sobre la distinción entre comisiones negociadoras y no negociadoras y la posibilidad de dejar fuera de éstas últimas al sindicato que no ha negociado el convenio ver las S.T.C.O. 9/1.986, de 21 de enero, 39/1.986, 31 de marzo y 184/1.991, de 30 de septiembre, Vid GOERLICH PESET, J.Mª., "Notas sobre el régimen

Los sujetos

No es posible, pues, que este derecho venga restringido por la L.O.R.A.P. y menos aún por los miembros de la Mesa general porque ello supondría la vulneración del derecho de libertad sindical al tiempo que del principio de igualdad (arts. 7, 28.1 y 14 C.E.). Sin que sea suficiente, a efectos de evitar semejante calificación el hecho diferencial de la participación o no en las negociaciones de la Mesa general.

Más complicado resulta dilucidar si las restantes organizaciones sindicales pueden ser excluidas. En efecto, la legitimación de éstas para negociar no deriva de la L.O.L.I.S. sino de la L.O.R.A.P. De esta forma, esta podría reconocerles la legitimación para formar parte de las Mesas sectoriales, exigiéndoles en contrapartida su participación en la Mesa general. Por consiguiente, la solución debe obtenerse a partir del análisis de esta disposición legal. No parece ser ésta, sin embargo, la intención del legislador, por cuanto que el reconocimiento de la legitimación negocial de estas organizaciones sindicales se formula en los mismos términos que el de las restantes, de lo que se desprende que no ha querido sujetar el ejercicio efectivo de este derecho a su previa intervención en la Mesa general.

En conclusión, las organizaciones sindicales legitimadas para formar parte de la Mesa general no pierden su derecho a estar

orgánico de la Comisión paritaria del convenio", A.L., núm. 36, 1.988, págs. 2.112-2.113.

presentes en las Mesas sectoriales cuando no acudan o abandonen las reuniones de aquella. Ahora bien, éstas también deben atenerse a los criterios positivos y negativos marcados por los miembros de la Mesa general aún cuando no hayan participado en su fijación, y ello por la supremacía de ésta respecto de las Mesas sectoriales.

II. LA REPRESENTACION PUBLICA.

106. En principio, podríamos hablar del Estado como parte contractual en la negociación colectiva de la Función Pública. Pero con esta expresión se incurre en una licencia lingüística²³⁶. Se debe, por tanto, precisar qué se entiende por Estado en el marco de la negociación colectiva funcionarial. Para ello debemos acudir, en primer lugar, a la Constitución, donde la doctrina ha visto reflejadas dos acepciones principales del Estado²³⁷. Por un lado, y es la acepción más genérica, tenemos la del Estado-Comunidad, que comprende todas y cada una de las instituciones públicas (Estado-Organización, las C.C.A.A., las E.E.L.L., y aquellas otras organizaciones calificadas como públicas y que no forman parte del citado núcleo duro estatal). Por otro, en un sentido más restringido, tenemos Estado-Organización, que se refiere exclusivamente a su organización central. En esta segunda acepción,

²³⁶. DEL REY GUANTER, ESTADO..., cit., pág. 37.

²³⁷. BAENA DEL ALCAZAR, M., Curso de la Ciencia de la Administración, VOL. I, Madrid, 1.985, págs. 194 y ss.

Los sujetos

y que lógicamente está comprendida en la primera, se incluyen la Corona, el Tribunal Constitucional, las Cortes Generales, el Consejo General del Poder Judicial, y, finalmente, el Gobierno y la Administración del Estado.

107. Pues bien, centrándonos en el nivel central de negociación, no cabe duda que es la Administración del Estado la parte pública contratante. Esta afirmación descansa sobre la siguientes bases:

1º) En primer lugar, porque en el ordenamiento jurídico español la personalidad jurídica del Estado se manifiesta a través de sus aparatos administrativos²³⁸. En efecto, sólo la Administración Pública está realmente personificada dentro del vasto complejo orgánico que llamamos Estado²³⁹. Así, resulta del art. 1 de la L.R.J.A.E., a cuyo tenor " la Administración del Estado, constituida por órganos jerárquicamente ordenados, actúa para el cumplimiento de sus fines con personalidad jurídica única".

2º) En segundo lugar, porque así se desprende de la interpretación sistemática de la L.O.R.A.P. A este respecto, conviene recordar de nuevo cuál es la naturaleza que se considera

²³⁸. ORTEGA, L., Los derechos sindicales de los funcionarios públicos, Madrid, 1.983, pág. 264.

²³⁹. Vid. GARCIA DE ENTERRIA, E. y RAMON FERNANDEZ, T., Curso de Derecho Administrativo, Tomo I, Madrid, 1.987, pág. 26.

Los sujetos

como propia de los Acuerdos y Pactos y su posición en la regulación de las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos. En tanto se trata de Proyectos de Ley y de Reglamentos negociados (los Acuerdos) y de contratos o convenios normativos (los Pactos), la condición de sujeto negociador reside, como indicábamos, en la Administración Pública. En efecto, la constitución le reconoce una función legislativa preparatoria de la de los órganos legislativos y una potestad reglamentaria propia (art. 87. 1 y 97 C.E.).

3º) En tercer lugar, porque así se desprende del tenor literal de la L.O.R.A.P. En efecto, el art. 31 de esta ley señala que en las mesas de negociación "estarán presentes los representantes de la Administración Pública correspondiente". Por su parte, el art. 35 establece que "los representantes de la Administración del Estado, de la Comunidades Autónomas o de las Entidades Locales {...}, podrán llegar a Acuerdos y Pactos para la determinación de las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos".

108. Pero junto a la Administración del Estado existen otros órganos constitucionales que desempeñan un papel, más o menos directo, en la negociación colectiva funcional. Se trata del Parlamento y del Gobierno. Por consiguiente, es necesario encuadrar las funciones parlamentarias y gubernativas.

109. Las Cortes Generales en virtud de la reserva

Los sujetos

constitucional que existe para la regulación de diversos ámbitos de la Función Pública y, en especial, en cuanto al "Estatuto de los funcionarios" (art. 103.3 C.E.), habrán de disponer la normación de estos ámbitos en términos tales que sea reconocible en la Ley misma una determinación suficiente de los ámbitos, así incluidos en el estatuto funcionarial. De este modo, debido al sometimiento de la actuación administrativa a la legalidad, las leyes que traten de la Función Pública y las leyes de Presupuestos actúan como límite de la capacidad de obrar de la Administración²⁴⁰. Pero es ella quien, dentro de dichos límites, ostenta la capacidad contractual.

110. El Gobierno, de acuerdo con los arts. 97 3 de la C.E. y de la L.M.R.F.P., respectivamente, ostenta la máxima función directiva en materia de personal funcionario y, por ende, en la negociación colectiva funcionarial. De ahí, su papel decisivo en el desarrollo de dicha negociación. La L.O.R.A.P. especifica los componentes de esa competencia: a) determinar las instrucciones a que debe atenerse los representantes de la Administración del Estado cuando proceda la negociación con la representación sindical; b) determinar, de acuerdo con los sindicatos más representativos a nivel estatal y de C.C.A.A, la fecha de inicio de las negociaciones y las materia a negociar; c) conceder su aprobación expresa y formal a los Acuerdos alcanzados en sede negocial; d) establecer las conexiones de trabajo de los

²⁴⁰. Vid ORTEGA, L., op. cit., pág. 264.

funcionarios en los casos en que no se produzca acuerdo en la negociación o no se alcance la aprobación expresa y formal de los Acuerdos.

Sin embargo, el Gobierno, en cuanto tal, no puede ser considerado desde un punto de vista estrictamente jurídico como la parte contratante en los Acuerdos. Su papel en la negociación se desarrolla en cuanto órgano cabecero de la Administración y, por tanto, su actividad se imputa a la Administración Pública, que es la auténtica parte en los Acuerdos y Pactos.

A este respecto, conviene traer a colación la cuestión relativa a la posición mixta del Gobierno²⁴¹. A pesar de la contraposición que el propio Título IV de la Constitución hace entre Gobierno y Administración, lo cierto es que el Gobierno forma parte de pleno de derecho de la Administración en sentido orgánico. Lo que ocurre es que el Gobierno no es sólo eventualmente un órgano de la Administración del Estado (aspecto bajo el cual su actividad está sometida al Derecho Administrativo), sino que cumple, además, otras funciones que nada tienen que ver con la Administración Pública en cuanto persona. La concurrencia de esta doble condición explica que tales individuos actúen unas veces en cuanto titulares

²⁴¹. Sobre la posición mixta del Gobierno, ver, entre otros, DIEZ PICAZO, L.M., "La estructura del Gobierno en el Derecho español", D.A., núm. 215, 1.988., págs. 42 y ss; GARCIA DE ENTERRIA, E. y RAMON FERNANDEZ, T., op. cit., págs. 30 y ss; SANTAMARIA PASTOR, J.A., "Gobierno y Administración: Una reflexión preliminar", D.A., núm. 215, 1.988, págs. 75 y ss.

Los sujetos

del órgano administrativo (en cuyo caso su actividad se imputa a la Administración como persona y está sujeta al Derecho Administrativo) y otras como personas que integran un "órgano constitucional" (en cuyo caso su actividad no es administrativa, sino política, y está sometida, por tanto, al Derecho constitucional).

Pues bien, aunque no existe un criterio cierto que permita distinguir, dentro del conjunto de actos del Gobierno, los que realiza como Administración y los que lleva a cabo como órgano constitucional en sentido estricto²⁴², no cabe duda que la actividad del Gobierno en el ámbito de la negociación colectiva tienen lugar en cuanto titular del máximo órgano en materia de personal y, por tanto, es imputable a la Administración del Estado en cuanto persona²⁴³. En este sentido, jurídicamente es más correcta la afirmación de los arts. 31 y 35 de la L.O.R.A.P. de que se trata de "representantes de la Administración del Estado", y no de representantes del Gobierno, como parece dar a entender el art. 37.1 de la Ley.

111. En fin, la Administración Pública es la parte contratante. No afecta en nada a lo dicho, el hecho de que en la

²⁴². Así, SANTAMARIA PASTOR, J.A., op. ult. cit., págs. 76 y ss.

²⁴³. GARCIA DE ENTERRIA, E. y RAMON FERNANDEZ, T., op. cit., pág. 31., subraya que todos los Reglamentos procedentes del Consejo de Ministros se imputan a la Administración y están sujetos al Derecho Administrativo.

Los sujetos

negociación puedan intervenir diversos órganos. El tema ha de partir de la personalidad jurídica única que posee la Administración, de donde hablaremos de órganos competentes para negociar en nombre de aquella, que responderá con su Hacienda de las consecuencias de la firma de los Pactos y Acuerdos²⁴⁴.

112. Hemos hablado hasta ahora de Administración Pública en singular y nos hemos referido preferentemente con el empleo de esa expresión al nivel en que se mueve la Administración del Estado que es la Administración por excelencia. En todo ello, subyace una cierta simplificación, que conviene precisar ahora. En efecto, no hay una sola Administración Pública, sino una pluralidad de Administraciones Públicas, titulares todas ellas de poderes normativos sobre el personal funcionarial a su servicio. Junto a la Administración del Estado se alinean las de las Comunidades Autónomas y las Administraciones Locales.

Con el reconocimiento constitucional de la posibilidad de creación por las propias colectividades interesadas de las llamadas Comunidades se opera un fenómeno de descentralización política que trata de hacer posible la variedad en la unidad. Este fenómeno comporta un reparto de las responsabilidades públicas y de los campos de acción entre el Estado y las C.C.A.A., que, a un nivel territorial reducido, se alimentan en principio de su misma

²⁴⁴. OJEDA AVILES, A., "Los derechos..", cit., pág. 21.

Los sujetos

instancia política, recaban poderes de análoga naturaleza y tienden a reproducir su misma estructura. El art. 152 de la Constitución -aplicable en principio solamente a los territorios históricos, pero abierto, también a los demás sin limitación de principio alguno-, confirma un modelo estructural que reproduce exactamente el del Estado mismo²⁴⁵. Según dicho modelo, luego generalizado en uso de la libertad organizativa reconocida por el artículo 47 de la Constitución la organización institucional autonómica se basará en una Asamblea legislativa, un Consejo de Gobierno con funciones ejecutivas y administrativas y un presidente, elegido por la Asamblea, de entre sus miembros, y nombrado por el Rey al que corresponde la dirección del Consejo de Gobierno, la suprema representación de la respectiva Comunidad y la ordinaria del Estado en aquélla.

Esta similitud estructural, la análoga sustancia política y naturaleza de los poderes permite trasladar (*mutatis mutandis*) a las C.C.A.A. y, en concreto, a la Administración Pública que es su aparato operativo, las explicaciones hechas a propósito del Estado y de la Administración del Estado. Esta, al igual que la Administración del Estado, goza de personalidad jurídica que surge directamente de la Constitución²⁴⁶.

²⁴⁵. GARCIA DE ENTERRIA, E. y RAMON FERNANDEZ, T., op. cit., pág. 359.

²⁴⁶. Vid. AJA FERNANDEZ, E. y otros, El sistema jurídico de las Comunidades Autónomas, Madrid, 1.985, pág. 304; GARCIA DE ENTERRIA, E. y RAMON FERNANDEZ, T., op. cit., pág. 359.

Los sujetos

El dato de la personificación es igualmente explícito en el ordenamiento jurídico en relación con las Administraciones Locales, Provincias y Municipios. La personalidad de éstas está reconocida en el art. 137 de la Constitución ("entidades (que) gozan de autonomía) y por la vigente L.B.R.L.

1. La competencia del órgano administrativo.

113. Ya hemos precisado que la condición de parte sólo puede predicarse de la Administración Pública en sentido formal y no de ningún órgano público que no esté integrado en una Administración como persona (legislativo, judicial..). La Administración como persona jurídica, se compone de órganos a través de los cuales se manifiesta y obra. Una concreción ulterior ha de precisar que sólo podrá negociar el Pacto o Acuerdo aquel órgano de la Administración que tenga atribuida la competencia para ello (art. 40.1 L.P.A.).

114. No es el momento de formular aquí una teoría general de la competencia, que ha de quedar remitida al Derecho de organización²⁴⁷. Bástenos decir, simplemente, que la competencia es "la medida de la potestad que corresponde a cada órganos", siendo siempre una determinación normativa. A través de la norma de competencia se determina en qué medida la actividad de un órgano ha

²⁴⁷. Ver, entre otros, BARRACHINA JUAN, Compendio de Derecho Administrativo, V. II, Barcelona, 1.986, págs. 1094 y ss; GONZALEZ PEREZ, J., Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo, Madrid, 1.989, págs. 124 y ss.

Los sujetos

de ser considerada como actividad del ente administrativo.

115. Esta competencia del órgano administrativo ha de darse: frente a órganos de otro orden, frente a órganos de distinta entidad pública y frente a órganos de la misma entidad.

1.1. Aptitud frente a órganos de otro orden.

116. En primer lugar, es necesario que la regulación de la materia sobre la que versa la negociación esté confiada a la Administración y no al legislador. Si el órgano administrativo negocia una materia reservada a los órganos legislativos, incurrirá en un vicio de competencia. Esta afirmación, sin embargo, ha de ser matizada.

117. En efecto, la Ley 7/1.990 ha incluido también en el ámbito del proceso negociador las materias cuya regulación tiene una reserva de Ley o exige un incremento de disponibilidades presupuestarias cuya aprobación corresponde al legislativo. De este modo, a partir de esta disposición legal el órgano administrativo puede negociar las materias cuya regulación compete al legislador correspondiente. Ahora bien, la diferente naturaleza de las materias objeto de negociación, se traduce en el diferente tratamiento del procedimiento de elaboración de los Acuerdos. En efecto, los Acuerdos alcanzados en sede comercial sobre las materias

competencia del legislador deberán remitirse, una vez han sido aprobados por el Consejo de Gobierno u órgano de Gobierno correspondiente, al legislador.

1.2. Aptitud frente a órganos de distinta Administración.

118. La existencia de distintas Administraciones Públicas con competencias normativas concurrentes en materia de personal implica la necesidad de delimitar sus esferas de atribuciones. El que el Pacto o Acuerdo corresponda a la esfera de atribuciones propia de la Administración en que esté integrado el órgano que negocia constituye un requisito de validez. Si el órgano de una Administración negocia un Pacto o Acuerdo que corresponde a la esfera de atribuciones de otra, estamos ante un supuesto de incompetencia que determinará la nulidad del Pacto o Acuerdo.

1.3. Aptitud frente a otros órganos administrativos.

119. Dentro de cada Administración, es necesario, por último, que la consulta y la negociación se realice por el órgano que tiene competencia, *rationae materiae*, jerárquica y territorial. Si se negocia por otro órgano, es incuestionable que estaremos ante un Pacto o Acuerdo nulo.

Por razón de la jerarquía se define en favor de un órgano un

Los sujetos

tipo de tareas según su posición en el escalonamiento de la organización administrativa. A este respecto, conviene recordar de nuevo cuál es la naturaleza que se ha considerado como propia de tales consultas, Acuerdos y Pactos y su posición en la regulación de las condiciones de trabajo de los funcionarios. La consulta no constituye más que un trámite dentro del procedimiento de elaboración de las disposiciones de carácter general regulado en los arts. 129 y ss. Los Acuerdos constituyen Proyectos de Ley y Reglamentos negociados competencia del órgano de Gobierno correspondiente, y los Pactos son contratos o convenios normativos. Por consiguiente, es evidente que la competencia jerárquica para formar parte de las mesas negociadoras reside en aquellos órganos que tengan atribuida una función preparatoria de la actividad normativa del órgano de Gobierno correspondiente en su más amplio sentido, tanto la potestad reglamentaria como la función legislativa, bien preparatoria de la de los órganos legislativos - elaboración de los Proyectos de ley- bien función legislativa delegada -elaboración de los decretos con fuerza de ley-, y un poder reglamentario propio.

Por razón de la materia se define en cambio en favor de un órgano un tipo de asunto caracterizado por razón de su objeto y contenido. Dado que las consultas, Acuerdos y Pactos versan sobre cuestiones de personal y de organización administrativa, la competencia para formar parte de la mesa negociadora corresponderá

Los sujetos

a los órganos que ejerzan la anterior competencia jerárquica en estas materias.

Finalmente, la competencia se limita por razón del ámbito territorial y funcional en que pueden actuar válidamente los órganos de la Administración considerada. Por consiguiente, el órgano que forma parte de las mesas de negociación generales o sectoriales será el que ejerza su competencia jerárquica material dentro del ámbito territorial, funcional y personal de la mesa de negociación correspondiente.

120. Así pues, la competencia para negociar y firmar en nombre de la Administración correspondiente los Pactos y Acuerdos residirá en aquel órgano en el que confluyan los criterios de competencia jerárquica, material, territorial y funcional señalado. Este órgano deberá negociar, sin que sea posible la transferencia de esta atribución a otro órgano. En efecto, la competencia es irrenunciable y se ejerce "precisamente por los órganos administrativos que las tengan atribuidas, salvo los casos de delegación, sustitución o avocación previsto por las leyes" (art. 4 L.P.A.)²⁴⁸. Y, en este sentido, hay que recordar que el poder reglamentario es indelegable. Si se negocian por otro es incuestionable que estaremos ante un Pacto o Acuerdo nulo.

²⁴⁸. Sobre la imperatividad de las normas sobre competencia ver GONZALEZ PEREZ, J., op. cit., págs. 125 y ss.

2. La aptitud del titular del órgano.

121. Si desde el punto de vista abstracto el órgano se presenta como una esfera de competencias, desde un punto de vista concreto se nos manifiesta como persona física en la que se personifica aquel conjunto de atribuciones²⁴⁹. De aquí que los Pactos y Acuerdos sean negociados por la persona o personas físicas titulares del órgano administrativo. Desde esta perspectiva es necesario que se de la aptitud del titular del órgano, aptitud que ha de darse en relación al propio órgano (investidura) y en relación a los interesados (inexistencia de recusaciones y abstención).

2.1. La investidura.

122. Es necesario que exista investidura, esto es, la adscripción legal del titular del órgano. Si actúa una persona física que no ostenta la titularidad legal del órgano administrativo, estaremos ante un Pacto o Acuerdo que no es negociado realmente por el órgano administrativo.

2.2. La inexistencia de recusación y abstención.

123. La aptitud del titular de los órganos frente a los

²⁴⁹ GONZALEZ PEREZ, J., op. cit., pág. 180.

Los sujetos

sindicatos se traduce en la inexistencia de motivos que den lugar a la abstención o recusación de los titulares del órgano administrativo. A este respecto, conviene notar que es motivo de abstención o recusación de los titulares del órgano administrativo ser administrador de una entidad interesada en el procedimiento (arts. 20.2.a) y 21.1 L.P.A.). A efectos, de determinar quiénes tienen esta condición en la negociación colectiva funcionarial, habrá que estar a lo dispuesto en los arts. 3.2 y 16 de la L.O.L.I.S. y de la L.O.R.A.P., respectivamente, sobre las limitaciones de la libertad sindical de los altos cargos²⁵⁰.

²⁵⁰ En este sentido, GONZALEZ NAVARRO, J., Comentarios..., cit., pág. 181, señala que para determinar quienes son administradores de sociedad o entidad interesada habrá que estar a lo dispuesto sobre el régimen jurídico de las sociedades y entidades correspondientes.

CAPITULO III

LOS SUJETOS Y LAS UNIDADES DE NEGOCIACION

articulación temporal y sustancial del proceso negociador. Pues
sea, por parte del personal, sólo integran esta esfera, según los
símbolos más representativos de nivel estatal y provincial. Lo
que hace el art. 33 es atribuir cuestiones que han de ser resueltas
exclusivamente en la negociación colectiva, reservando a las
organizaciones de las organizaciones sindicales las representativas

1. Una vez analizados con carácter general los requisitos que
las partes han de cumplir para negociar los Pactos y Acuerdos, se
pasa a una consideración aislada y desagregada de los sindicatos
legitimados y de los órganos competentes para negociar en
representación de los funcionarios y de las Administraciones
Públicas, respectivamente, en cada una de las unidades de
negociación. Obviamente, esta afirmación requiere una análisis más
detenido, pues el art. 33, a diferencia de lo dispuesto para la
negociación del proceso, no dice que el Gobierno y los

I. ADMINISTRACION DEL ESTADO.

1. La "supermesa general".

1.1. La representación funcional.

2. Como hemos visto, el art. 33 de la L.O.R.A.P., en su nueva
versión proporcionada por la Ley 7/1.990, crea un nuevo órgano
negociador no contemplado en el art. 31 de la Ley, una especie de
"supermesa general", que va a tener poderes normativos de

Los sujetos

articulación temporal y sustancial del proceso negociador. Pues bien, por parte del personal, sólo integran este nuevo órgano los sindicatos más representativos de nivel estatal y autonómico. Lo que hace el art. 33 es atribuir cuestiones que son de efecto total o predominante en la negociación colectiva funcional sólo a las federaciones de las organizaciones sindicales más representativas a nivel estatal y de Comunidad Autónoma, según lo dispuesto en sentido estricto no ya en los arts. 6 y 7 en abstracto -como ambiguamente indica el nuevo art. 33-, sino en el apartado b) del número 2 y en el apartado b) del número 1 del art. 7, en ambos casos de la L.O.L.I.S.²⁵¹.

3. No obstante, esta afirmación requiere una análisis más matizado, pues el art. 33, a diferencia de lo dispuesto para la fecha de inicio del proceso, no dice que el Gobierno y los sindicatos más representativos, de común acuerdo, hayan de fijar el contenido, sino que el proceso comprenderá las materias "que ambas partes estimen oportuno". De esta forma, la mención de "ambas partes" podría entenderse en un sentido amplio comprendiendo en ellos a todos aquellos sindicatos que puedan estar presentes en la Mesa general de negociación²⁵².

²⁵¹. Así, DEL REY GUANTER, S., "La nueva regulación de la negociación colectiva y de la solución de los conflictos colectivos en la Función Pública", R.L., núm. 11, 1.991, pág. 14.

²⁵². Así, ESCUDERO RODRIGUEZ, R., "El nuevo marco de la negociación colectiva de los funcionarios públicos", R.L., núm. 19, 1.990, pág. 98.

Los sujetos

Ciertamente, y teniendo en cuenta que la noción estricta limita el derecho negocial de los sindicatos, que estando legitimados para negociar, no ostentan el status de más representativos, la referencia a las "partes" podría ser puesta en conexión con el art. 35 de la L.O.R.A.P. Las "partes" resultarían, por tanto, comprensiva de todo sindicato legitimado para formar parte de la Mesa general.

Sin embargo, esta solución es criticable porque supone apartarse de la literalidad de la Ley, acudiendo a una interpretación voluntarista de la misma. Las "partes" a las que se refiere este artículo son los sujetos mencionados más arriba en el mismo precepto, esto es, el "Gobierno" y los sindicatos más representativos a nivel estatal y de Comunidad Autónoma, ya que no es de recibo que se requiera la intervención del máximo responsable en materia de personal para fijar la fecha de inicio de las negociaciones y no para decidir qué temas se van a negociar, pues este extremo es mucho más importante.

En el mismo sentido abona una interpretación auténtica del precepto. Téngase en cuenta que el nuevo art. 33 encuentra su referencia directa en la cláusula segunda del A.N.C., a cuyo tenor "con carácter anual o cuando lo soliciten ambas partes, el Gobierno y los sindicatos más representativos a nivel estatal, de acuerdo con los arts. 6 y 7 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical,

abrirán un proceso de negociación sobre la materia o materias que deseen negociar de las relacionadas en el presente acuerdo". A partir de esta cláusula se deduce claramente que la finalidad de las partes que suscribieron el A.N.C. era monopolizar ambos temas negociales exclusivamente en relación a los sindicatos más representativos²³. Posteriormente, la redacción de la cláusula transcrita quedaba alterada en el proceso de elaboración parlamentaria. Sin embargo, con ello no se pretendía introducir variación sustantiva alguna. El grupo parlamentario Mixto presentó en el Congreso de los Diputados una enmienda al art. 33 del Proyecto de ley, donde se reproduce el contenido de la citada cláusula, con la que se pretendía añadir, a continuación de: "..Ley Orgánica 11/85, de 2 de agosto, de Libertad Sindical..", lo siguiente: "...y los que hayan obtenido el 10 por ciento o más de los representantes en las elecciones para Delegados y Juntas de Personal"²⁴. Con ello se pretendía reconocer también la capacidad de los sindicatos simplemente representativos para decidir la fecha de inicio de las negociaciones y su contenido. A la vista de la citada enmienda, y teniendo en cuenta que el citado precepto finalmente no sufrió variación alguna, se puede concluir que el cambio sólo puede ser considerado como de estilo, aunque no logre mejorar éste, sino que, incluso, oscurece el hasta entonces claro

²³. Téngase en cuenta a este respecto que este acuerdo fué negociado, del lado del personal, precisamente por U.G.T. y C.C.O.O.

²⁴. Boletín Oficial de las Cortes, núm. 25-5, de 15 de junio de 1.990, enmienda núm. 16.

significado de aquella cláusula.

Aún no siendo excesivamente perfecta la redacción del precepto, queda claro que su finalidad, conforme se comentaba, consiste en reconocer, en exclusiva, a los sindicatos más representativos la competencia no sólo para fijar la fecha de apertura del proceso negociador, sino también las materias a negociar. De esta forma, se limita el derecho negocial de los sindicatos que, estando legitimados para formar parte de la Mesa general, no ostentan el status determinado en aquel precepto, es decir, aquellos que son lo suficientemente representativos en el ámbito de la Función Pública estatal, según lo dispuesto en el art. 7.2 de la L.O.L.I.S. y en el art. 31.2 de L.O.R.A.P.

4. Con ello se traslada, en cierto modo, la regla prevista en el art. 83.2 del E.T. para el sector laboral. Este precepto atribuye la legitimación para celebrar acuerdos interprofesionales o convenios marco a "las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas de carácter estatal o de Comunidad Autónoma". De este modo, aunque la exigencia de legitimación a nivel nacional e intersectorial no predetermina el ámbito funcional del acuerdo, la multiplicidad de ámbitos no altera, sin embargo, las reglas de legitimación²⁵⁵. La marginación

²⁵⁵ RODRIGUEZ PIÑERO, M. y GONZALEZ ORTEGA, S., op. cit., pág. 360; PEREZ DE LOS COBOS DE ORIHUEL, F., "Los pactos sociales y los acuerdos y convenios colectivo marco", en A.A.V.V., Manifestaciones de la autonomía colectiva en el ordenamiento español, A.C.A.R.L., Madrid, pág. 28. En el mismo

Los sujetos

de la negociación del convenio marco de los sindicatos simplemente representativos en el ámbito profesional correspondiente obliga a una diversificación de las partes negociadoras en función de los contenidos marco o no marco del convenio, con el resultado paradójico de que sujetos legitimados para negociar las condiciones de trabajo en dicho ámbito carecen de capacidad para enmarcar negociadamente la negociación en el mismo²⁵⁶. Se trata, por lo tanto, de una relación entre legitimación negocial y competencia material que se fundamenta en una determinada opción -no coincidente en el E.T. y en la L.O.R.A.P., dicho sea de paso- sobre la articulación de los distintos niveles de negociación²⁵⁷.

5. Esta opción de monopolizar tales temas negociales exclusivamente en relación a los sindicatos que tengan una representatividad refleja como consecuencia de la conjunción del sector laboral y del sector funcionarial nos lleva a plantearnos dos interrogantes. Por un lado, hay que preguntarse si la conexión sector laboral/sector funcionarial justifica el monopolio del art. 33 para temas que son de total o predominante trascendencia exclusiva en el sector de la Función Pública.

Este monopolio puede considerarse, en principio, como una

sentido, la sentencia de 16 de noviembre de 1.989.

²⁵⁶. PEREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., op. ult. cit., pág. 30.

²⁵⁷. Así, DEL REY GUANTER, S., "La nueva..", cit., pág. 14.

Los sujetos

manifestación más del criterio de unidad de trato entre los ámbitos privado y público que ha guiado el desarrollo del derecho constitucional a la libertad sindical, derecho en el que, por lo demás, se ha contemplado a la par a trabajadores y funcionarios públicos. Si este derecho se extiende a ambos colectivos, y si la legislación que lo desarrolla sigue contemplándolos conjuntamente parece lógico que los criterios de representatividad, se apliquen indistintamente a un sector y a otro. La Función Pública no deja de ser un ámbito más de actividad, y, en consecuencia, no resulta irrazonable que, si el legislador reserva a los sindicatos más representativos la configuración de la estructura de la negociación colectiva estatutaria en todos los sectores de actividad (art. 83.2 del E.T.), que el art. 33 de la L.O.R.A.P. monopolice en estos sindicatos la fijación del "timing" y las materias a negociar en el ámbito de la Función Pública.

Pero estos argumentos no hacen desaparecer otro tipo de consideraciones que actúan en sentido contrario. En una evaluación global de esta opción legal debe tenerse en cuenta que el legislador ha previsto una regulación distinta para los sistemas de negociación colectiva laboral y funcionarial. Las organizaciones sindicales más representativas a nivel estatal y autonómico sólo pueden enmarcar la negociación colectiva laboral a nivel sectorial o intersectorial cuando representen, como mínimo, la mayoría absoluta de los representantes unitarios en tales ámbitos y adopten

los acuerdos negociales con el voto favorable del 60 por 100²⁵⁸. Estas exigencias legales constituyen, por tanto, una garantía de respeto a la autonomía colectiva²⁵⁹. Por contra, los sindicatos más representativos pueden, de acuerdo con el Gobierno, limitar el "timing" y las materias a negociar en la Función Pública estatal, aunque no tengan una representatividad real en dicho ámbito. La sola consideración de mayor representatividad les basta para limitar el derecho negocial de los sindicatos simplemente representativos en el conjunto de la Función Pública estatal. Estas y otras diferencias trascienden al modo de actuar de los sindicatos más representativos, lo que aconseja que no se llegue a una equiparación absoluta entre la capacidad de obrar de estos sindicatos en uno y otro sector, y menos a monopolizar en ellos cuestiones que son de efecto total o predominante en la negociación colectiva funcionarial.

Por otro lado, hay que preguntarse si el monopolio que los sindicatos más representativos alcanzan respecto a los temas negociales antes reseñados se acomoda a los postulados constitucionales, o si, por el contrario, supone una prerrogativa desproporcionada, en cuyo caso tropezaría con los principios de igualdad de trato. En este sentido, ha de tenerse en cuenta, por lo

²⁵⁸. Vid. PEREZ DE LOS COBOS, F., op. cit., pág. 31; SALA FRANCO, T., en A.A.V.V., El Estatuto de los Trabajadores. Comentarios a la Ley 8/80, de 10 de marzo, Madrid, 1.981, pág. 566.

²⁵⁹. Así, PEREZ DE LOS COBOS, F., op. cit., pág. 31.

Los sujetos

pronto, que el Tribunal Constitucional ha considerado conforme a esos principios la irradiación de la representatividad desde los sindicatos más representativos hacia los entes sindicales que, formando parte de los mismos, actúan en ámbitos inferiores. Pero, sentada esta premisa, no puede olvidarse tampoco que, según doctrina del propio Tribunal Constitucional, la irradiación de la representatividad ha de producirse de manera proporcionada y de forma que no suponga la injustificada exclusión de aquellos sindicatos que, aún siendo representativos en su ámbito, no alcancen la especial cualidad de más representativos. Es decir son constitucionalmente aceptables las medidas legales que tienen por objeto asegurar la presencia de las grandes organizaciones sindicales, pero no es posible excluir a los sindicatos que acrediten una especial implantación o representatividad en el ámbito de que se trate, incluso cuando la actuación del sindicato se desarrolla en el ámbito de la representación institucional; prerrogativa que la L.O.L.I.S., como se sabe, reserva en exclusiva en favor de las organizaciones sindicales más representativas.

6. Probablemente, han sido estas consideraciones las que han llevado a los propios promotores de esta medida a devolver a la Mesa general la competencia para determinar la fecha de la negociación colectiva y las materias a negociar. En efecto, de acuerdo con el apartado 3 del Capítulo XIV del Tít. IV del A.M.A.,

el proceso negociador anual se abrirá en la fecha en que de común acuerdo fijen el Gobierno y los sindicatos más representativos conforme a lo establecido en los art. 6 y 7 de la L.O.L.I.S., así como las organizaciones sindicales a que se refiere el art. 7.2 de la L.O.L.I.S. y versará sobre las materias que ambas partes acuerden. De esta forma, como anunciábamos, las diferencias entre la "supermesa general" y la "Mesa general de negociación" se diluyen en la práctica.

7. Ahora bien, debe recordarse que la normativa sobre la legitimación negocial es de "ius cogens" y queda fuera del ámbito de influencia de la autonomía colectiva. Por consiguiente, si lo establecido en el presente acuerdo no se incorpora al texto de la Ley tiene escaso valor práctico, ya que podrá ser desconocido por las propias partes en los sucesivos procesos negociales.

1.2. La Representación pública.

8. De acuerdo con el nuevo art. 33 de la L.O.R.A.P., el Gobierno, de acuerdo con los sindicatos más representativos a nivel estatal y de Comunidad Autónoma, determinará la fecha de la negociación y las materias a negociar. La cuestión que surge es si la competencia para negociar estos temas en el seno de la "supermesa general" corresponde al Gobierno o los mismos "representantes de la Administración del Estado" que estarán

Lossujetos

presentes en la Mesa general. Pues bien, desde nuestro punto de vista, la interpretación integradora y sistemática de la L.O.R.A.P. permite inclinarse hacia lo segundo, pues no es lógico que mientras la negociación de los Pactos y Acuerdos se deja en manos de los "representantes de la Administración del Estado", para la negociación de estas cuestiones preliminares de la negociación se requiera la presencia del Gobierno.

9. Lo que hace el art. 33 de la L.O.R.A.P. es adicionar una nueva competencia gubernamental en materia de negociación. Ciertamente, la competencia del Gobierno para establecer las instrucciones a que deberán atenerse los representantes de la Administración del Estado en la negociación de los Pactos y Acuerdos cubre también la determinación de la fecha de negociación y de las materias a negociar. Sin embargo, si los representantes de la Administración, de acuerdo con los sindicatos presentes en la Mesa general, se desviaban de las instrucciones recibidas para la negociación, sobre todo porque negociaban otras condiciones de trabajo, sólo cabía un control a posteriori. Con las modificaciones introducidas, parece que será necesaria la aprobación por parte del Consejo de Ministros de los acuerdos alcanzados sobre estos extremos antes de iniciar el proceso de negociación propiamente dicho.

2. La Mesa general de negociación.

2.1. La representación funcionarial.

2.1.1. Los sindicatos legitimados para negociar.

10. De acuerdo con el art. 31.2 de la L.O.R.A.P. en la Mesa general "estarán presentes las Organizaciones sindicales más representativas a nivel estatal y de Comunidad Autónoma, así como los que hayan obtenido el 10 por 100 o más de los representantes en las elecciones para Delegados de Personal y Juntas de Personal". En base a lo aquí dispuesto, por tanto, en la Mesa general de la Administración del Estado podrán negociar²⁶⁰.

A) Los sindicatos más representativos a nivel estatal.

11. Los sindicatos más representativos a nivel estatal ostentan legitimación directa y automática para formar parte de la

²⁶⁰. Así por ejemplo, los acuerdos negociados por esta mesa han sido suscritos por parte de los funcionarios: Acuerdo sobre el incremento de retribuciones de los funcionarios públicos para 1.989 (C.S.I.F.) (B.O.E. 15-3-1.989); Acuerdo sobre aplicación del fondo previsto en la Ley 3771.988, de 28 de diciembre (C.S.I.F.) (B.O.E. 26-4-1.990); Acuerdo en materia de formación profesional del personal al servicio de las A.A.P.P. (C.S.I.F., F.S.P-U.G.T, F.S.A.P.-C.C.O.O. y E.L.A.-S.T.V.) (B.O.E. 17-5-1.991); el A.N.C. (U.G.T. y C.C.O.O.) (B.O.E. 18-6-1.990), el A.M.A. (U.G.T., C.C.O.O., C.S.I.-C.S.I.F., y E.L.A.-S.T.V.) (B.O.E. 21-1-1.992). Otros instrumentos negociales señalan que han sido objeto de negociación con las organizaciones sindicales, pero sin señalar con cuáles. Así, por ejemplo, el Acuerdo sobre aplicación del art. 15 y la disposición transitoria decimoquinta de la L.M.R.F.P. y de los arts. 39, 33 y 32 de las Leyes de Presupuestos Generales del Estado para el 89, 90 y 91 (B.O.E. 27-3-1.991).

Mesa general de la Administración del Estado²⁶¹. Y ello es así porque, de conformidad con lo dispuesto en la L.O.L.I.S, la mayor representatividad a escala general es título suficiente para participar en todas las negociaciones que se desarrollen en todas las unidades de negociación que se constituyan en la Función Pública.

a) La delimitación del concepto.

12. La definición de qué sindicatos tienen tal consideración se ha de extraer del art. 6.2 de la L.O.L.I.S. En base a lo dispuesto en este precepto tienen la consideración de sindicato más representativo a nivel estatal: "a) Los que acrediten una especial audiencia, expresada en la obtención en dicho ámbito del 10 por 100 o más del total de los delegados de personal, de los miembros de los comités de empresa y de los correspondiente órganos de las Administraciones Públicas. b) Los sindicatos o entes sindicales afiliados, federados o confederados a una organización sindical de ámbito estatal que tenga la consideración de más representativa de acuerdo con lo previsto en la letra a)".

De este modo, existen dos clases de sindicatos más representativos a nivel estatal:

²⁶¹. GARCIA MURCIA, J., "Libertad...", cit., pág. 187. En este sentido, la S.T.J.S. de Andalucía de 15 de abril de 1.991 afirma que el sindicato más representativo a nivel nacional tiene legitimación para negociar convenios colectivos de ámbito superior a la empresa en todo el Estado.

a) En primer lugar, los sindicatos que obtienen el 10 por 100 de las representaciones unitarias en el conjunto del territorio estatal y en la totalidad de sectores de actividad²⁶², incluido el funcional²⁶³. Se trata, por tanto, de organizaciones sindicales complejas y, más concretamente, de Confederaciones sindicales de carácter general y de ámbito estatal²⁶⁴.

En segundo lugar, los "sindicatos o entes sindicales integrados en una organización de ámbito "estatal" a la que se le haya reconocido la cualidad de más representativa por su audiencia electoral. El legislador extiende la cualidad de más representativo de la organización sindical compleja a todos los entes sindicales que la forman, que se convierten automáticamente en sindicatos más representativos, sin necesidad de acreditar una mínima audiencia electoral en su respectivo ámbito, sino únicamente su pertenencia

²⁶². Ver, por todos, GARCIA MURCIA, J., Organizaciones..., cit., págs. 97 y ss.

²⁶³. ALONSO OLEA, M., "Panorama General de la Ley Orgánica de Libertad Sindical", R.F.D.U.C., núm. 7, 1.985, pág. 32; BORRAJO DACRUZ, E., "Sindicatos y negociación colectiva en el Proyecto de Ley Orgánica de Libertad Sindical", R.F.D.U.C., núm. 7, 1.985, pág. 154; GARCIA MURCIA, J., Organizaciones..., cit., pág. 104; DEL REY GUANTER, S., "Libertad..", cit., pág. 100; RODRIGUEZ SAÑUDO, F., "La representatividad..", cit., pág. 199. En este sentido, la S.T.S. de 15 de noviembre de 1.989 afirma que: "a los efectos pretendidos la audiencia mínima del 10 por 100 en el ámbito estatal, habrá que calcular sobre el total de representantes, tanto en la Administraciones -representantes de funcionarios- como en el sector privado".

²⁶⁴. La L.O.L.I.S. no exige expresamente la estructura confederal, pero sólo este tipo de sindicatos pueden alcanzar este grado de representatividad en un ámbito tan amplio. No importa que la organización sindical compleja se haya constituido a partir de la asociación o federación de organizaciones sindicales inferiores, ni que estas estructuras de nivel inferior hayan sido creadas posteriormente; tampoco importa que la Confederación haya surgido de la fusión de varias confederaciones de ámbito más restringido. Vid. GARCIA MURCIA, J., "La actividad..", cit., pág. 23; RODRIGUEZ SAÑUDO, F., "La representatividad..", cit., pág. 199; SALA FRANCO, T. y ALBIOL MONTESINOS, I., op. cit., pág. 120.

a aquella²⁶⁵. En realidad el legislador está contemplando la existencia de las organizaciones sindicales complejas que son, en definitiva, las únicas que pueden alcanzar la condición de más representativas. De esta forma, el legislador, una vez éstas son más representativas a nivel estatal, sienta la presunción "iuris et de iure" de que tal cualidad se obtiene también en los ámbitos funcionales y territoriales inferiores²⁶⁶ y, en consecuencia, el conjunto de sindicatos que la integran son más representativos, sin necesidad de demostrar su implantación: Un paraguas de representatividad que cobija a las organizaciones sindicales más exiguas por su pertenencia a las centrales mayoritarias²⁶⁷.

13. De este modo, dada la opción legal a favor del cómputo conjunto de las representaciones electivas de trabajadores y funcionarios para determinar la mayor representatividad sindical, los sindicatos de funcionarios integrados en las Confederaciones sindicales más representativas a nivel estatal ostentan, automáticamente, la condición de más representativas, aunque

²⁶⁵ Vid., por todos, BORRAJO DACRUZ, E., "Sindicatos..", cit., pág. 155; GARCIA MURCIA, J., "La actividad..", cit., pág. 24. La S.T.C.O. 187/1.987, de 24 de noviembre establece que: "cuando la Ley se ocupa de la irradiación de representatividad de las organizaciones superiores a las inferiores, únicamente exige un vínculo de afiliación, federación o confederación, sin requerir en ningún caso que el sindicato inferior (afiliado, federado o confederado), se presente a las elecciones con las siglas de la organización compleja en la que se integra" (f.j. nº 6).

²⁶⁶ MONEREO PÉREZ, J.L., "La noción de sindicatos más representativos en la Ley Orgánica de Libertad Sindical", en CASTIÑEIRA, La tutela de la libertad sindical (III Jornadas andaluzas de Derecho de Trabajo), Jerez, 1.985, pág. 48.

²⁶⁷ OJEDA AVILES, A., Derecho..., cit., pág. 194.



carezcan de una efectiva implantación en su respectivo ámbito²⁶⁸.

b) La instancia sindical legitimada.

14. Uno de los problemas más complicados es el de identificar la instancia sindical legitimada para negociar, cuestión no sólo de interés teórico, sino sobre todo de aplicación práctica. En una situación de normalidad, las relaciones entre la Confederación sindical y el sindicato funcional integrado en ella se mantendrán en términos de cooperación y ayuda mutua; pero cuando surgan los conflictos, cuando una parte mantenga una estrategia contraria a la de la otra se agriarán las relaciones y la necesidad de un precepto jurídico que tome partido en la asignación de la decisión última se convertirá en imprescindible.

15. La L.O.R.A.P. adolece de una grave indeterminación respecto a qué parte de la organización sindical se va a convertir en titular del derecho a formar parte de la Mesa general. La ley únicamente habla de "organizaciones sindicales más representativas". Hay que preguntarse si con este término el legislador se refiere a la Confederación sindical o al sindicato funcional, o a una y otro indistintamente. Contribuye a complicar las cosas la falta de unidad terminológica de la ley es

²⁶⁸ GARCIA MURCIA, J., "Libertad..", cit., pág. 192.

torno a esta expresión²⁶⁹, por lo que responder a esta cuestión, sin ningún otro apoyo normativo, resultaría por lo menos arriesgado.

16. En fin, y dado que tampoco hay una reseña específica para la capacidad representativa que haya de extraerse de la cualidad de más representativo en el ámbito de la Función Pública²⁷⁰, es preciso partir de lo dispuesto en el art. 6.3.c) de la L.O.L.I.S.: De acuerdo con este precepto, las organizaciones más representativas ostentan "capacidad representativa a todos los niveles territoriales y funcionales" para "participar como interlocutores en la determinación de las condiciones de trabajo en las Administraciones Públicas" (art. 6.3.c) L.O.L.I.S.). Organizaciones que, es conveniente recordarlo ahora, son tanto las superiores, de estructura compleja (Confederación o similares), como cada uno de los "sindicatos o entes sindicales" integrados en aquéllas. Ello plantea toda una serie de cuestiones importantes que, aunque directamente relacionadas entre si, pueden y deben ser tratadas por separado.

17. La primera de ellas consiste en determinar el carácter

²⁶⁹ La L.O.R.A.P. utiliza este término con contenidos diversos: unas veces para referirse a la entidad sindical de primer grado a la que el funcionario se afilia directamente, otras para identificar la entidad compleja formada por la integración de las anteriores, otras de forma, parece, indistinta para referirse a unas y otras. En otras ocasiones, la ley utiliza la expresión "organización sindical" como sinónimo de sección sindical.

²⁷⁰ GARCIA MURCIA, J., "Libertad..", cit., pág. 182.

acumulativo o excluyente de la legitimación negocial de la Confederación sindical y del sindicato funcional integrado en ésta. Si hubiera que hacer una interpretación literal de la ley, el sindicato más representativo duplicaría su presencia. Sin embargo, y a pesar del tenor literal, lo cierto es que la legitimación negocial de ambos sindicatos es excluyente y no acumulativa, de suerte que sólo uno de ellos puede formar parte de la mesa negociadora. Ciertamente, el sindicato más representativo por irradiación, al igual que la Confederación sindical, obtiene la legitimación para participar en los procedimientos de consulta y negociación. Pero todo ello debe entenderse como una prerrogativa que obtiene, por irradiación, de la Confederación a la que pertenece, y no como una facultad propia. El verdadero titular de la mayor representatividad es ese sindicato confederal, que puede utilizar esa condición, bien directamente, bien a través de los entes sindicales que forman parte del mismo²⁷¹. Estos últimos constituyen el instrumento o el cauce por el que la Confederación más representativa puede actuar "a todos los niveles territoriales y funcionales".

18. La segunda cuestión viene referida a la posible falta de correspondencia que podría darse -si de aplicar literalmente la expresión de la ley- entre el ámbito de la actividad negocial que en un determinado caso se ejercitase y el ámbito organizativo

²⁷¹ GARCIA MURCIA, J., Organizaciones... cit., pág. 135.

Los sujetos

propio de la entidad sindical que pretende intervenir como representante de los funcionarios²⁷². Falta de correspondencia que podría darse tanto por exceso como por defecto; en el primer caso, cuando la Confederación sindical pretendiese actuar como representante de los funcionarios de la Administración del Estado; en el segundo caso, cuando uno de los "entes" integrados en la organización superior (federación funcionarial provincial, por ejemplo) pretendiese actuar como miembro de la Mesa general. Y aún dentro de un mismo ámbito territorial de representación, la falta de correspondencia podría ser de naturaleza "funcional", si el sector del ente sindical no coincidiese con el ámbito de representación de la Mesa general (federación sectorial de educación, por ejemplo).

En la redacción de la ley no parece plantear problema alguno; en una organización sindical más representativa puede producirse plena intercambiabilidad entre los sujetos que actúan en cada caso pues todos ellos (el art. 6.3º se refiere a todos los que, según el número anterior, reciben la consideración de más representativo) gozan de capacidad representativa "a todos los niveles territoriales y funcionales"²⁷³. No obstante, lo cierto es que el sindicato más representativo por irradiación no puede equipararse

²⁷². Véase BORRAJO DACRUZ, E. "Sindicatos..", cit., pág. 157; RODRIGUEZ SAÑUDO, F., "La representatividad...", cit., pág. 210.

²⁷³. RODRIGUEZ SAÑUDO, F., "La representatividad..", cit., pág. 210.

Los sujetos

totalmente a la organización que irradia la representatividad, a pesar del tenor literal de la ley. El sindicato más representativo por irradiación no puede ostentar una capacidad representativa "a todos los niveles territoriales y funcionales" como parece derivarse del art. 6.3 L.O.L.I.S. Su situación privilegiada únicamente puede manifestarse en su ámbito territorial y funcional de actuación²⁷⁴.

Existe, por tanto, una diferencia sustancial entre el sindicato más representativo "strictu sensu" y el sindicato de funcionarios que posee tal condición en virtud del mecanismo de la irradiación. Sólo el primero ostenta "la capacidad representativa a todos los niveles territoriales y funcionales"; en cambio, el segundo puede actuar, exclusivamente, en su específico ámbito territorial y funcional. Por ello, un sindicato funcionarial de ámbito provincial no puede erigirse en sujeto negociador en la esfera de la Administración estatal.

Tal interpretación, sin embargo, no salva la falta de

²⁷⁴. Así, lo ha entendido, como era lógico de esperar, el Tribunal Constitucional en las sentencias 98/1.985 y 57/1.989. El tribunal ha formulado una interpretación correctiva del citado precepto: "La referencia legal debe entenderse en relación con el fenómeno de la irradiación, regulado en el art. 6.2.b) del Proyecto, que extiende la mayor representatividad desde el nivel estatal a los niveles territoriales y funcionales inferiores {o desde el nivel autonómico a los inferiores, art. 7.b)} pero en cuanto implica el reconocimiento de funciones a los considerados en virtud de ello más representativos, es obvio que el reconocimiento- y por tanto el ejercicio- se contrae el específico ámbito territorial y funcional de cada uno" (S.T.C.O. 98/1.985, de 29 de julio, f.j. nº 8).

coincidencia que podría producirse por exceso²⁷⁵, esto es, cuando la Confederación nacional trate de representar a los funcionarios en la Mesa general de la Administración del Estado. De acuerdo con las palabras del tribunal, esto parece legalmente posible para estas organizaciones, ya que la exigencia de adaptarse a sus respectivos ámbitos se refiere sólo a las organizaciones sindicales inferiores afiliadas a aquéllas.

19. La tercera cuestión consiste en determinar qué parte de la organización sindical, la Confederación sindical o la Federación de Función Pública estatal, ostenta la legitimación. La ley no interviene en este tema, por lo que deben ser los estatutos de la Confederación sindical los que deben determinar cuál es la instancia sindical legitimada para formar parte de la Mesa general de la Administración del Estado²⁷⁶.

Se trata de una opción que presenta ventajas, pues permite la variabilidad interna en el aspecto organizativo, y, consiguientemente, la adaptabilidad a las necesidades de cada organización sindical. Pero también adolece de algunos inconvenientes, pues permite la falta de correspondencia por exceso entre los ámbitos de representación de la organización sindical y

²⁷⁵ RODRIGUEZ SAÑUDO, F., "La legitimación..", cit., pág. 171. En sentido contrario, CRUZ VILLALON, J., "El reconocimiento..", cit., pág. 254.

²⁷⁶ Vid. RODRIGUEZ SAÑUDO, F., "La representatividad..", cit., pág. 211.

Los sujetos

de la negociación colectiva. En efecto, de acuerdo con los términos de los arts. 6.3 y 31.2 de la L.O.L.I.S. y de la L.O.R.A.P., respectivamente, parece legalmente posible que la Confederación sindical se reserve para sí la condición de sujeto negociador.

En sentido contrario, habría que señalar, sin embargo, lo siguiente:

En primer lugar, que dicha posibilidad atentaría contra la naturaleza de las cosas, y además, no sería conforme con el espíritu de la Constitución y de la L.O.L.I.S. El art. 4.2 de esta disposición legal, con fundamento en el art. 7 C.E., remite a los estatutos de la Confederación sindical la descripción de los órganos de representación, gobierno, su régimen electoral y su funcionamiento. Sin embargo, ambos preceptos exigen que la estructura interna y el funcionamiento de la Confederación sindical sean democráticos²⁷⁷. Lo que exige, desde luego, que las normas estatutarias efectúen un reparto de poder entre las distintas unidades que forman la Confederación, que, para ser real y efectivo, debe ir acompañado del correspondiente reconocimiento de la capacidad representativa a cada una de ellas en su respectivo ámbito.

En segundo lugar, por la aplicación analógica del art. 87,2

²⁷⁷. Vid FERNANDEZ LOPEZ, M^o. F., " Régimen..", cit., págs. 153 y ss

Los sujetos

del E.T., redactado conforme a lo establecido en la Ley 32/1.984, de 2 de agosto, donde se sigue el principio de simetría o de "endogeneidad", al reconocer la legitimación negocial al sujeto colectivo acorde con el ámbito del convenio a negociar. En efecto, este precepto, reconoce legitimación para negociar convenios colectivos de ámbito superior a la empresa a "los sindicatos que tengan la consideración de más representativos a nivel estatal, así como en sus respectivos ámbitos los entes sindicales afiliados, federados o confederados". De este modo, este artículo viene a impedir aquella desproporcionada e inaceptable representatividad. Por una lado reconoce legitimación para negociar a los entes integrados en los sindicatos más representativos "en sus respectivos ámbitos". Y, por otro, el explícito reconocimiento de la legitimación del sindicato más representativo por irradiación para negociar en su respectivo ámbito parece significar a sensu contrario, que la Confederación sindical más representativa en la que se integra carece de legitimación para negociar en este ámbito²⁷⁸. De esta forma, el E.T. viene a introducir una precisión en este tema con el propósito de aproximar la legitimación del sindicato al ámbito específico sobre el que se proyecta la

²⁷⁸. En sentido contrario, RODRIGUEZ SAÑUDO, F., "La legitimación..", cit., pág. 171, para quien ello es posible porque la exigencia de adaptación a "sus respectivos ámbitos" se refiere sólo a los sindicatos más representativos por afiliación. No es ésta, sin embargo, la interpretación mantenida por el Tribunal Constitucional, quien, al analizar el art. 87.1 E.T., afirma que esta "regulación pudiera no salvar una coincidencia por exceso, es decir, cuando una organización sindical de ámbito superior trata de representar a los trabajadores en una negociación de ámbito inferior, en particular una confederación nacional en la negociación de un convenio sectorial". De las palabras del Tribunal Constitucional se desprende que el referido precepto no garantiza necesariamente la legitimación de la organización sindical más representativa por afiliación para negociar en su respectivo ámbito pues no impide que la Confederación sindical a la que pertenece se persone y actúe directamente.

negociación, salvando la falta de coincidencia tanto por defecto como por exceso entre los ámbitos de representación de la organización sindical y de negociación. Se reconoce, pues, la legitimación al sujeto colectivo acorde con el ámbito de la negociación.

No puede negarse que el hecho de que el E.T. haya otorgado la condición de sujeto capacitado para negociar en su respectivo ámbito a la organización sindical más representativa por irradiación supone, en realidad, el seguimiento de un criterio descentralizador que mediatiza, de alguna manera, el reparto de funciones en el seno de la Confederación sindical.

20. En definitiva, la determinación de la instancia sindical que está legitimada para negociar corresponde a la autonomía sindical. Pero los estatutos sindicales, por las consideraciones antes expuestas, deben asignar la condición de sujeto negociador a la prolongación de la Confederación sindical que actúa en el específico ámbito de la Administración del Estado.

21. Cuestión distinta es el grado de autonomía del que ha de gozar ésta respecto de la Confederación en la que se encuadra, a la luz de lo dispuesto en los estatutos sindicales. A este respecto, hay que notar que la pertenencia a la Conferación va a determinar unos límites a la capacidad de obrar de la organización sindical

Los sujetos

inferior, en tanto que va a tener que someterse a las líneas ideológicas y de actuación, así como a los vínculos de control de la Confederación²⁷⁹. Así, podrá darse mayor o menor descentralización en la toma de decisiones referentes a la negociación, y, consiguientemente, en la libertad de actuación del ente sindical que actúa exclusivamente en la función pública estatal, pero será el quien desarrolle la actividad comercial que la ley atribuye, dentro de dicho ámbito, a la Confederación sindical; precisamente será él, y no la Confederación sindical, quien designe a los representantes en la mesa de negociación²⁸⁰.

c) Los requisitos de legitimación.

22. En definitiva, los sindicatos que, estando vinculados orgánicamente con las organizaciones sindicales más representativas a nivel estatal, actúen en el campo específico de la Función Pública estatal, asumirán las tareas de negociación.

Ahora bien, tales sindicatos para beneficiarse por irradiación de la mayor representatividad sindical de la

²⁷⁹ Vid. OJEDA AVILES, A., Derecho..., cit., pág. 167; SALA FRANCO, T. y ALBIOL MONTESINOS, I., op. cit., pág. 117-118. Las organizaciones sindicales al afiliarse a una organización sindical compleja declaran acatamiento y obediencia a los estatutos de éstas.

²⁸⁰ En esta línea, DEL REY GUANTER, S., Comentarios..., cit., pág. 191, señala que en la Mesa general estarán las Federaciones de Función Pública de los sindicatos más representativos a nivel estatal según lo dispuesto en el art. 6.2.b) de la L.O.L.I.S. Por su parte, GARCIA MURCIA, J., "Libertad...", cit., pág. 187, afirma que los entes sindicales que, estando vinculados orgánicamente con las organizaciones sindicales más representativas a nivel estatal, actúan en el campo de la Función Pública, serán los que asuman las tareas de negociación.

Los sujetos

Confederación en la que se encuadran y obtener, por esta vía, la legitimación negocial, han de cumplimentar los dos requisitos siguientes: 1º) Han de ostentar personalidad jurídica; 2) Han de estar vinculados orgánicamente a la Conferación sindical más representativa.

1º- La personalidad jurídica.

23. La ley adolece de una grave indeterminación respecto a qué tipo de organizaciones sindicales pueden beneficiarse de la mayor representatividad por irradiación, pues únicamente habla de "sindicatos o entes sindicales"²⁸¹. Contribuye a complicar las cosas el hecho de que en el texto de la L.O.L.I.S el término "sindicato" se utiliza con contenidos diversos²⁸²: una vez para referirse a la entidad compleja formada por la integración de las anteriores, otras de forma, parece, indistinta a una y otras. En otros preceptos se utiliza la expresión "organización sindical" como sinónimo de sindicato. Por el contrario, el término "ente sindical" no aparece en ningún otro artículo. Ningún otro precepto de la L.O.L.I.S. o de otra norma se refiere a tales entes sindicales afiliados federados o confederados en una organización compleja; ningún dato legal, por lo tanto, puede aportarse para

²¹. RODRIGUEZ SAÑUDO, F., "La representatividad..", cit., pág. 201.

²². Sobre la falta de unidad terminológica de que adolece la L.O.L.I.S. en este punto ver SAGARDOY BENGOCHEA, J.A., y DURAN LOPEZ, F., El proyecto de Ley Orgánica de Libertad Sindical, Madrid, 1.986, pág. 30

aclarar lo que por ello debe entenderse. La cuestión que queda en pie, por consiguiente, es la de saber si cualquier "ente" interno a la organización - y por ello de naturaleza sindical- puede beneficiarse de la extensión de la mayor representatividad con la sola condición de estar afiliado, federado o confederado en una organización que tenga aquella consideración.

El silencio legal en este punto ha de ser interpretado en el sentido de que el legislador remite a la autonomía sindical la definición de estos "sindicatos o entes sindicales" y su eventual definición, así como su propia organización²⁸³. Habrá que estar, por tanto, a lo que se disponga al respecto en los Estatutos de la organización sindical.

Pese al silencio legal, parece claro que ha de tratarse de entidades sindicales que tengan personalidad²⁸⁴. No entrarían aquí, por tanto, aquellas células o agrupaciones sindicales carentes de personalidad. Tres son los argumentos que avalan esta afirmación:

En primer lugar, la denominación de "sindicato o ente sindical" alude a una organización sindical que reviste las

²⁸³. GARCIA MURCIA, J., "La actividad..", cit., pág. 25; RODRIGUEZ SAÑUDO, F., "La representatividad..", cit., pág. 201.

²⁸⁴. Véanse las reflexiones de GARCIA MURCIA, J., Organizaciones.., cit., pág. 116. En este sentido contrario, CASAS BAAMONDE, M^a. E., "Representatividad..", cit., pág. 80, para quien el sindicato más representativo por irradiación no precisa de constitución registral para ejercitar el derecho de negociación colectiva.

Los sujetos

características del art. 4 L.O.L.I.S, esto es, formalmente constituida y registrada.

En segundo lugar, porque la legitimación del sindicato, como hemos visto, requiere la verificación de determinados porcentajes de audiencia electoral, estando reservada la facultad de presentar candidaturas en las elecciones a D.P. y J.P. a los "sindicatos legalmente constituidos". No obstante, podría alegarse en contra que el sindicato o ente sindical, precisamente, goza de la condición de más representativo por su vínculo con la organización sindical compleja y no por sus resultados electorales (incluso puede no haberse presentado a las elecciones sindicales) y, en consecuencia, no es necesario que esté legalmente constituido. Esta objeción, sin embargo, no es de recibo porque la irradiación juega en ambos sentidos y, por tanto, los resultados electorales que entran dentro del cómputo de la mayor representatividad de la organización sindical compleja son los obtenidos por todos los sindicatos que la integran²⁸⁵, que, en principio, deberán cumplir las condiciones necesarias para participar en el proceso electoral, esto es, la personalidad jurídica.

En tercer lugar, porque la participación en los procedimientos

²⁸⁵ Para que tenga lugar la agregación de los resultados electorales de la entidad inferior a los de la organización compleja en la que se integra, no es necesario que aquélla se presente a las elecciones sindicales con las siglas de ésta, bastando con la existencia de una vinculación orgánica entre las mismas. Así, la S.T.C.O. 187/1.987, de 24 de noviembre.

de consulta y negociación exigen la posesión previa de personalidad jurídica y capacidad de obrar.

2º- Vinculación orgánica.

24. El sindicato funcional para poder beneficiarse por irradiación de la mayor representatividad de la Confederación sindical que haya obtenido previamente esa cualidad ha de estar vinculado orgánicamente a ésta. En efecto, a tenor del art. 6.2.b) L.O.L.I.S. la mayor representatividad por irradiación sólo pueden conseguirla los entes sindicales "afiliados, federados o confederados" a un sindicato que haya obtenido previamente esa cualidad. Aunque el legislador no utiliza una terminología muy precisa, parece exigir la integración del ente sindical en la estructura organizativa de la organización más compleja o, al menos, una coordinación orgánica, dentro de un mismo aparato organizativo, de ambas organizaciones sindicales²⁸⁶. No será suficiente, por tanto, con una coalición electoral ni con una agrupación transitoria, que por definición son vínculos de alianza o conexión de carácter temporal o coyuntural, creados para conseguir un objetivo muy concreto²⁸⁷. Falta en ellos la cohesión orgánica y la permanencia en el vínculo de unión que parece exigir

²⁸⁶. GARCIA MURCIA, J., Organizaciones..., cit., pág. 116.

²⁸⁷. Así, GARCIA MURCIA, J., "Libertad...", cit., pág. 168. Las coaliciones, como hemos visto, podrán acceder a la suficiente representatividad, pero no a la mayor representatividad.

la ley.

25. En cuanto a las posibles modalidades que puede ofrecer ese vínculo, la ley únicamente habla de afiliación, federación o confederación. Estos son las vías más frecuentes para proceder a la vinculación orgánica entre dos o más organizaciones sindicales, como lo demuestra el hecho de ser las únicas que han recibido sanción legal. En efecto, según el art. 2.2.d) L.O.L.I.S. las organizaciones sindicales en el ejercicio de la libertad sindical tienen derecho a "constituir federaciones, confederaciones y organizaciones internacionales, así como afiliarse a ellas y retirarse de las mismas". Sin embargo, la relación contenida en el citado precepto no puede tener en ninguna caso, un carácter cerrado y exhaustivo²⁸⁸. No incluye todas las posibles modalidades que puede ofrecer el vínculo orgánico entre sindicatos, pues la libertad sindical incluye sin duda el derecho de las organizaciones sindicales a establecer las conexiones y lazos de unión con otras que estimen conveniente²⁸⁹. Nada impide, por tanto, que el vínculo venga constituido por un procedimiento distinto. No importa tanto el nombre que se utilice al establecer el vínculo, como el contenido material del mismo: integración en la estructura orgánica o coordinación orgánica.

²⁸⁸. GARCIA MURCIA, J., "La actividad..", cit., pág. 11; OJEDA AVILES, A., Derecho..., cit., pág. 135; PALOMEQUE LOPEZ, C., Derecho Sindical español, Madrid, 1.988, págs. 96 y ss.

²⁸⁹. RODRIGUEZ SAÑUDO, F., "La representatividad..", cit., pág. 201.

26. Finalmente, hay que subrayar que el sindicato funcional que, de acuerdo con las reglas anteriores, reciba la calificación de más representativo, para poder formar parte de la mesa negociadora necesita acreditar su vinculación con la Confederación sindical. Es esta conexión, y no su audiencia electoral o su efectiva implantación en el ámbito de la negociación, lo que debe demostrar para poder negociar.

En cuanto a la verificación de esta conexión, ésta no puede entenderse referida a lo que dispongan los estatutos sindicales, porque la negociación colectiva, en todas sus facetas y extensión, es de ius cogens y queda fuera del ámbito de influencia de los particulares. A pesar del silencio legal, los organismos oficiales que intervendrán serán sin duda alguna los servicios de Mediación, Arbitraje y Conciliación (S.M.A.C.), que tienen encomendada legalmente la función de depositarios de los estatutos de los sindicatos y de las asociaciones empresariales, pudiendo expedir certificados de los documentos depositados²⁹⁰.

²⁹⁰. En efecto, aunque la L.O.L.I.S. no hace referencia específica al sistema de constitución de federaciones y confederaciones, no existe dificultad en considerar que el procedimiento es el mismo que para la constitución de los sindicatos. Veáanse las reflexiones sobre el particular en SALA FRANCO, T. y ALBIOL MONTESINOS, I., op. cit., pág. 117. Así, se deberá cumplimentar idéntica presentación de documentos ante el S.M.A.C. correspondiente, aunque añadiendo además "copia autorizada de los acuerdos de constitución, incorporación o afiliación adaptados por los órganos de gobierno de las asociaciones u organizaciones", según el Decreto 873/1.977 (según la opinión de OJEDA AVILES, A., Derecho., cit., pág. 162). Así, es el S.M.A.C. la institución competente para formalizar el depósito de las agrupaciones de segundo o ulterior grado y para expedir certificaciones referidas a estas vinculaciones orgánicas a efectos de la negociación y otras acciones. Sobre la acreditación de la personalidad jurídica de las Confederaciones sindicales véase la S.T.S. de 26 de marzo de 1.991.

Los sujetos

Por lo demás, el sindicato deberá demostrar su vinculación orgánica, mediante certificación actualizada de la autoridad laboral sobre la conexión existente en el momento concreto en que quiera negociar. En efecto, aunque la capacidad representativa de la Conferación sindical y, por ende, de las organizaciones sindicales inferiores integradas en ella es de cuatro años, es posible que durante este periodo de tiempo se disuelva el vínculo, a causa de expulsión o por decisión propia del sindicato menor. Por ello, ante eventuales excisiones o divisiones orgánicas, lo más adecuado será la acreditación constante de la conexión orgánica existente en el momento en que se inician las negociaciones.

B) Los Sindicatos más representativos a nivel de Comunidad Autónoma.

27. También cuentan con legitimación directa y automática los sindicatos más representativos a nivel autonómico²⁹¹.

a) La delimitación del concepto.

30. La definición de que sindicatos gozan de esta condición se efectúa en el art. 7.1 de la L.O.L.I.S. De acuerdo con este precepto, tienen tal consideración: "a) los sindicatos de dicho ámbito que acrediten en el mismo una especial audiencia expresada

²⁹¹. GARCIA MURCIA, J., "Libertad..", cit., pág. 187.

Los sujetos

en la obtención en el mismo de una especial audiencia expresada en la obtención de, al menos, el 15 por 100 de los delegados de personal y de los representantes de los trabajadores en los comités de empresa, y en los órganos correspondientes de las Administraciones Públicas, siempre que cuenten con un mínimo de 1.500 representantes y no estén federados o confederados con organizaciones sindicales de ámbito estatal²⁹²; b) los sindicatos o entes sindicales afiliados, federados o confederados a una organización sindical de ámbito de Comunidad Autónoma que tenga la consideración de más representativa de acuerdo con lo previsto en la letra a)".

Como en el supuesto anterior, existen dos clases de sindicatos más representativos a este nivel. En primer lugar, el sindicato más representativo strictu sensu, que es aquel que, limitando su organización y actividad al exclusivo territorio de una Comunidad²⁹³, obtiene un 15 por 100 al menos de las

²⁹². La S.T.S. de 15 de noviembre de 1.989 niega que C.S.I.F. tenga la cualidad de sindicato más representativo a nivel autonómico "por el mero dato de haber obtenido 34 Delegados, y aunque esta cifra sea mayor que la lograda por U.G.T. y C.C.O.O., tanto porque su número es inferior al mínimo legal de 1.500 representatntes cuanto porque C.S.I.F. es una organización sindical de ámbito estatal y las Uniones territoriales son meros órganos dentro de su estructura (art. 32 de los estatutos), por lo que cualquier resultado que obtenga en unas elecciones sindicales carece de relevancia a los efectos de obtener la consideración de sindicato más representativo a nivel autonómico como resulta de lo preceptuado en el art. 7.1 L.O.L.I.S."

²⁹³. Es preciso que el ámbito territorial de actuación del sindicato coincida con el de la Comunidad, en función de los límites geográficos de éstas, establecidos en los diferentes Estatutos de Autonomía. Si el sindicato establece su ámbito de actuación también limitado pero de acuerdo con criterios diferentes (dos o varias C.C.A.A., una o varias provincias de la misma o distinta C.A., por ejemplo) no podrá adquirir la condición de más representativo en virtud del art. 7.1, aunque logre el mismo grado de representatividad. RODRIGUEZ SAÑUDO, F., "La representatividad..", cit., pág. 202.

Los sujetos

representaciones unitarias (con un mínimo de 1.500 representantes en cualquier caso) en el conjunto de sectores de actividad de la Comunidad Autónoma respectiva, incluido el de funcionarios, y no está federado o confederado con organizaciones sindicales de ámbito estatal²⁹⁴. Se trata, por tanto, como en el supuesto anterior, de organizaciones sindicales complejas y, más concretamente, de confederaciones sindicales de carácter general y de ámbito autonómico, pues, pese a no ser requisito explícito la estructura confederal, sólo una organización sindical de tales características puede obtener el 15 por 100 de los representantes unitarios del conjunto de los sectores de actividad, máxime, cuando se exige, además, en terminos absolutos un mínimo de 1.500 representantes.

En segundo lugar, aquí también reciben la calificación de sindicatos más representativos los sindicatos afiliados, federados o confederados a una organización sindical compleja que reúna los anteriores requisitos de audiencia. Sobre ello valen las consideraciones hechas más arriba.

b) La instancia sindical legitimada y Requisitos de

²⁹⁴. En caso contrario, el acceso a la condición de más representativa circularía a través de los cauces del art. 6.2. Pero en este caso no ostentaría legitimación negociada a este nivel, porque su capacidad se limitaría a su ámbito territorial y funcional. La S.T.S. de 15 de noviembre de 1.989 niega que la C.S.I.F. tenga la cualidad de sindicato más representativo a nivel autonómico "por el mero hecho dado de haber obtenido 34 Delegados, y aunque esa cifra sea mayor a la lograda por la U.G.T. y C.C.O.O., tanto porque su número inferior al mínimo legal de 1.500 representantes, cuando porque C.S.I.F., es una organización de ámbito estatal y las Uniones territoriales son meros órganos dentro de su estructura (art. 32 de los estatutos), por lo que cualquier resultado que obtenga en unas elecciones sindicales carece de relevancia a los efectos de obtener la consideración de sindicato más representativo a nivel autonómico como resulta de lo preceptuado en el art. 7.1 L.O.L.I.S."

legitimación.

29. La determinación de la instancia sindical que en concreto está capacitada para formar parte de la Mesa general plantea idéntica problemática a la suscitada por los sindicatos más representativos a nivel estatal. En efecto, el art. 31.2 de la L.O.R.A.P. adolece en este punto de la misma indeterminación respecto a qué parte de la organización sindical se va a convertir en titular de la legitimación interviniente, pues atribuye tal derecho a "las organizaciones sindicales más representativas a nivel de Comunidad Autónoma". Y a tenor del art. 7.1 de la L.O.L.I.S, los sindicatos más representativos a nivel de Comunidad Autónoma, que son tanto la Confederación sindical como el ente sindical funcionarial integrado en aquella, gozan de "capacidad representativa para ejercer en el específico ámbito de la Comunidad Autónoma las funciones y facultades enumeradas en el número 3 del artículo anterior y, entre ellas, "participar como interlocutores en la determinación de las condiciones de trabajo en las Administraciones públicas a través de los oportunos procedimientos de consulta y negociación".

Por las mismas consideraciones que antes se han esgrimido, la legitimación de la Confederación sindical más representativa a nivel de Comunidad Autónoma y del sindicato funcionarial afiliado a ésta es excluyente, correspondiendo la condición de sujeto

negociador a la ramificación reconocida en los estatutos internos de aquella como su prolongación en el ámbito de las estructuras de la Administración del Estado ubicadas en el interior de la Comunidad.

Las exigencias legitimadoras que debe cumplimentar esta organización sindical son las mismas que se han señalado anteriormente, esto es, ha de gozar de personalidad jurídica y capacidad de obrar; debe estar ligada por vínculos orgánicos de afiliación, federación, confederación o cualesquiera otros a una organización sindical más representativa a nivel de C.C.A.A. por su audiencia electoral, y, además, esta conexión estructural debe ser acreditada a través de la oportuna certificación expedida por los servicios del S.M.A.C. En definitiva, debe cubrir todos y cada uno de los requisitos fijados por la ley para poder beneficiarse de la mayor representatividad de la organización sindical en la que está integrado y obtener por esta vía la legitimación para formar parte de la Mesa general.

c) Consideraciones generales.

30. No está de más subrayar, a este respecto, que la L.O.R.A.P., al reconocer al sindicato más representativo a nivel autonómico legitimación para negociar en la Mesa general de la Administración del Estado, viene a modificar la regla general

incluida en el art. 7.1 L.O.L.I.S., según la cual, la capacidad representativa de este sindicato, salvo por lo que se refiere a la participación institucional, se limita al ámbito de la Comunidad Autónoma correspondiente²⁹⁵. Por consiguiente, conviene poner de relieve una serie de consideraciones de diversa índole que pueden haber incidido en esta opción legal.

1º- La legitimación del sindicato de ámbito autonómico para negociar convenios de ámbito estatal.

31. No cabe duda que en esta decisión del legislador ha influido decisivamente, el hecho de que en el sector laboral los sindicatos de Comunidad Autónoma puedan participar en la negociación de convenios de ámbito estatal²⁹⁶. En efecto, aunque los sindicatos más representativos a nivel autonómico sólo pueden ejercitar las funciones y facultades inherentes a la mayor representatividad y, entre ellas, la negociación colectiva estatutaria, dentro de su respectiva Comunidad Autónoma, no hay que olvidar que la Ley 32/1.984, de 2 de agosto, al modificar el art. 87 del E.T., con el propósito de adecuar su contenido a la redacción de los arts, 6 y 7 de la L.O.L.I.S, no suprimió el párrafo cuarto de este precepto, que, por consiguiente, continúa en vigor. De este modo, los sindicatos de C.C.A.A. ostentan

²⁹⁵. En este mismo sentido, GARCIA MURCIA, J., "Libertad..", cit., pág. 188.

²⁹⁶. En el mismo sentido, GARCIA MURCIA, J., "Libertad..", cit., pág. 188.

Los sujetos

legitimación para negociar convenios de ámbito estatal cuando obtengan, al menos, el 15 por 100 de los delegados de personal y miembros de comités de empresa en el ámbito funcional del convenio en cuestión, con la limitación geográfica del territorio de la Comunidad Autónoma respectiva, y no estén federados o confederados con organizaciones de ámbito estatal²⁹⁷.

32. Sin embargo, la legitimación de los arts. 87.4 y 31.2 del E.T. y de la L.O.R.A.P., respectivamente, no coincide. Mientras que para negociar convenios de ámbito estatal, el sindicato de Comunidad Autónoma ha de ser simplemente representativo en el ámbito funcional al que se refiere el convenio, cifrándose en un 15 por 100 el nivel de audiencia electoral necesario en este caso. Para formar parte de la Mesa general de la Administración del Estado, en cambio, le basta con tener la condición de más representativo por irradiación, sin necesidad de acreditar una mínima implantación en los servicios periféricos de la Administración estatal ubicados en el interior de la Comunidad Autónoma correspondiente.

De esta diferenciación de regímenes reguladores resulta, en contra de lo que, en principio, pudiera parecer, que las exigencias legitimadoras que el sindicato de Comunidad Autónoma ha de cubrir

²⁹⁷. En este sentido, se mueve la jurisprudencia del T.C.T. (ver, por todas, la S.T.C.T. de 6 de abril de 1.988). En la doctrina CASAS BAAMONDE, M^a. E., "Sindicatos y Comunidades Autónomas", R.F.D.U.C., núm. 7, 1.985, pág. 212.

para participar en la Mesa general de la Administración del Estado son mayores que las que le permiten negociar convenios colectivos de ámbito estatal.²⁹⁸ Ciertamente, el criterio de selección establecido en el art. 31.2 de la L.O.R.A.P. es más restrictivo que el previsto en el art. 87.4 del E.T., porque le exige mayor audiencia electoral. En primer lugar, aunque el porcentaje de audiencia electoral exigido en ambos supuestos es el mismo, el ámbito que se toma como referencia para su cómputo es superior en la Función Pública. El porcentaje de audiencia electoral que confiere legitimación para negociar convenios colectivos de ámbito estatal se ha de acreditar en el ámbito funcional del convenio en cuestión; en la Función Pública, en cambio, viene referido al conjunto de sectores de actividad, incluido el de funcionarios. En segundo lugar, se exige, además, un umbral mínimo que es el de contar en todo caso con 1.500 representantes, listón que es de muy difícil e, incluso, imposible consecución, especialmente, en determinadas C.C.A.A. que apenas superan esta cifra.

Así, por ejemplo, un sindicato de una Comunidad uniprovincial, donde no se superen los 1.5000 representantes unitarios, dispondrá de legitimación para negociar convenios colectivos estatales si reúne el 15 por 100 de audiencia electoral requerido en el territorio autonómico y en el ámbito funcional del convenio. En

²⁹⁸. Vid. BORRAJO DACRUZ, E., "Sindicatos..", cit., págs. 157 y ss; CASAS BAAMONDE, M^a. E., "Sindicatos..", cit., págs. 231 y ss.

cambio, no gozará de capacidad para formar parte de la Mesa general porque nunca alcanzará la mayor representatividad, aunque acredite idéntico nivel de representatividad en las estructuras de la Administración estatal interiorizadas en el seno de la correspondiente Comunidad Autónoma, ya que la suficiente representatividad sólo le habilita para actuar en el interior de ésta.

En principio, estas mayores exigencias podrían considerarse razonables porque, de esta forma, se garantiza la relevancia del sindicato no sólo en el interior de la respectiva Comunidad, sino también en relación con el conjunto de la Función Pública estatal y al mismo tiempo se evitan las distorsiones que resultan de atribuir legitimación negocial a sindicatos que representan a un número distinto de funcionarios, teniendo en cuenta las diferencias cuantitativas que se dan en las poblaciones de funcionarios en las respectivas Comunidades Autónomas. No obstante, esta argumentación pierde su consistencia cuando se advierte que esa mayor audiencia electoral que se exige al sindicato de la Comunidad no garantiza una mínima implantación en el ámbito de la negociación colectiva funcional.

2º- El derecho de consulta de los sindicatos más representativos a nivel autonómico en la elaboración de disposiciones normativas estatales en materia funcional.

33. Probablemente, también ha condicionado la decisión del legislador la circunstancia de que las organizaciones sindicales más representativas a nivel de Comunidad tengan garantizado el derecho de consulta o de información activa en la elaboración de los Proyectos de ley y disposiciones reglamentarias estatales que traten de la Función Pública.

La argumentación que avala esta afirmación descansa sobre las siguientes bases:

En primer lugar, una de las manifestaciones más relevantes de la singular posición jurídica de las organizaciones más representativas es la participación institucional. A ella se refiere, por lo que respecta a los sindicatos más representativos a nivel estatal, el art. 6.1 L.O.L.I.S, que simplemente la menciona, y el art. 6.3 de esa misma ley, que habla de capacidad representativa para "ostentar representación institucional ante las Administraciones públicas y otras entidades y organismos de carácter estatal o de Comunidad Autónoma que la tengan prevista"; y a ella se refiere también, ahora en relación con los sindicatos más representativos a nivel autonómico, el art. 7.1 L.O.L.I.S., que les concede, en unos términos muy similares, "capacidad para ostentar representación institucional ante las Administraciones pública u otras entidades u organismos de carácter estatal". Ello significa que esta participación excede del estricto marco de las

instituciones de la propia Comunidad Autónoma para referirse también a aquellas otras de naturaleza estatal, en la que por consiguiente concurren los sindicatos más representativos a nivel estatal y autonómico²⁹⁹.

En segundo lugar, la expresión participación o representación institucional recogida en los citados preceptos legales ha de ser entendida, como ha subrayado la doctrina, como representación de los intereses propios del colectivo correspondiente ante los Poderes Públicos, ya sea mediante la inserción en organismos públicos, ya sea mediante otras posibles vías o procedimientos³⁰⁰. Entre ellas destacan las facultades de consulta o información previstas en distintas disposiciones legales³⁰¹ e incluso reglamentarias³⁰², entre las que se incluye, por tanto, el derecho de consulta contemplado en el art. 130.4 de la L.P.A. en relación con el procedimiento de elaboración de disposiciones administrativas generales³⁰³.

²⁹⁹. CASAS BAAMONDE, M^a. E., "Sindicatos..", cit., pág. 138. Vid. la S.T.C.O. 98/1.985, de 29 de julio.

³⁰⁰. Vid. REBOLLO PUIG, M., op. cit., pág. 157; SALA FRANCO, T. y ALBIOL MONTESINOS, I., op. cit., pág. 169.

³⁰¹. REBOLLO PUIG, M., op. cit., pág. 119; SALA FRANCO, T. y ALBIOL MONTESINOS, I., op. cit., pág. 169; GARCIA MURCIA, J., "La actividad y los criterios de representatividad", R.L., núm. 17, 1.987, pág. 25; DIEGUEZ CUERVO, G., Lecciones de Derecho del Trabajo, II, Fuentes, Empleo y Condiciones de trabajo, Empresa, Negociación Colectiva, Madrid, 1.985, pág. 314, entiende que estas son modalidades de "representación no institucionales.. pues no comportan la participación de las mismas en ninguna "institución"".

³⁰². REBOLLO PUIG, M., op. cit., pág. 121.

³⁰³. REBOLLO PUIG, M., op. cit., pág. 158.

34. En consecuencia, los arts. 7 y 130.4 de la L.O.L.I.S y de la L.P.A., respectivamente, garantizan el derecho de consulta de estos sindicatos en el procedimiento de elaboración de las normas estatales en materia funcionarial. No obstante ello, se podría objetar que el trámite de audiencia contemplado en el art. 130.4 de la L.P.A. es discrecional y que, por consiguiente, el legislador no les garantiza necesariamente este derecho de audiencia. Sin embargo, este trámite es preceptivo, sin que quepa reconocer discrecionalidad a la Administración en su cumplimiento cuando otro precepto, ya sea legal o reglamentario, imponga preceptivamente la audiencia. Y, precisamente, el art. 33 de la L.O.R.A.P., en su versión original, imponía la consulta preceptiva en la regulación de diversos ámbitos de la Función Pública. Consiguientemente, de la interpretación conjunta de los arts. 130.4 y 33 de la L.P.A y de la L.O.R.A.P., respectivamente, resultaba incuestionable el derecho de consulta de estos sindicatos, al menos, en la regulación de las materias contempladas en este último precepto.

Ante esta situación, la L.O.R.A.P. optó por reconocerles la legitimación para participar tanto en el procedimiento de consulta como en el de negociación, obviando, de esta forma, las disfuncionalidades que resultarían de su presencia en la mesa a los sólo efectos de emitir su opinión sobre las materias objeto de consulta, careciendo de capacidad negocial respecto a las restantes materias.

3º- La competencia de la Mesa general para participar en la determinación de las bases del estatuto de los funcionarios.

35. Junto a las anteriores consideraciones habría que tener en cuenta también, como un factor que podría haber contribuido en el reconocimiento de la legitimación del sindicato de Comunidad Autónoma para negociar en la Mesa general de la Administración estatal, la competencia que ésta tiene para participar en la definición y regulación de las bases del estatuto de los funcionarios públicos. Ciertamente, la capacidad de esta mesa negociadora para intervenir en la regulación de aquellas materias que quedan precluidas a la competencia de las Mesas generales de las C.C.A.A, así como en el establecimiento de los principios y directrices que ha de seguir la actividad contractual desarrollada por éstas ha determinado esta decisión legal. En otro caso podría incurrirse en el peligro de que la normativa y los principios básicos fueran inaplicados en determinada Comunidad Autónoma³⁰⁴. Con ello se traslada, en cierto modo, la regla prevista en el art. 83 del E.T. para el sector laboral, en el que se concede legitimación para intervenir en la negociación de acuerdos interprofesionales y convenios-marco de ámbito estatal a los

³⁰⁴. SALA FRANCO, T., Comentarios a la Ley 8/80, de 10 de marzo, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1.981, pág. 563, se expresa en este sentido respecto al reconocimiento de la legitimación del sindicato autonómico para negociar en el ámbito estatal

sindicatos más representativos a nivel autonómico³⁰⁵.

C) Los sindicatos simplemente representativos en el ámbito de la función pública estatal.

36. También tienen derecho a participar en esta mesa de negociación los sindicatos que "hayan obtenido el 10 por 100 o más de los representantes en las elecciones para Delegados de Personal y Juntas de Personal". Se reconoce, de este modo, la legitimación negocial del denominado sindicato "simplemente representativo", que, aunque no viene definido de forma expresa en la ley, a partir de diversas referencias implícitas que sobre el mismo ofrece la normativa, podemos catalogarlo como aquel sindicato que, no ostentando la cualidad de más representativo, acredita en un ámbito territorial y funcional específico una audiencia que le proporciona legitimación suficiente para intervenir en determinadas parcelas de la acción sindical³⁰⁶. El precepto que acoge el sindicato suficientemente representativo con unos efectos más amplios es el art. 7.2 L.O.L.I.S, donde se concede legitimación para desarrollar determinadas funciones sindicales y, entre ellas, "participar como interlocutores en la determinación de las condiciones de trabajo en

³⁰⁵. GARCIA MURCIA, J., "La actividad sindical y los criterios de representatividad", R.L., núm. 7, 1.987, pág. 29. BORRAJO DACRUZ, E., "Sindicatos...", cit., pág. 158, sin embargo, se cuestiona si el art. 7.1 de la L.O.L.I.S no los ha excluido de estas negociaciones desde el momento que limita severamente su capacidad representativa al ámbito específico de la Comunidad Autónoma.

³⁰⁶. Ver, por todos, GARCIA MURCIA, J., Organizaciones..., cit., pág. 164; RODRIGUEZ SAÑUDO, F., "La representatividad...", cit., pág. 204.

Los sujetos

las Administraciones públicas a través de los oportunos procedimientos de consulta o negociación", a los sindicatos que acrediten, en su ámbito territorial y funcional "específico" el diez por ciento al menos de delegados de personal, miembros de comités de empresa y miembros de los órganos de representación de las Administraciones públicas".

37. Estos sindicatos, a diferencia de los más representativos, han de acreditar expresamente su representatividad dentro del ámbito al que se refiere la negociación³⁰⁷. De ahí que la primera tarea que debemos afrontar sea la clarificación del grado de representatividad y del ámbito en el que éste debe acreditarse, para determinar después cuáles son las organizaciones sindicales que pueden alcanzar tal condición.

El sindicato ha de obtener "el 10 por 100 ó más de los representantes para Delegados y Juntas de Personal "³⁰⁸. El art. 7.2 L.O.L.I.S. únicamente señala que esa audiencia electoral habrá de justificarla precisamente en el ámbito territorial y funcional" en el que vaya a ser desarrollada la actividad negocial, pero no

³⁰⁷. GARCIA MURCIA, J., "Libertad..", cit., pág. 187.

³⁰⁸. Por lo demás, hay que indicar que no es necesario que estos representantes estén afiliados al sindicato en cuestión, toda vez que lo determinante para la atribución de los resultados electorales al asindicato es que los representantes estén incluidos en las listas presentadas por éste y no su afiliación sindical. En efecto, el art. 18.1.b) L.O.R.A.P. establece que "en cada lista deberá figurar las siglas del sindicato que la presente" y el art. 18.1.b) L.O.R.A.P. que la atribución de representatnes se realiza "al presentador", lo que quiere decir que el sindicato puede presentar candidatos que no estén afiliados al mismo y que la atribución de puestos se realiza a éste, con total independencia de que los incluidos en sus lista estén o no afiliados a él.

delimita ese "ámbito territorial y funcional". Lo que si deja claro es que esa audiencia electoral mínima habrá de justificarla precisamente en el ámbito territorial y funcional en el que vaya a ser desarrollada la actividad negociada correspondiente³⁰⁹. Por consiguiente, su determinación queda referida a lo que la autonomía colectiva o la ley disponga en cada caso, según el sistema de determinación de las unidades de negociación que se siga.

Por diferencia al sector privado, donde la autonomía colectiva fija libremente las unidades de negociación, y, consiguientemente, el específico "ámbito territorial y funcional", en el que se ha de verificar el porcentaje de audiencia electoral, en la Función Pública el legislador predetermina las unidades de negociación y, con ello, los ámbitos en los que la noción de suficiente representatividad va a actuar como condicionante de la actividad negociada. Al tener que coincidir el ámbito en que debe acreditarse la suficiente representatividad con el ámbito territorial y funcional de la Mesa general de negociación de la Administración del Estado, valen aquí las consideraciones que se han hecho sobre este último: todos los sectores de actividad de la Administración del Estado³¹⁰, con exclusión de los funcionarios pertenecientes al Cuerpo Nacional de Policía y los funcionarios al servicio de las

³⁰⁹. GARCIA MURCIA, J., "La actividad sindical y los criterios de representatividad", R.L., núm. 17, 1.987, pág. 26.

³¹⁰. En el mismo sentido, GARCIA MURCIA, J., "Libertad..", cit., pág. 188.

Cortes Generales.

38. No está de más subrayar, a este respecto, dos observaciones:

En primer lugar, la audiencia electoral que da paso a la legitimación para participar en la Mesa general de la Administración del Estado debe acreditarse en el conjunto de esta Administración, por lo que la medida de la representatividad debe extenderse en este caso a todos los sectores de actividad de la referida Administración. Entre ellos deben incluirse los que cuentan con Mesas sectoriales de negociación. Por lo tanto, entran dentro de dicho cómputo los miembros de todas las Juntas de Personal de la Administración estatal, esto es, tanto aquellos que resultan de la aplicación del criterio de división territorial como aquellas que derivan de la combinación de éste con el de separación institucional.

En segundo lugar, que la medida de la suficiente representatividad se extiende sobre el conjunto de sectores de actividad de la Administración del Estado, con exclusión del personal laboral al servicio de esta Administración. Esta afirmación es evidente, en tanto que este personal está excluido del ámbito de aplicación de la L.O.R.A.P. y, por ende, de la base representada o representable por las Mesas de negociación. No está de más, sin embargo, remarcar esta observación, pues, a partir del tenor

literal del art. 7.2 de la L.O.L.I.S, que se ocupa específicamente del sindicato suficientemente representativo, se podría caer en el error de entender que el sindicato que quiera intervenir en esta mesa negociadora, tiene que conseguir el 10 por 100 de los representantes unitarios de los sectores laboral y funcionarial. En efecto, este precepto, al igual que los arts. 6.1 y 7.1 de la misma L.O.L.I.S, emplea la copulativa "y" para relacionar los órganos de representación de trabajadores y funcionarios, por lo que cabría pensar que el 10 por 100 ha de ir referido a los representantes obtenidos globalmente, adicionándose los conseguidos en ambos sectores.

El verdadero significado de este artículo, sin embargo, vendrá dado por la utilización alternativa de la copulativa "y" y de la disyuntiva "o", según el ámbito funcional específico en el que se quiera operar³¹¹. Puede ser que éste abarque tanto al personal laboral como al funcionarial al servicio de las Administraciones públicas, en cuyo caso la audiencia electoral habrá de acreditarse en su conjunto³¹². Lo habitual será, sin embargo, como en este caso; que el sindicato intervenga, exclusivamente, en uno de estos sectores, pero no en ambos simultáneamente. Por ello, el art. 31.2 L.O.R.A.P. precisa que el porcentaje de audiencia electoral que los

³¹¹. Vid. DEL REY GUANTER, S., Estado... cit., pág. 100.

³¹². Tal es el caso del C.S.F.P., que es un órgano de participación del personal laboral y funcionarial de las Administraciones públicas, por lo que los puestos correspondientes a los sindicatos se adjudican en proporción a la audiencia obtenida por estos tanto en los órganos unitarios del personal laboral como del funcionarial (art. 39 L.O.R.A.P.).

sindicatos han de acreditar se refiere a los miembros de las J.P. y D.P.

39. De acuerdo con las consideraciones anteriores, la audiencia electoral que da paso a la legitimación negociadora, debe ser acreditada en el conjunto de la Administración del Estado. Si tenemos en cuenta la amplitud de este ámbito en el que debe acreditarse el grado de representatividad, es evidente que sólo puede alcanzarlo una organización sindical con una implantación sindical generalizada en todos los sectores de actividad de la Administración del Estado. De este modo, sólo una organización sindical compleja y, más concretamente, una Confederación o Federación de sindicatos de funcionarios de carácter general y de ámbito estatal podrá alcanzar la legitimación negocial. En efecto, aunque los arts. 7.2 y 31.2 de la L.O.L.I.S. y de la L.O.R.A.P., respectivamente, no exigen una estructura compleja para otorgar la suficiente representatividad en este ámbito, únicamente este modelo de organización sindical se amolda a las exigencias legales.

40. Pero cabe plantearse, si también tendría derecho a participar en la Mesa general un sindicato sectorial que acredite en su respectivo ámbito un porcentaje de audiencia electoral que represente el 10 por 100 en el conjunto de la Función Pública estatal. Parece que en este caso la respuesta ha de ser negativa, pues el ámbito de actuación del sindicato es inferior al que se

toma como referencia al efectuar la selección entre los distintos sindicatos, esto es, el ámbito dentro del cual va a producir efectos la actividad negocial desarrollada por la Mesa general³¹³.

Así, lo ha dado a entender el Tribunal Constitucional, concretamente en la sentencia 217/1.988, de 21 de noviembre. Los actos impugnados en esta ocasión eran sendos Acuerdos de 1.985 sobre permisos a funcionarios públicos para el desarrollo de actividades sindicales, el primero en el ámbito general de la Administración del Estado, y el segundo en el ámbito del Ministerio de Educación y Ciencia. En ambos Acuerdos se concedían provisionalmente determinados créditos horarios a C.S.I.F., U.G.T. y C.C.O.O. El sindicato A.N.P.E., que tenía una representatividad cualificada en el seno de la Función Pública, más alta que algunos de los sindicatos que habían sido favorecidos por los citados Acuerdos, quedó excluido por ser de carácter sectorial (sector de educación) y no extender su implantación al conjunto de la Función Pública.

El problema litigioso, en principio, consistía en determinar si la asociación demandante había sufrido trato discriminatorio al haber sido excluida, de manera injustificada, de las ventajas conferidas en los Acuerdos remitidos a otras organizaciones sindicales, respecto de las cuales A.N.P.E. ostentaba el mismo nivel de implantación o representatividad en el ámbito funcional

³¹³. En sentido contrario, GARCIA MURCIA, J., "Libertad..", cit., págs. 195 y ss.

en atención al cual se concedieran aquellas. Pero como la causa de dicha exclusión fué el hecho de que A.N.P.E. no fuera convocada a las negociaciones, cabe decir que en el fondo la cuestión debatida consistía en determinar si la asociación demandante tenía derecho a participar en la negociación de los Acuerdos impugnados y con ello obtener los beneficios establecidos en los mismos.

Delimitado de este modo el problema litigioso, el Tribunal Constitucional consideró que la exclusión de A.N.P.E. del segundo de aquellos Acuerdos, limitado al ámbito del Ministerio de Educación y Ciencia (donde ese sindicato acreditaba una especial audiencia), resultaba injustificada y contraria al art. 28.1 la Constitución³¹⁴. Por el contrario, consideró ajustada la exclusión de A.N.P.E. del primero de los Acuerdos, pues su ámbito de aplicación era el conjunto de la Función Pública estatal, que excede del sector específico en el que el sindicato demandante desarrollaba su actividad. Por ello, en este caso la selección guardaba la necesaria adecuación entre el ámbito de actividad tomado como referencia y el ámbito de actuación de los sindicatos seleccionados³¹⁵.

³¹⁴. Pues "no se puede concluir que, en ámbitos concretos sólo pueden tener presencia exclusiva las organizaciones de más amplia base, pues de lo que se trata es de garantizar la presencia de éstas sin impedir la de otras de suficiente representatividad".

³¹⁵. En este sentido, afirma que "al haber sido éste suscrito con referencia al ámbito general de la función pública estatal, que excede del sector específico propio de la actividad sindical de la demandante, su exclusión en atención a esta circunstancia resulta ser consecuencia de un criterio selectivo que no puede calificarse de irrazonable o caprichoso por guardar adecuación objetiva con la finalidad que motivaron la concesión de beneficios sindicales

2.1.2. La diversificación de los sindicatos negociadores en función del contenido básico o no básico de las negociaciones.

41. Como hemos visto, en la Mesa general de la Administración del Estado podrán participar los sindicatos que, actuando en el ámbito de la Función Pública estatal, se encuentren vinculados orgánicamente con un sindicato más representativo a nivel estatal o de Comunidad Autónoma y los sindicatos que acrediten el 10 por 100 de representatividad en el conjunto de la Función Pública estatal. Esta es la composición que corresponde a la Mesa general por cuanto su función consiste, precisamente, en establecer las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos al servicio de esta Administración. Sin embargo, hay que tener en cuenta que esta mesa también participa en la fijación y regulación de las bases del estatuto de los funcionarios públicos de las Administraciones Públicas, por lo que cabe plantearse si este hecho tiene alguna repercusión sobre la composición de la mesa negociadora.

42. Sobre el tema habría que decir lo siguiente:

1º) En primer lugar, a partir del tenor literal de la L.O.R.A.P., parece que la respuesta ha de ser negativa pues esta disposición legal no establece distinción alguna en torno a la composición de la Mesa general, según ésta determine las

a otras organizaciones sindicales de carácter intersectorial".

condiciones de trabajo o las bases del estatuto de los funcionarios del conjunto de las A.A.P.P. En sentido contrario, habría que subrayar que la L.O.R.A.P. tampoco contempla, de modo expreso, la posibilidad de que esta mesa negociadora pueda intervenir en la definición y regulación de lo básico a efectos de lo dispuesto en el art. 149.1.18 de la C.E. Por el contrario, de su lectura se desprende que las unidades de negociación son compartimentos estancos sin ninguna relación entre si. No es ésta, sin embargo, la realidad de los hechos como se deduce a partir de la interpretación sistemática de las normas que efectúan el reparto de competencias normativas en materia funcionarial entre el Estado, las C.C.A.A. y las E.E.L.L. Por consiguiente, si la L.O.R.A.P. no subraya la diversidad de contenidos materiales, básicos y no básicos, que pueden ser objeto de negociación por los miembros de la Mesa general de la Administración del Estado, es lógico que tampoco haga distinciones en relación a la composición de la mesa para negociar unos y otros.

2º) En un sistema de negociación caracterizado por la relevancia autónoma de las unidades de negociación, establecidas legalmente, a cuya estructura y composición deben adaptarse las partes negociadoras, la selección de los sindicatos negociadores se hace en función de las diversas unidades de negociación³¹⁶. Es

³¹⁶. Vid. RODRIGUEZ PIÑERO, M., "Unidad de negociación del convenio colectivo de trabajo", R.P.S., núm. 84, 1.969, pág. 12; VALDES DAL-RE, F., "Crisis y estructura de la negociación colectiva", R.P.S., núm. 137, 1.983, págs. 414 y ss.

decir, la selección ha de guardar la necesaria adecuación entre el ámbito de negociación tomado como referencia y el ámbito de actuación de los sindicatos seleccionados. Por ello, en este caso, como la selección se produce, precisamente, para ostentar la representación de intereses del funcionariado del conjunto de todas las A.A.P.P., la legitimación debe reconocerse a aquellos sindicatos que representen a los funcionarios públicos estatales, autonómicos y locales.

3º) Del régimen jurídico de la representatividad previsto en la L.O.L.I.S. resulta que los sindicatos relacionados anteriormente carecen de capacidad representativa con respecto a los funcionarios de las C.C.A.A. y de las Entidades locales. Efectivamente, a partir de su análisis se extrean las siguientes conclusiones: en primer lugar, aunque del tenor literal de esta ley parece deducirse otra cosa -puesto que habla de capacidad representativa "a todos los niveles territoriales y funcionales" también para estos sindicatos- la capacidad del sindicato más representativo por afiliación, como sabemos, "se contrae al específico ámbito territorial y funcional de cada uno"; en segundo lugar, el sindicato simplemente representativo sólo ostenta capacidad representativa en el "específico ámbito territorial y funcional" en el que acredita el 10 por 100 de representatividad.

43. A partir de estas consideraciones queda de manifiesto que

si se admite la legitimación de las Federaciones de Función Pública estatal de los sindicatos más representativos y de las Federaciones o Confederaciones simplemente representativas en la Función Pública estatal para regular las bases del estatuto de los funcionarios públicos, se produce una falta de coincidencia por defecto entre el ámbito de la actividad negocial y el ámbito organizativo propio de los sindicatos que intervienen como representantes de todos los funcionarios.

El problema planteado apenas si tiene transcendencia en relación con los primeros, ya que, como se ha visto, la legitimación negocial, en realidad, corresponde a la Confederación sindical en la que están integrados y ésta, en virtud de su "capacidad representativa a todos los niveles territoriales y funcionales" puede participar en todas las negociaciones que se desarrollen en la Función Pública. Por consiguiente, la Confederación sindical cuenta con legitimación directa y automática para formar parte de la Mesa general, cualquiera que sea el contenido material objeto de negociación.

La cuestión es más grave si nos referimos a los sindicatos simplemente representativos en el ámbito de la Administración del Estado porque esta condición no garantiza su representatividad en el conjunto de la Función Pública. Por ello, en este caso la representatividad ha de referirse al conjunto global de las

Administraciones Públicas³¹⁷. De lo contrario, podría darse el caso de que un sindicato simplemente representativo en la Función Pública estatal, pero sin ninguna implantación en las C.C.A.A y E.E.L.L., podría participar en la fijación de las bases que afectan a una mayoría de funcionarios (si se compara con los de la Administración del Estado) respecto de los cuales carece de representación; en cambio, un sindicato mayoritario en el conjunto global de las A.A.P.P., pero sin la suficiente representatividad en la esfera estatal se vería privado de su derecho a participar en la determinación de las bases.

44. De aceptarse este planteamiento habría que distinguir una diversidad de sindicatos en el seno de la Mesa general en función del contenido básico o no básico de los Pactos y Acuerdos³¹⁸. Esta diversificación de los sindicatos negociadores va a generar cuantiosos problemas. Sin embargo, es la única solución que garantiza la suficiencia representativa de la parte sindical dentro

³¹⁷. Para ilustrar esta afirmación conviene traer a colación dos supuestos en los que la actuación de los sindicatos se proyecta sobre el conjunto de la Función Pública, y, por ello, el legislador les exige, salvo que sean más representativos, la suficiente representatividad en el conjunto global de las A.A.P.P. (y no en alguna o algunas de ellas). Así, en primer lugar, cabe citar la promoción de las elecciones sindicales en la Función Pública. Como se trata de un proceso electoral cerrado y unificado en el tiempo para el conjunto de las unidades electorales de todas las A.A.P.P., la convocatoria se atribuye, entre otros, a los sindicatos que acreditan el 10 por 100 en el conjunto de las Administraciones Públicas. Más llamativo es el ejemplo del C.S.F.P., pues, al ser un órgano de "participación del personal al servicio de las Administraciones" (art. 6.1 L.M.R.F.P.), esto es, tanto de los funcionarios como del personal laboral, los sindicatos, que no sean más representativos para poder participar en él han de acreditar, como se ha visto, el 10 por 100 de los representantes unitarios del personal laboral y funcional al servicio de las Administraciones Públicas.

³¹⁸. Se trataría, por lo tanto, de una solución similar a la mantenida por la doctrina en relación con los convenios colectivos marco impropios o mixtos.

del ámbito al que se refieren las negociaciones, unas veces la Función Pública estatal y otras el conjunto de la Función Pública.

2.1.3. La valoración de la representatividad como criterio de selección de la legitimación negocial en la esfera estatal.

45. Una vez realizada la concreta exposición de cuáles son los tipos de sindicatos que pueden alcanzar la legitimación negocial en el ámbito de la Administración del Estado, conviene valorar el conjunto de la regulación de la legitimación. Los criterios adoptados por el legislador para otorgar la capacidad negocial a los sindicatos son, como hemos visto, la mayor y la suficiente representatividad. Semejantes indicadores presentan algunos defectos o inconvenientes nada desdeñables. No obstante, dada las sustanciales diferencias entre uno y otro, es conveniente proceder al análisis y valoración crítica de cada uno de ellos por separado.

A) La mayor representatividad: Repercusiones.

46. La utilización de la mayor representatividad como criterio de selección de la legitimación negocial plantea una serie de cuestiones importantes que, aunque directamente relacionadas entre si, pueden y deben ser tratadas por separado.

a) La ruptura del principio de concordancia entre capacidad representativa y la real y efectiva implantación.

47. La primera de ellas es la ruptura del principio que conecta la acción sindical y, más concretamente, la actividad negocial con la implantación de la organización sindical en el ámbito correspondiente³¹⁹. En efecto, los sindicatos funcionariales adscritos a las Confederaciones más representativas a nivel estatal o autonómico ostentan, automáticamente, la condición de más representativos en su respectivo ámbito y, por tanto, la legitimación automática para negociar en el mismo, aunque no hayan obtenido un solo voto, compartiendo así la mesa con los sindicatos de capacidad propia³²⁰. En contraste con lo que se exige al resto de sindicatos, a éstos sindicatos les será suficiente con acreditar su vinculación orgánica con la Confederación sindical, sin necesidad de demostrar que en ese ámbito concreto cuenta con la audiencia mínima exigida como norma general.

La irradiación de la representatividad que la ley viene a conceder a esos sindicatos generales, atribuyéndoles legitimación

³¹⁹. Vid. GARCIA MURCIA, J., "Libertad..", cit., pág. 192.

³²⁰. GARCIA MURCIA, J., "Libertad..", cit., pág. 192. Por su parte, CASAS BAAMONDE, M^a.E., "Representatividad y mayor representatividad de los sindicatos en España: ¿Un modelo en crisis?", R.E.D.T., núm. 33, 1.988, pág. 79, señala que el Tribunal Constitucional en su sentencia 98/1.985 corrige la dureza de la regulación de la L.O.L.I.S. exigiendo implantación a los sindicatos más representativos por irradiación por lo que parece que se muestra partidaria de vincular la mayor representatividad irradiada a la implantación del sindicato receptor en el ámbito en que desarrolle su acción.

para intervenir en la Función Pública se acomoda por ahora a las características que presenta el sindicalismo en la Función Pública. Pero, aunque en la actualidad exista una concordancia entre la audiencia electoral y las previsiones legales, pudiera suceder que en el futuro cambiara la actual correlación de fuerzas. En tal caso estos sindicatos tendrían la posibilidad de representar a los funcionarios en los foros de negociación sin acreditar una representatividad real o cierta dentro de dichos contornos; es más, aunque se demostrase que no cuentan con ella.

48. En esto coincide con el modelo legal diseñado en el E.T. para la negociación. En ambos casos, la distorsión producida por la presencia en el órgano negociador de un "convidado de piedra" se compensa, no obstante, por estar repartidos los puestos en función de la implantación³²¹ y porque no impide que quienes alcanzan la representatividad en el ámbito de negociación puedan formar parte de la mesa negociadora³²².

49. En una evaluación global de la mayor representatividad, como criterio de selección de la legitimación negocial debe tenerse en cuenta, sin embargo, que el legislador no ha previsto una regulación única para los sistemas de negociación y las elecciones sindicales. Como se sabe, el legislador contempla, por el

³²¹. OJEDA AVILES, A., Derecho..., cit., pág. 194.

³²². Vid. la S.T.C.O. 98/1.985, de 29 de julio, f.j. nº 13.

contrario, reglas separadas para el ámbito privado y para la Función Pública, lo cual, pese a la similitud de unas y otras, supone que se están haciendo confluír modelos que no son totalmente homogéneos.

50. Así, por un lado, aunque una organización federada en un sindicato más representativo que no tiene implantación alguna en el ámbito de la negociación sólo tiene derecho a la atribución de un puesto en el órgano negociador, no hay que olvidar la existencia de una notable diferencia en orden a la constitución del órgano negociador entre los sistemas laboral y funcionarial. Mientras que el art. 88 E.T. exige para la válida constitución de la comisión negociadora que los sindicatos que la forman tengan la mayoría absoluta de los representantes unitarios (mayoría que se precisa durante todo el curso del proceso negociador, de suerte que la presencia de una de estas organizaciones sindicales -en solitario o junto a otras organizaciones que tampoco suman la referida mayoría-, no basta para otorgar validez a la constitución de la comisión). La L.O.R.A.P., en cambio, no exige una representatividad mínima de conjunto para la válida constitución de la mesa negociadora, por lo que la no concurrencia o posterior abandono de la mesa de una o varias organizaciones sindicales, haciendo descender el nivel de representatividad por debajo de la mayoría absoluta de representantes, no va a impedir a este tipo de organizaciones sindicales concluir los Pactos y Acuerdos dotados de

eficacia general. Aquí reside precisamente el peligro para los intereses de los sindicatos específicos de la Función Pública. En efecto, en virtud de la transmisión de la representación, los entes sindicales afiliados a las Confederaciones más representativas van a estar legitimados automáticamente no sólo para negociar en el ámbito de la Función Pública, sino también para concluir en solitario los Pactos o Acuerdos correspondientes.

51. Por otro lado, aunque la irradiación de la mayor representatividad no impide la actuación de los sindicatos que demuestren la suficiente representatividad en el ámbito de la negociación, hay que tener en cuenta que las diferencias existentes entre las reglas electorales de los sectores laboral y funcionarial, dan como resultado que el sindicato que dirige su acción al conjunto de sectores de actividad tenga una mejor posición para alcanzar la representatividad en la Función Pública, más aún que en el ámbito privado, y que los sindicatos funcionariales encuentren mayores dificultades que sus homónimos en el ámbito privado para obtener la suficiente representatividad en su respectivo ámbito.

b) La necesaria implantación del sindicato funcionarial.

52. La configuración legal de la mayor representatividad sindical impide a los sindicatos que limitan su campo de acción a

la Función Pública el acceso a tal condición, pues, computando únicamente la representación en ese ámbito, difícilmente se alcanzan los mínimos establecidos en los arts. 6.2 y 7.1 de la L.O.L.I.S. En primer lugar, porque el número de funcionarios y, en consecuencia, de representantes unitarios a contar en el cómputo global es muy inferior al de los trabajadores³²³. En segundo lugar, porque el sistema electoral instaurado en la L.O.R.A.P. infrarrepresenta a los funcionarios, al asignarles un número de representantes proporcionalmente inferior al que corresponde a los trabajadores.

Por ello, estos sindicatos, a diferencia de los anteriores, sólo dispondrán de legitimación negociadora si acreditan expresamente la suficiente representatividad en el ámbito al que se refiere la negociación. Esta consecuencia común a los sindicatos que actúan en los ámbitos privado y funcionarial, es, sin embargo, más enojosa para estos últimos porque encuentran mayores dificultades para alcanzar los umbrales de representatividad dispuestos en la ley.

B) La suficiente representatividad en la Administración del Estado.

53. La mayor representatividad como criterio de selección de los sindicatos negociadores presenta, como se ha comprobado,

³³. GARCIA MURCIA, J., "Libertad..", cit., pág. 192.

Los sujetos

algunas deficiencias comunes a todos los sectores de la Función Pública. Pero es sobre todo el criterio de la suficiente representatividad el que mayores problemas plantea. Y ello es así porque el sistema electoral instaurado en la Función Pública produce algunas disonancias entre los resultados que se acreditan al término del proceso electoral y la composición real del colectivo de referencia. Ya hemos hablado de la posición privilegiada de las organizaciones sindicales más representativas en todo el desarrollo del proceso electoral, lo que supone una prima en favor de estos sindicatos.

54. Pero aparte de estas deficiencias de carácter general, hay que notar que el sistema electoral instaurado en la L.O.R.A.P. supone dificultades adicionales para los sindicatos que actúan en la Administración del Estado a la hora de alcanzar los umbrales de representatividad dispuestos por la ley.

El sistema electoral infrarrepresenta a los funcionarios estatales. El art. 8 de la L.O.R.A.P. determina la composición numérica de las J.P. atendiendo al mismo punto de referencia acogido en el art. 66 del E.T., esto es, el número de funcionarios, pero aquí no del "centro de trabajo" o de "empresa", sino de la unidad electoral delimitada en el art. 7. La escala que establece la L.O.R.A.P. es la misma que la seguida por el E.T., al igual que el mínimo y el máximo -5 y 75, respectivamente-. Sin embargo,

existe una diferencia fundamental, pues en los tramos iniciales el número de representantes en vez de saltar de cuatro en cuatro lo hace de dos en dos, con la consiguiente disminución de representantes³²⁴.

Además, hay que tener en cuenta que la mayoría de las unidades electorales son "macrounidades electorales", circunstancia que determina un número de representantes proporcionalmente inferior al que corresponde a los órganos unitarios del sector laboral, constituidos preferentemente en el centro de trabajo³²⁵. Ciertamente, al superar la cifra de 1.000 funcionarios entra en juego la regla según la cual por cada 1.000 o fracción, el número de representantes sólo aumenta en dos.

De este modo, al ser inferior el número de puestos de los órganos colectivos de representación de los funcionarios estatales, los sindicatos que actúan dentro de la Administración estatal deben obtener mayor número de votos que los que actúan en el ámbito privado para que su candidatura consiga la atribución de representantes y, a la postre, para alcanzar los umbrales de representatividad necesarios para negociar³²⁶.

³²⁴. GARCIA MURCIA, J., "Libertad..", cit., pág. 193; OJEDA AVILES, A., "Los derechos..", cit., pág. 9.

³²⁵. En el mismo sentido, OJEDA AVILES, A., "La representatividad sindical como excepción", R.L., núm. 7, 1.991, pág. 21.

³²⁶. GARCIA MURCIA, J., "Libertad..", cit., pág. 193.

2.2. La representación pública.

55. Los órganos superiores de la Función Pública estatal con competencias decisorias y ejecutivas en este ámbito son, como se ha visto, el Gobierno, el Ministro para las A.A.P.P. y el Ministro de Economía y Hacienda (Ver supra, título II). Estos órganos forman los tres vértices esenciales sobre los que se asienta el edificio orgánico del que se dota la parte "empresarial" para hacer frente a sus relaciones colectivas con el personal funcionario.

56. Por consiguiente, la cuestión que surge, evidentemente, es la de dilucidar a cuál de ellos le corresponde consultar a las organizaciones sindicales y negociar y firmar en nombre de la Administración los Acuerdos y Pactos generales.

57. Pues bien, la competencia para ello reside en el Ministro para las A.A.A.P.³²⁷. Y ello por las siguientes razones: en primer lugar, porque así se deduce implícitamente de la disposición adicional 1ª de la L.O.R.A.P., a cuyo tenor "el ejercicio de todas aquellas competencias no atribuidas a otros órganos de la Administración del Estado corresponde al Ministro para las Administraciones Públicas de acuerdo con lo establecido en los

³²⁷. En este mismo sentido, OJEDA AVILES, A., "Los derechos..", cit., pág. 21, sostiene que de la disposición adicional 1ª de la L.O.R.A.P. se deduce que es a este Ministro a quien competen las negociaciones a nivel general. A igual conclusión llega DEL REY GUANTER, S., Estado..., cit., pág. 164, si bien hay que indicar que este autor se refiere al sistema de negociación previsto en la L.M.R.F.P.

Los sujetos

arts. 2 y 4 de la Ley 30/1.984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública".

En segundo lugar, y sobre todo, porque en este órgano confluyen todos los criterios de competencia (jerárquica, material, territorial y funcional) para que pueda consultar a las organizaciones sindicales y negociar con ellos los Acuerdos y Pactos. Desde un punto de vista jerárquico, el Ministro para las A.A.P.P., al igual que el resto de Ministros, tienen atribuidas, entre otras competencias, la de preparar y presentar al Gobierno los Proyectos de Ley y de Decretos relativos a las cuestiones atribuidas a su Departamento (art. 14.2 L.R.J.A.E.) y un poder reglamentario derivado "en las materias propias de su Departamento" (art. 14.3 L.R.J.A.E.), y no sólo en cuestiones organizativas de carácter doméstico propias de su Ministerio.

Desde el punto de vista material, el Ministro para las A.A.P.P. asume un papel sustancial en el área de personal y organización administrativa. Por un lado le compete "el desarrollo general, la coordinación y el control de la ejecución de la política de personal al servicio de la Administración del Estado" (art.4.1 L.M.R.F.P.). De otro, le corresponde "dentro del ámbito de competencia que le confieren las disposiciones legales vigentes, la preparación y ejecución de la política del Gobierno en materia de

Los sujetos

organización administrativa, régimen jurídico y retributivo de la Función Pública". Como sabemos, la L.M.R.F.P. y el R.D. 2.169/1.984 pasan a especificar algunos componentes de esa competencia jerárquica y material, siendo conveniente resaltar el de "proponer al Gobierno el Proyecto de Ley de Bases del Régimen estatutario de los Funcionarios Públicos y los demás proyectos de normas de general aplicación a la Función Pública" (art. 4.2.a) L.M.R.F.P.)

Desde el punto de vista territorial y funcional, porque este órgano, de conformidad con lo dispuesto en el art. 2 de la L.M.R.F.P., tiene una competencia general respecto a todos los funcionarios incluidos en el ámbito de aplicación de la Ley, que son los incluidos en el el ámbito de representación de la Mesa general, con independencia de su adscripción a los servicios centrales o periféricos de la Administración del Estado y del Departamento Ministerial u Organismo Autónomo en el que presten sus servicios. La única excepción se dá en relación con el personal al servicio de la Administración de Justicia indicado en el art. 454 de la L.O.P.J., respecto al cual, según indica el art. 455 de la misma norma, el Ministro de Justicia tiene competencia en todas las materias relativas a su Estatuto y régimen jurídico. Por ello, la L.O.R.A.P., que por su carácter de ley ordinaria no podía modificar lo dispuesto en la L.O.P.J., dispone que el reconocimiento de la competencia residual en favor del Ministro de las A.A.P.P. lo es

Los sujetos

sin perjuicio de las competencias atribuidas al Ministro de Justicia (disposición adicional primera). De ahí, precisamente, las reservas que antes se han señalado sobre la virtualidad real de la inclusión de los funcionarios al servicio de la Administración de Justicia dentro de la Mesa general de la Administración del Estado.

58. En fin, la competencia para formar parte de la Mesa general corresponde al Ministro para las A.A.P.P.³²⁸. Por tanto, es éste quien va a negociar y firmar los Pactos y Acuerdos. No obstante, y aplicando la distinción efectuada por el Estatuto de los trabajadores a este respecto, conviene distinguir entre la parte contractual, que es el Ministro para las A.A.P.P., y los representantes de dicha parte en la mesa negociadora, los cuales negociaran los Pactos y Acuerdos en nombre de aquel. Tales representantes, en base a la distribución de competencias efectuadas por la L.M.R.F.P., serán los altos cargos de dicho Ministerio con atribuciones en materia de personal -Secretaría de Estado para la Administración Pública, Dirección General de la Función Pública,..., etc.)³²⁹. De todos ellos, cabe destacar la Dirección General de la Función Pública, ya que, según el art. 3

³²⁸. Los instrumentos negociales se limitan a señalar que han sido negociados por representantes de la Administración del Estado, pero sin precisar cuáles sean éstos. Excepcionalmente el Acuerdo de colaboración entre el M^o. para las Administraciones Públicas y las Centrales Sindicales más representativas en materia de formación del personal al servicio de las Administraciones (B.O.E. 17-4-1.991) y el A.M.A. suscrito (B.O.E. 21-1-1.992) señalan que han sido negociados, del lado de la Administración del Estado, por el Ministro para las A.A.P.P.

³²⁹. Así, DEL REY GUANTER, S., Estado..., cit., pág. 165.

Los sujetos

del R.D. 221/1.987, de 20 de febrero (en su nueva redacción ofrecida por el art. 1 del R.D. 1.275/1.990), tiene asignada, entre otras funciones, la comunicación con las organizaciones sindicales que representan al personal de la Administración del Estado.

59. Pero la intervención del Ministro para las A.A.P.P. no produce efectos automáticos, pues este órgano ve compartida su competencia con la de otros, que no pueden ignorar las atribuciones que la normativa en vigor reconoce a los demás. Este Ministro no es el único órgano con competencias en materia de negociación colectiva funcionarial. Existe una pluralidad de órganos con competencias en materia de personal, que van a desempeñar un papel, más o menos relevante, en la negociación.

60. Por lo pronto, hay que tener en cuenta que el papel que corresponde al Gobierno. A la vista de las importantes atribuciones que éste órgano tiene en la negociación de los Pactos y Acuerdos, la duda que puede surgir es quien es la auténtica parte en las negociaciones, el Gobierno o los representantes de la Administración del Estado, determinados según las reglas de competencia antes reseñadas. Pues bien, el Gobierno, en cuanto tal no puede ser considerado desde un punto de vista estrictamente jurídico, como la parte contratante en los Acuerdos³³⁰. Su papel en

³³⁰. En el mismo sentido, DEL REY GUANTER, S., Estado..., cit., pág. 164.

Los sujetos

la negociación colectiva se desarrolla con anterioridad y con posterioridad a la conclusión de los Pactos y Acuerdos. Con anterioridad, en tanto que fija, de acuerdo con los sindicatos más representativos a nivel estatal y autonómico, la fecha de comienzo del proceso negociador y las materias a negociar, y dá las instrucciones a los representantes de la Administración respecto a la negociación. Pero no por ello puede decirse que jurídicamente sea parte contratante -el Ministro para las A.A.P.P.- negocie y firme el Acuerdo en nombre del Gobierno, ya que lo hace en nombre propio. En efecto, quien va a negociar y a firmar los acuerdos es el Ministro para las A.A.P.P., el cual será la auténtica parte en los mismos y sobre el cual ejercerá su eficacia contractual. En este sentido, es más correcta la expresión de representantes de la Administración del Estado, que la de representantes del Gobierno³³¹. Con posterioridad, porque ha de dar validez y eficacia al Acuerdo alcanzado en sede negocial.

No obstante, aún no siendo jurídicamente parte en tales acuerdos, su papel es decisivo, en cuanto de él dependerá tanto las posiciones que la parte contratante va a mantener en la negociación de los Pactos y Acuerdos como que la regulación sustancial que estos últimos contienen regule efectivamente las condiciones de trabajo de los funcionarios. Por ello, se ha dicho que "si la parte

³³¹. DEL REY GUANTER, S., Estado..., cit., pág. 165.

jurídicamente contratante es el Ministro para las A.P., la "parte invisible" en tales acuerdos es el Gobierno"³³².

61. Además del Gobierno, hay que tener en cuenta el rol que corresponde al Ministro de Economía y Hacienda en todo aquello relacionado con el gasto de personal y, consiguientemente, con las condiciones económicas en la Función Pública. A este respecto, se debe recordar el hecho de que el art. 5 de la L.M.R.F.P. le atribuye dos funciones que repercuten directamente en la negociación colectiva de la Función Pública. Por un lado, le corresponde "proponer al Gobierno, en el marco de la política económica y presupuestaria, las directrices a que deberán ajustarse los gastos de personal de la Administración del Estado", lo que quiere decir, entre otras cosas, que este Ministro desarrollará un papel decisivo en la configuración de las instrucciones económicas que el Gobierno dará al Ministro para las A.A.P.P. en su negociación con los representantes de los funcionarios públicos y en la fiscalización de si el proyecto presentado por este último Ministerio, como fruto del acuerdo, se ajusta a tales instrucciones en materia económica. Por otro lado, el Ministerio de Economía y Hacienda juega aún un papel más decisivo en el caso de que el Pacto se salga en sus componentes económicos de las previsiones efectuadas en las normas presupuestarias, en tanto que le

³³². DEL REY GUANTER, S., Estado..., cit., pág. 166.

corresponde "autorizar cualquier medida relativa al personal que pueda suponer modificaciones en el gasto". No obstante, a pesar de este rol decisivo del Ministerio de Economía y Hacienda, no creemos que el mismo le conceda, por definición, y a diferencia del Ministerio para las A.A.P.P. la cualidad de parte contractual por excelencia en los acuerdos en la Función Pública³³³. Aunque no tenga atribuida la cualidad de parte contractual puede estar, sin embargo, representado en la negociación de los acuerdos³³⁴.

62. Junto a estos órganos, existen otros cuyo rol en la negociación colectiva, puede ser de asesoramiento y de consulta. Tal es el caso del C.S.F.P., la C.S.P y la Comisión de coordinación de la Función Pública. La intervención de estos órganos, como se analiza al estudiar el procedimiento de negociación, puede darse con anterioridad a la negociación, en el periodo de formación de las instrucciones que el Gobierno ha de dar al Ministro para las A.A.P.P., y con posterioridad, en el periodo de formación de la voluntad negocial del citado Ministro.

3. Las mesas sectoriales de negociación.

³³³. DEL REY GUANTER, S., Estado..., cit., pág. 166.

³³⁴. DEL REY GUANTER, S., Estado..., cit., pág. 166. Así por ejemplo, el A.M.A. es firmado por la Administración del Estado: por el Ministro para las Administraciones Públicas, el Secretario para la Administración Pública y el Secretario de Hacienda.

Los sujetos

3.1. La representación funcionarial.

3.1.1. Los sindicatos legitimados para negociar.

63. De acuerdo con lo dispuesto en el párrafo segundo del 31.2 de la L.O.R.A.P. en estas mesas de negociación podrán participar los sindicatos mencionados en el apartado anterior, así como los que "hayan obtenido el 10 por 100 o más de los representantes en las elecciones para Delegados y Juntas de Personal"³³⁵. Los primeros, por tanto, cuentan con legitimación directa y automática. Los segundos, en cambio, han de acreditar expresamente su representatividad dentro del sector al que se refiera la negociación.

64. De todo ello se puede extraer el siguiente esquema:

A) En las Mesas sectoriales de negociación podrán participar

³³⁵. Así por ejemplo, en el marco de la mesa sectorial: el Pacto de Administración sanitaria del Estado con C.E.M.S.A.T.S.E., C.C.O.O. Y C.S.I.F. sobre permisos y uso de crédito horario en el I.N.S.A.L.U.D. (B.O.E. 18-8-1.989); el Pacto entre la Administración sanitaria del Estado y U.G.T. para el mismo propósito y ente (B.O.E. 18-8-1.989); el Acuerdo suscrito por las representaciones de la Administración del Estado y C.E.M.S.A.T.S.E. para el reparto del fondo previsto en la Ley de Presupuestos de 1.989 (B.O.E. 30-6-1.989); el Acuerdo firmado con el mismo objeto por la Administración del Estado y la C.S.I.F. (B.O.E. 28-6-1.989); el Acuerdo sobre condiciones de trabajo del personal funcionario de los Cuerpos Sanitarios Locales firmado por las representaciones de la Administración Sanitaria del Estado y C.E.M.S.A.T.S.E., C.C.O.O., U.G.T. y C.S.I.F. (B.O.E. 14-3-1.990); el Acuerdo suscrito por la representación de la Administración Sanitaria del Estado y C.C.O.O. y C.S.I.F. sobre diversos asuntos estatutarios del personal que presta servicios en las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social dependientes del I.N.S.A.L.U.D. (B.O.E. 8-9-1.990); y el Acuerdo con C.C.O.O., U.G.T., C.S.I.F. Y E.L.A-S.T.V. sobre el plan de trabajo de la Mesa sectorial (B.O.E. 28-7-1.990).

Los sujetos

los sindicatos más representativos a nivel estatal y de Comunidad Autónoma, así como los sindicatos que obtengan el 10 por 100, como mínimo, de los miembros de las Juntas de Personal de la Administración del Estado³³⁶.

Dos comentarios requieren estas previsiones normativas. En primer lugar, que se concede participación directa a los sindicatos más representativos de Comunidad Autónoma, a diferencia de lo que se desprende del art. 7.1 L.O.L.I.S, en el que a dichos sindicatos sólo se les concede legitimación, para actuar "en el ámbito específico de la Comunidad Autónoma". Por lo que se refiere a las consideraciones que hayan motivado la ampliación de las posibilidades de negociación de estos sindicatos, son igualmente válidas las indicadas con anterioridad en relación a la participación de estos sindicatos en la Mesa general de la Administración del Estado.

En segundo lugar, que se procede a una ampliación de las posibilidades de "irradiación" de la representatividad, pues se concede legitimación para negociar, sin necesidad de acreditar otra circunstancia, a los entes sindicales que, actuando en el ámbito correspondiente, se encuentren vinculados orgánicamente con un sindicato que haya obtenido el 10 por 100 como mínimo en la Función

³³⁶. GARCIA MURCIA, J., "Libetad..", cit., pág. 188.

Pública en el ámbito estatal³³⁷. En principio, de conformidad con lo dispuesto en la L.O.L.I.S., estos sindicatos sólo ostentarían legitimación si acreditasen el 10 por 100 como mínimo en el sector correspondiente. En efecto, los sindicatos simplemente representativos no pueden irradiar o transmitir su condición a otros sindicatos ligados a ellos por vínculos asociativos de afiliación, federación y confederación, sino que estos deben demostrar previamente el requisito porcentual de audiencia electoral exigido para poder actuar en su respectivo ámbito³³⁸. Los sindicatos simplemente representativos sólo pueden operar en el "específico ámbito territorial y funcional" en el que han obtenido la audiencia electoral mínima exigida en el art. 7.2, careciendo de la "capacidad representativa a todos los niveles territoriales y funcionales". Al limitar, el ámbito de representación a ese marco específico, la L.O.L.I.S elimina para estos sindicatos cualquier efecto de "irradiación". Esta constituye, precisamente, la diferencia fundamental entre la mayor y la suficiente representatividad: "mientras la primera pertenece al sindicato sin interrupción y a todos los efectos, la segunda sólo entra en el

³³⁷. En el mismo sentido, GARCIA MURCIA, J., "Libertad..", cit., pág. 188.

³³⁸. Ver, por todos, CASAS BAAMONDE, M^a. E., "Representatividad..", cit., pág. 79; GARCIA MURCIA, J., "La actividad sindical y los criterios de representatividad", R.L., núm. 16, 1.987, pág. 27; MONEREO PEREZ, J.L., "La noción de sindicato más representativo en la Ley Orgánica de Libertad Sindical", en A.A.V.V., La tutela de la libertad sindical (III Jornadas andaluzas de Derecho del Trabajo), Jerez, 1.985, pág. 49. En este sentido, la S.T.C.T. de 20 de abril de 1.988.

Los sujetos

juego en el ámbito correspondiente y para la concreta función sindical que vaya a desarrollarse"³³⁹.

La L.O.R.A.P., sin embargo, permite la irradiación de la suficiente representatividad en el estricto ámbito de la función pública estatal, al conceder legitimación directa para participar en las mesas de negociación a nivel sectorial, a los entes integrados en los sindicatos que han obtenido el 10 por 100 de audiencia electoral en esta parcela. Luego si el rasgo característico de la mayor respresentatividad es su validez en el conjunto de sectores de actividad y ámbitos territoriales, habría que hablar de dos clases de sindicatos más representativos, uno para el conjunto de sectores de actividad, incluido el de funcionarios y otro para el conjunto de sectores de la Administración del Estado, ya que ambos transmiten su condición a los entes afiliados a ellos que actúan en los diferentes sectores de la esfera estatal.

Con ello el legislador quiere garantizar la presencia de los sindicatos que integran a todo el personal al servicio de la Administración del Estado en la negociaciones a nivel sectorial, que asegure, a su vez, la presencia, en cada concreto sector, de

³³⁹. GARCIA MURCIA, J., "La actividad sindical y los criterios de representatividad", R.L., núm. 16, 1.987, pág. 27.

Los sujetos

los intereses generales de los funcionarios estatales. Como hemos visto, los sindicatos que actúan en el específico ámbito de la Función Pública no pueden adquirir la condición de más representativos stricto sensu, salvo si están adscritos a una Confederación sindical más representativa a nivel estatal o autonómico. En consecuencia, mientras los sindicatos funcionariales integrados en tales Conferaciones sindicales, ostentarían automáticamente la legitimación negocial con independencia de su nivel de representatividad sindical en el correspondiente sector. En cambio, los sindicatos funcionariales independientes accederían a la Mesa general siempre y cuando obtuvieran como mínimo el 10 por 100 de las representaciones electivas del referido ámbito. Estas consecuencias del sistema de representatividad sindical, comunes a los sectores laboral y funcionarial, son, no obstante, más graves en este último. En una evaluación global de este sistema debe tenerse en cuenta lo siguiente: por un lado, que existen importantes diferencias en los intereses profesionales de los trabajadores y de los funcionarios; por otro lado, que las divergencias en la regulación de las representaciones unitarias y reglas electorales en el sector laboral y en la Función Pública, dan como resultado que en este último sea más difícil alcanzar la suficiente representatividad.

Probablemente, han sido estas las objeciones tomadas en

Los sujetos

consideración por el legislador al reconocer legitimación negocial a las organizaciones sindicales más representativas en el conjunto de la Función Pública estatal.

B) En las Mesas sectoriales de negociación, junto a los anteriores, podrán participar también los sindicatos "que hayan obtenido en el correspondiente sector el 10 por 100 o más de los representantes en las elecciones para Delegados y Juntas de Personal". Se produce aquí una aplicación específica de la regla del art. 7.2 de la L.O.L.I.S, pues se concede legitimación a los sindicatos que acrediten el 10 por 100 como mínimo en el ámbito territorial y funcional en el que se desarrolle la negociación³⁴⁰.

Estos sindicatos, a diferencia de los anteriores, han de acreditar expresamente su representatividad dentro del sector al que se refiera la negociación. Ello obliga a delimitar con precisión el ámbito territorial y funcional en el que ha de efectuarse la medida de la representatividad. Al tener que coincidir con el ámbito territorial y funcional de la Mesa sectorial correspondiente, valen aquí las consideraciones que antes hicimos sobre este último³⁴¹.

³⁴⁰. GARCIA MURCIA, J.M., "Libertad..", cit., pág. 188.

³⁴¹. Un problema se plantea en relación con los sindicatos de cuadros. A este respecto, la S.T.C.T. de 7 de marzo de 1.988 deniega el derecho del sindicato de A.T.S. a participar en la mesa negociadora del I.N.S.A.L.U.D., pero no porque su ámbito de representación sea inferior al de ésta, sino porque no alcanza los niveles de

3.1.2. La valoración de la representatividad como criterio de selección de la legitimación negocial a nivel sectorial.

65. Los criterios de selección de la legitimación negocial son, como el ámbito de la Administración del Estado, la mayor representatividad por irradiación y la suficiente representatividad.

66. La mayor representatividad por irradiación también confiere la legitimación directa y automática para participar en las negociaciones a nivel sectorial. Por consiguiente, deben entenderse reproducidas aquí las observaciones que anteriormente se han hecho sobre el fenómeno de la irradiación de la mayor representatividad en la Administración del Estado. A lo que habría que añadir, que los sindicatos simplemente representativos en el conjunto de la Función Pública también irradian su representatividad, por lo que las organizaciones sindicales de mayor base territorial y funcional se encuentran en una mejor posición de partida que los sindicatos sectoriales.

67. En una valoración global de la suficiente representatividad como criterio de selección de los sindicatos legitimados para negociar en las Mesas Sectoriales debe tenerse en

representatividad exigidos en la L.O.L.I.S.

cuenta la regulación de las representaciones unitarias en los sectores de la Administración del Estado y del proceso electoral.

68. Con respecto al primer núcleo temático -la regulación de las representaciones unitarias-, la cuestión consiste en dilucidar si el legislador ha ordenado una regulación de la estructura orgánica de las Juntas de Personal acorde con la legitimación para negociar a nivel sectorial. Es decir, si existe una identidad entre los intereses seccionales que tienen una protección específica a través de Mesas sectoriales y órganos unitarios, porque de no ser así difícilmente los sindicatos sectoriales podrían alcanzar la legitimación negocial. Se trata, en definitiva, de determinar si existe una concordancia entre el Capítulo II y el Capítulo III y ello hasta qué punto.

A efectos expositivos, vamos a distinguir entre las unidades de negociación de establecimiento legal, por un lado, y las unidades de negociación producto de la autonomía colectiva, por otro, en tanto que el tratamiento normativo es distinto para cada una de ellas.

En relación con las primeras hay que indicar que todos los colectivos sectoriales que han sido considerados con entidad suficiente para disfrutar de un nivel de negociación específico,

Los sujetos

disponen de estructuras de representación unitaria propias y exclusivas. De este modo, los sindicatos sectoriales no van a encontrar más dificultades que las comunes a la generalidad de los sindicatos para acceder a la composición de las Juntas de Personal y obtener, por esta vía, la legitimación para negociar en representación de estos funcionarios.

La única excepción a este respecto se dá en el caso del personal al servicio de la Administración de la Seguridad Social. En este caso no existe una correspondencia exacta entre las estructura orgánica de las Juntas de Personal y de la Mesa Sectorial³⁴². Ello va a representar para los sindicatos con base afiliativa de exclusiva extracción en el grupo de funcionarios de la Administración de la Seguridad Social mayores dificultades a la hora de alcanzar la legitimación negocial, pues deben alcanzar el 10 por 100 de unas representaciones que en su mayoría vienen referidas a la generalidad de funcionarios.

La falta de coincidencia deriva del hecho de que la Mesa sectorial no figuraba en la versión original de la L.O.R.A.P., sino que fué introducida por la ley 7/1.990, cuyo origen se encuentra,

³⁴². En efecto, aunque, a nivel central, los funcionarios de cada una de las Entidades Gestoras y Servicios comunes de la Administración de la Seguridad Social constituyen una unidad electoral; a nivel provincial, en cambio, se integran con el resto de funcionarios de la Administración del Estado, de los Organismos Autónomos y funcionarios civiles de la Administración Militar, para formar una única unidad electoral.

Los sujetos

como sabemos, en el Acuerdo sobre el derecho de negociación suscrito por el Gobierno y los sindicatos más representativos a nivel estatal. De este modo, como estos últimos tienen garantizada en todo caso su presencia en esta Mesa sectorial no han tenido ningún interés en adaptar la configuración de los órganos unitarios a la nueva estructura negocial, a fin de facilitar la entrada de los sindicatos sectoriales. Sin embargo, este desajuste debía haberse corregido en el proceso de elaboración parlamentaria. Ciertamente, aun cuando la Mesa general, haciendo uso de la facultad prevista en el art. 7.4 de la L.O.R.A.P., podrá llevar a cabo dicha modificación, lo debería haber hecho directamente la ley, sin condicionarlo a una ulterior decisión de la citada mesa.

En cuanto a las Mesas de establecimiento autónomo, hay que indicar que, aunque la práctica totalidad de los sectores funcionariales que cuentan con órganos de representación unitaria disponen por voluntad del legislador de Mesas sectoriales, de forma que, de ejercitarse por los miembros de la Mesa general la facultad prevista en el art. 37 de la L.O.R.A.P., lo será en relación con sectores funcionariales que no tienen una protección específica a través de Juntas de Personal, tales negociaciones también podrán ser llevadas a cabo por sindicatos específicos del sector. En efecto, como sabemos la lista de unidades electorales establecidas legalmente es abierta y no cerrada, de forma que la Mesa General

puede crear nuevas estructuras de representación unitaria propias y exclusivas para los sectores funcionariales en cuestión. Es más, cabría decir que ésta está obligada a ello. Lo contrario, constituiría una práctica antisindical. Ha de tenerse en cuenta, en este sentido, que el régimen electoral en la Función Pública ya de por sí produce algunas distorsiones en la apreciación de la representatividad real de los sindicatos, sobre todo en relación a los sindicatos sectoriales, quienes por ello encuentran mayores dificultades para alcanzar la legitimación negocial.

69. En cuanto a las reglas electorales, hay que decir que la identidad de la regulación del proceso electoral determina que la suficiente representatividad como criterio de selección de la legitimación negocial a nivel sectorial adolezca de los mismos defectos e inconvenientes que en el ámbito de la Administración del Estado. Así, en primer lugar, las mayores facilidades que los sindicatos más representativos y simplemente representativos en el conjunto de la Función Pública estatal tienen en el desarrollo del proceso electoral, puede inducir parcialmente el voto de los funcionarios hacia estos sindicatos. En segundo lugar, la gran extensión de las unidades electorales da como resultado que aquí también sea necesario obtener una gran número de votos para que la candidatura obtenga la atribución de representantes y, a la postre, para alcanzar los umbrales de representatividad dispuestos en la

ley.

3.2. La representación pública.

70. En cuanto a las Mesas sectoriales, la respuesta parte de una mayor oscuridad. Ello no obstante, estas mesas de negociación parecen tener como parte administrativa al Ministro correspondiente³⁴³. En efecto, estos Ministros son competentes para elaborar y preparar los Proyectos de Ley y Decretos y para dictar reglamentos en las materias propias de su Departamento (art. 14.2 y 3 L.R.J.A.E.). Sin embargo, el Ministro para las A.A.P.P., como se ha visto, tiene esta competencia jerárquica en materia de organización y personal en relación a todos los funcionarios públicos incluidos en el ámbito de aplicación de la L.M.R.F.P. En este sentido, el art. 3.2 del Decreto 2.169/1.984, le asigna la competencia para proponer al Gobierno los proyectos de normas específicas sobre personal docente, e investigador, sanitario, servicios postales y del destinado en el extranjero, en una palabra, colectivos de funcionarios que coinciden casi plenamente con la determinación que para las mesas sectoriales se ha visto. En vista de todo ello, cabría entender que la parte contratante a nivel sectorial será también el Ministro para las A.A.P.P.

³⁴³. OJEDA AVILES, A., "Los derechos..", cit., pág. 21.

Los sujetos

El anterior argumento, sin embargo, no parece correcto. A este respecto, conviene notar que el art. 3.2 del R.D. 2.169/1.984 constituye un desarrollo reglamentario del art. 4.2.a) de la L.M.R.F.P., donde se indica claramente que la propuesta al Gobierno de los proyectos normativos en materia funcionarial corresponde al Ministro para las Administraciones Públicas, pero "cuando se trate de proyectos normativos sujetos a un régimen singular o especial la propuesta será a iniciativa del Ministro correspondiente". Así, el Ministro para las A.A.P.P. es, por su condición de máximo órgano de desarrollo y ejecución en materia funcionarial, el intermediario entre el Gobierno y el Ministro correspondiente, a quien le corresponde elaborar y preparar los proyectos normativos relativos a los funcionarios sujetos a un régimen especial que estén adscritos a su Departamento.

Así pues, se puede concluir que el Ministro para las A.A.P.P. representa a la Administración del Estado en las negociaciones generales y los Ministros del ramo correspondiente en las negociaciones sectoriales³⁴⁴.

71. La identificación del Ministro que ha de negociar no

³⁴⁴. Así por ejemplo, el Acuerdo sobre condiciones de trabajo del personal funcionario de los Cuerpos Sanitarios Locales es firmado por la Administración Sanitaria, con el visto bueno de Ministro de Sanidad y Consumo, por el Director general del I.N.S.A.L.U.D., el Director General de Recursos Humanos, Suministros e Instalaciones. Hay que subrayar el hecho de que los Pactos y Acuerdos no precisan los órganos que los suscriben por parte de la Administración.

Los sujetos

plantea problema alguno cuando la Mesa sectorial abarca funcionarios adscritos a un mismo Departamento ministerial. Este es el caso de las Mesas sectoriales previstas para los siguientes colectivos. 1º) Personal docente en los centros públicos no universitarios al servicio de la Administración del Estado (Ministro de Educación y Ciencia); 2º) Personal de los Servicios de Correos, telégrafos y Caja Postal de Ahorros (Ministro de Transporte, Turismo y Telecomunicaciones); 3º) Personal estatutario al servicio de las Instituciones Sanitarias (Ministro de Sanidad y Consumo); 4º) Personal al servicio de la Administración de Justicia (Ministro de Justicia); y 5º) Personal funcionario de las Universidades (Ministro de Educación y Ciencia).

Los problemas pueden surgir si la Mesa sectorial comprende colectivos funcionariales adscritos a distintos Departamentos Ministeriales. Así, ocurre con la Mesa sectorial prevista para el personal de la Administración Central e Institucional y de las Entidades Gestoras de la Seguridad Social. En efecto, esta Mesa sectorial comprende colectivos funcionariales al servicio de Entidades Gestoras y Organismos Autónomos adscritos al Ministerio de Sanidad y Consumo, al Ministerio de Asuntos Sociales y al Ministerio de Trabajo y de la Seguridad Social. De esta forma, surge el problema de determinar qué titular de todos estos Departamentos es la parte contratante en estas negociaciones. En

este caso, hay que entender que la competencias para negociar por parte de la Administración del Estado corresponde a todos ellos, que deberán ejercitarla conjuntamente.

II. COMUNIDADES AUTONOMAS.

1. La representación funcional.

72. De acuerdo con el art. 30 de la L.O.R.A.P., en las Mesas generales de negociación de las C.C.A.A. podrán participar las siguientes organizaciones sindicales³⁴⁵:

1º) En primer lugar, los sindicatos más representativos a nivel estatal y de Comunidad Autónoma. Ambos sindicatos cuentan con legitimación directa y automática, porque la mayor representatividad a nivel estatal y de Comunidad se considera título suficiente para participar en las negociaciones que se desarrollen en el seno de la función pública autonómica.

³⁴⁵. Los instrumentos negociales autonómicos, como regla general, no suelen precisar la identidad de las organizaciones sindicales que los suscriben; a lo sumo, señalan que han sido negociados en el seno de la Mesa general de negociación correspondiente, pero sin señalar cuál era su composición. Excepcionalmente, encontramos algunos instrumentos negociales generales que sí lo señalan. Así, por ejemplo, el Acuerdo suscrito entre los representantes de la Junta de Extremadura y de las Centrales Sindicales C.S.I.F., F.S.P.-U.G.T. (D.O. 12-1-1.989); el Acuerdo entre las Organizaciones Sindicales y la Administración de la Diputación Regional de Cantabria para mejora de las condiciones socioeconómicas y de participación suscrito, del lado sindical, por C.C.O.O., C.S.I.F. y U.G.T. (B.O. 11-6-1.990); el Acuerdo entre las Organizaciones Sindicales y la Administración de la Diputación Regional de Cantabria para la mejora de las condiciones socioeconómicas y de participación suscrito por las mismas organizaciones sindicales que el anterior (B.O. 24-5-1.991).

Los sujetos

Ahora bien, no está de más subrayar, a este respecto, que el grado de representatividad exigido al sindicato de ámbito autonómico para alcanzar a este nivel la mayor representatividad y, con ello, la legitimación *ope legis* para negociar en la Mesa general de su respectiva Comunidad es mayor que el exigido al sindicato estatal. En efecto, el porcentaje de audiencia electoral se eleva del 10 al 15 por 100 y, además, ha de suponer, al menos, 1.500 representantes.

El Tribunal Constitucional justifica la diferencia de porcentaje porque la ley atribuye a los sindicatos más representativos a nivel de Comunidad Autónoma "no sólo las mismas prerrogativas que a los de nivel estatal en el ámbito específico de la respectiva Comunidad sino también la capacidad para ostentar representación institucional ante las Administraciones Públicas u otras Entidades u Organismos de carácter estatal. Por ello, afirma que "no es irrazonable exigir de los sindicatos más representativos a nivel de Comunidad Autónoma unas condiciones adicionales que garanticen su relevancia no solamente en el interior de la respectiva Comunidad, sino también en relación con el conjunto nacional y que eviten al mismo tiempo las distorsiones que resultarían de la atribución de los mismos derechos a sindicatos de distinta implantación territorial y que representen a un número distinto de trabajadores, según la población laboral de las

respectivas Comunidades Autónomas".

El argumento, en principio, es difícilmente reprochable³⁴⁶. Pero pierde su consistencia respecto del resto de funciones que el art. 7.1 L.O.L.I.S. atribuye a los sindicatos más representativos a nivel de Comunidad y, muy especialmente, de la legitimación para participar en los procedimientos de consulta y negociación. Ello no obstante, la opción legal no supone para los sindicatos específicos de Comunidad Autónoma unas consecuencias tan gravosas como pudiera parecer. Como veremos, de acuerdo con los arts. 7.2 y 30 de la L.O.L.I.S. y L.O.R.A.P., respectivamente, esta última función puede ser desempeñada por los sindicatos que en el ámbito específico de la Función Pública de la Comunidad correspondiente acrediten una representatividad del 10 por 100. Así, al sindicato de Comunidad Autónoma para poder actuar en la Mesa General de la respectiva Comunidad le bastará con los requisitos del art. 7.2 de la L.O.L.I.S. La diferencia consistiría en que este sindicato, al carecer de una implantación generalizada en el conjunto de sectores de actividad dentro de la Comunidad, no irradiaría su condición a los sindicatos vinculados a él por afiliación, federación o confederación. Sin embargo, como veremos, del ámbito estricto de la función pública autonómica también se irradia la representatividad

³⁴⁶ Vid. CASAS BAAMONDE, M^a. E., "Sindicatos..", cit., págs. 211 y ss; GARCIA MURCIA, J., Organizaciones..., cit., pág. 125.

Los sujetos

puesto que los sindicatos que obtengan al menos el 10 por 100 de audiencia electoral en esa parcela, quedan automáticamente legitimados para participar en las mesas de negociación y en las consultas a nivel sectorial.

Por lo que respecta a la instancia sindical legitimada concreta que ha de formar parte de la mesa negociadora, así como los requisitos que ésta ha de cumplimentar sirven, igualmente, las consideraciones formuladas en relación a la legitimación de los sindicatos más representativos para participar en la Mesa general de la Administración del Estado. Así, la legitimación corresponde a los sindicatos que, actuando en el ámbito de la Función Pública autonómica correspondiente, se encuentren vinculados orgánicamente con los sindicatos más representativos a nivel estatal y de Comunidad Autónoma.

2º) En segundo lugar, también podrán participar los sindicatos que acrediten expresamente "el 10 por 100 o más de los representantes en las elecciones para Delegados y Juntas de Personal". En este caso es claro que la exigencia del 10 por 100 de audiencia electoral recogida en el art. 30 de la L.O.R.A.P. debe ceñirse ahora al ámbito funcional de la Comunidad, según se

desprende del art. 7.2 L.O.L.I.S.³⁴⁷.

73. Finalmente, cabe plantearse si también tendrían derecho a participar en estas mesas de negociación los sindicatos que acreditaran ese 10 por 100 en el conjunto de la Función Pública estatal y que, sin embargo, no lo alcanzarán entre los funcionarios de la Comunidad Autónoma. La respuesta en este caso ha de ser negativa, pues, aparte de que la L.O.R.A.P. no contempla esta posibilidad, es claro que en este caso no se dan los presupuestos para que juegue el mecanismo de la irradiación sindical. En virtud de la irradiación las organizaciones sindicales más representativas transmiten su condición a las organizaciones sindicales inferiores que la integran, de forma que la mayor representatividad fluye del vértice a la base como si de una pirámide se tratara. Sin embargo, no hay que olvidar que la organización sindical más representativa, precisamente, goza de tal condición porque la suma de los representantes unitarios conseguidos por cada uno de los sindicatos que la integran alcanza el porcentaje exigido por la ley. De este modo, la irradiación opera en ambas direcciones, puesto que también el sindicato inferior transmite, en su ámbito, su cualidad de más representativo al superior al que está afiliado, federado o

³⁴⁷. En este sentido, conviene notar que el párrafo segundo del art. 40 de la L.O.R.A.P., después de reconocer la posibilidad de que las C.C.A.A. creen órganos colegiados para la participación de las organizaciones sindicales similares al C.S.F.P., reconoce la legitimación en estos órganos a los mismos sindicatos que tienen derecho a participar en este último de acuerdo con el art. 39 L.O.R.A.P., pero matizando que "la audiencia a que se refiere el número 2 de dicho artículo se entenderá referida al ámbito territorial de las Comunidades Autónomas".

confederado³⁴⁸. Aquí, en cambio, la comunicación de la representatividad no llevaría consigo esa doble corriente de doble signo entre los sindicalismos de ambos ámbitos, sino más bien la entrada automática de los sindicatos con implantación en el ámbito general de la Función Pública estatal en el ámbito de las Comunidades Autónomas, habida cuenta que las representaciones unitarias de los funcionarios autonómicos no entran en el cómputo de aquella audiencia electoral.

74. Tan sólo tendría justificación reconocer legitimación directa al sindicato que acreditase ese 10 por 100 en el conjunto de la Función Pública, pues en este caso los miembros de las Juntas de Personal de las C.C.A.A. sí entran dentro del cómputo de la audiencia electoral y, por tanto, de la medida de la representatividad. Pero ni tan siquiera en este caso es posible la comunicación de la representatividad. En efecto, el legislador no ha configurado dos clases de sindicatos más representativos, uno para el sector funcionarial y otro para el resto, sino que ha optado por la consideración conjunta de los sectores laboral y funcionarial en el cómputo de la audiencia electoral y, por tanto, de la medida de la mayor representatividad. De este modo, los

³⁴⁸. Así, la S.T.C.T. de 4 de diciembre de 1.985 afirma que la mayor representatividad tiene "la doble dirección o irradiación, no sólo la de conferir al ente inferior la "mayor representatividad" derivada de su incorporación sino el inverso o recíproco de trasladar al ente superior {...} la representatividad alcanzada dentro de su concreto ámbito de actuación del incorporado".

Los sujetos

sindicatos que limiten su campo de acción a la Función Pública de ningún modo podrán adquirir la condición de más representativo. Por ello, esos sindicatos no podrán actuar en todas y cada una de las Administraciones Públicas, y no podrán actuar en concreto en las C.C.A.A.³⁴⁹.

No hay que olvidar, en fin, y como un nuevo dato en contra de aquella comunicación que el art. 39 de la L.O.R.A.P. claramente niega el derecho a participar en los órganos colegiados creados por las C.C.A.A. para la participación de las organizaciones sindicales a los sindicatos que, alcanzando el 10 por 100 en el conjunto de la Función Pública, no acrediten este grado de representatividad en la respectiva Comunidad Autónoma³⁵⁰.

No hay que olvidar, finalmente, que la base representable por

³⁴⁹. El legislador sólo contempla la irradiación de la representatividad acreditada en el conjunto de la Función Pública a efectos de participar en los órganos encargados del seguimiento del proceso electoral. En efecto, los sindicatos simplemente representativos en esta parcela tienen derecho a estar presentes, por el hecho de estarlo previamente en el C.S.F.P., en las Juntas Electorales de Zonal, Juntas Electorales de Comunidad Autónoma y en la Junta Electoral General. Por otra parte, aunque el legislador amplía las posibilidades de "irradiación" de la representatividad a efectos de participar en los procedimientos de consulta y negociación, ello lo circunscribe al estricto ámbito de la función pública estatal.

³⁵⁰. En este mismo sentido, GARCIA MURCIA, J., "Libertad..", cit., pág. 185, niega la participación en los órganos colegiados de las Comunidades Autónomas de los sindicatos que acreditan el 10 por 100 en el conjunto de la Función Pública y que, sin embargo, no lo alcanzan en su respectiva Comunidad Autónoma. La L.O.R.A.P. sólo concede la irradiación de representatividad a los sindicatos que alcancen el 10 por 100 de las representaciones unitarias del conjunto de la Función Pública a efectos de participar en los órganos electorales. En efecto, estos sindicatos ostentan derecho a participar no sólo en la Junta Electoral General, sino también en las Juntas Electorales de Zona y en las Juntas Electorales de C.C.A.A., con independencia del nivel de audiencia electoral que acrediten en tales ámbitos.

Los sujetos

la Mesa general de algunas C.C.A.A. también puede incluir al funcionariado de las E.E.L.L. ubicadas en el territorio de la respectiva Comunidad Autónoma. Parece que en este caso la medida de la suficiente representatividad deberá extenderse al conjunto de las representaciones unitarias de los funcionarios autonómicos y locales. Esta es la única solución que permite a estos últimos materializar un derecho a intervenir en la determinación de sus condiciones de trabajo.

75. Por lo demás, la mayor y suficiente representatividad como criterio de selección de los sindicatos negociadores presenta las mismas deficiencias e inconvenientes que en la Administración del Estado, por lo que valen aquí las consideraciones que allí hicimos.

76. En las Mesas Sectoriales de las C.C.A.A. podrán participar los sindicatos presentes en la Mesa general, esto es, los sindicatos más representativos a nivel estatal y de C.C.A.A., así como los simplemente representativos en el conjunto de la Función Pública de la Comunidad correspondiente. Todos ellos cuentan con legitimación directa y automática. También podrán participar aquellos sindicatos que acrediten el 10 por 100 de representatividad en el ámbito territorial y funcional en el que se desarrolle la negociación.

2. La representación pública.

77. La cuestión relativa al órgano competente para formar parte de la Mesa general de las C.C.A.A. plantea idéntica problemática a la señalada en relación a la esfera estatal. El planteamiento defendido respecto a esta última es trasladable al ámbito autonómico. Ello supone el reconocimiento de la condición de parte de los Pactos y Acuerdos al titular del Departamento paralelo al Ministerio para las Administraciones Públicas en el ámbito autonómico y no al Consejo de Gobierno. A este último le corresponde determinar las instrucciones a que deberán atenerse sus representantes, fijar la fecha de inicio de la negociación y las materias a negociar, y aprobar, expresa y formalmente, los Acuerdos negociados por éstos (art. 37.1 de la L.O.R.A.P.).

Pero la competencia material para proceder a la consulta y negociación con los sindicatos corresponde al titular del órgano departamental de la Administración Pública³⁵¹. Y ello por las siguientes razones:

En primer lugar, porque las diferentes leyes de la Función Pública aprobadas por las Asambleas legislativas le atribuyen el

³⁵¹. Los instrumentos negociales autonómicos, a la hora de identificar la representación estatal, son más imprecisos todavía que los estatales, limitándose a señalar que son suscritos por representantes de la Administración de la C.C.A.A. correspondiente.

Los sujetos

desarrollo general, la coordinación y el control de la ejecución de la política en materia de personal , así como la competencia para elaborar y proponer al órgano ejecutivo de gobierno de la C.A. los proyectos normativos en materia de personal. De ahí su competencia para consultar a los sindicatos y negociar con ellos los Acuerdos que deban ser sometidos a la aprobación del Consejo de Gobierno.

En segundo lugar, porque , como se ha visto, también le corresponde la titularidad de la potestad reglamentaria en las materias propias de su Departamento.

III. ENTIDADES LOCALES.

1. La representación funcional.

1.1. La Instancia sindical legitimada para negociar

78. Los sujetos de naturaleza sindical tienen legitimación negocial, como hemos visto, cuando se den los dos requisitos siguientes: que el ámbito de negociación coincida o, al menos, esté comprendido dentro de su ámbito de representación; y que acrediten en el mismo los grados de representatividad legalmente exigidos.

79. Pues bien, en el ámbito local el primer requisito lo

Los sujetos

pueden cumplir tanto los sindicatos como las secciones sindicales. De este modo, las opciones serán diversas y estarán en función de la estructura de la organización sindical en dicho ámbito.

Hay que distinguir dos supuestos: 1º) Que los funcionarios locales afiliados al sindicato no constituyan secciones sindicales³⁵² ó, decidido el constituir las, lo hagan en niveles inferiores a las negociaciones general o sectoriales; 2º) Que los funcionarios hayan constituido las secciones sindicales en ámbitos coincidentes con el de las mesas general o sectoriales previstas en la L.O.R.A.P. y constituidas por la autonomía colectiva, respectivamente.

Así, mientras la legitimación para estar presente en las mesas general o sectoriales en el primer supuesto corresponde, por aplicación de los arts. 30 y 31.2 de la L.O.R.A.P., a los sindicatos; en el segundo, en cambio, tal legitimación corresponde, según dispone el art. 8.2.b) de la L.O.L.I.S., a las secciones sindicales³⁵³.

³⁵². A este respecto, hay que notar que la L.O.L.I.S. no obliga a la constitución de las secciones sindicales. Así, BORRAJO DACRUZ, E., "Delegados..", cit., pág. 1.851; ALBIOL MONTESINOS, I., El sindicato... cit., pág. 135.

³⁵³. En el mismo sentido, FERNANDEZ LOPEZ, M^a. F. y CRUZ VILLALON, J., op. cit., pág. 235. Véase la S.T.S. de 24 de julio de 1.990 donde se resuelve un recurso interpuesto por C.S.I.F. contra denegación presunta de una Diputación provincial a convocar a las reuniones de la mesa negociadora al Delegado de la sección sindical en la entidad local.

80. La disfuncionalidad entre lo dispuesto en la L.O.L.I.S. y la L.O.R.A.P. surge en orden al grado de representatividad que debe acreditar el sindicato en uno y otro supuesto. No resulta absolutamente coincidente la legitimación negocial del art. 8.2.b) de la L.O.L.I.S. y la que se reconoce en el art. 31.2 de la L.O.R.A.P.³⁵⁴.

De acuerdo con el segundo, el sindicato debe ostentar la cualidad de más representativo por irradiación o, en su defecto, alcanzar el 10 por 100 de los representantes unitarios de la entidad local. Por su parte, el art. 8.2.b) de la L.O.L.I.S. reconoce la legitimación negocial, en primer lugar, a las secciones sindicales pertenecientes a los sindicatos más representativos a nivel estatal o autonómico³⁵⁵. En segundo lugar, también confiere legitimación negocial a las "secciones sindicales de los sindicatos..que tengan representación en los órganos de representación que se establezcan en las Administraciones Públicas". La Ley no cualifica dicha representación, es decir, no establece un porcentaje mínimo de representatividad, por lo que basta con que el

³⁵⁴. En idéntico sentido, FERNANDEZ LOPEZ, M^a. F. y CRUZ VILLALON, J., op. cit., pág. 235.

³⁵⁵. Los beneficiarios de la mayor representatividad sindical prevista en los arts. 6.2.b.) y 7.1.b de la L.O.L.I.S. son los sindicatos, y no las secciones sindicales. Sin embargo, el art. 8.2.b) de la L.O.L.I.S. con el propósito de promocionar en todos los ámbitos a las Confederaciones sindicales más representativas, consagra también el mecanismo de la mayor representatividad en favor de las secciones sindicales, quienes por esta vía alcanzarán la legitimación directa y automática para negociar en su respectivo ámbito, con independencia del grado de representatividad que acredite el sindicato de procedencia.

sindicato cuente con un miembro en la Junta de Personal o con un Delegado de Personal³⁵⁶.

Se aprecia, por consiguiente, la existencia de una diferencia en orden al grado de representatividad que el sindicato simplemente representativo ha de acreditar para negociar directamente o a través de su respectiva ramificación. En el primer supuesto, la L.O.L.I.S. le exige que alcance el 10 por 100 de los miembros de la J.P. o, en su caso, de los D.P. En el segundo, en cambio, le basta con la obtención de un representante. Aunque no se trata de una diferencia sustancial, por cuanto que los sindicatos para tener derecho a la atribución de un representante en la Junta de Personal han de obtener como mínimo el 5 por 100 de los votos en la unidad electoral correspondiente³⁵⁷, lo cierto es que la L.O.L.I.S. es más generosa³⁵⁸.

1.2. La valoración de la representatividad como criterio de selección en la esfera local.

³⁵⁶. RODRIGUEZ PIÑERO, M. y CRUZ VILLALON, J., op. cit., pág. 13. En este sentido la S.T.C.T. de 29 de abril de 1.988 señala que la L.O.L.I.S. no establece una tasa porcentual de implantación en relación con la legitimación negocial a nivel de empresa.

³⁵⁷. Así, RODRIGUEZ PIÑERO, M. y CRUZ VILLALON, J., op. cit., pág. 13.

³⁵⁸. En este sentido, FERNANDEZ LOPEZ, M^a. F. y CRUZ VILLALON, J., op. cit., pág. 235, afirman que, aunque coincidentes grosso modo los art. 8.2.b.) de la L.O.L.I.S. y 31.2 de la L.O.R.A.P., el segundo resulta más restrictivo que el primero.

81. La consecución de los umbrales de representatividad y, a la postre, de la legitimación para participar en las Mesas de negociación de las Entidades locales también tropieza con obstáculos, a veces, incluso, insalvables para los sindicatos funcionariales. Los problemas o inconvenientes son diferentes en función de la dimensión del ente local. En las Entidades locales de gran dimensión, los sindicatos encuentran las mismas dificultades que en la Administración del Estado y en las Comunidades Autónomas.

En las Entidades locales de pequeño y mediano tamaño los sindicatos pueden alcanzar más fácilmente el 10 por 100 de los representantes. En efecto, las unidades electorales son más pequeñas, lo cual significa un número de representantes proporcionalmente superior al que contarán las anteriores. Por consiguiente, los sindicatos con un menor número de votos pueden alcanzar más fácilmente la atribución de representantes y con ello los umbrales de representatividad dispuestos en la ley.

Pero también es cierto que la utilización de la audiencia electoral como criterio de selección de los sindicatos negociadores en estos entes locales presenta otros defectos o inconvenientes, que perjudican a los sindicatos funcionariales y que en muchos casos pueden distorsionar la representación de los funcionarios en la mesa negociadora. Por ello, merece la pena analizar sumariamente

las reglas electorales, con el fin de sacar a la luz los aspectos de mayor interés para la medida de la representatividad sindical en este ámbito, y de poner de relieve las lagunas o defectos más llamativos desde esa misma perspectiva.

1.2.1. La inexistencia de órganos unitarios.

82. En este sentido, conviene reparar, en primer lugar, que no todas las Entidades locales van a contar con órganos de representación unitaria. Esta circunstancia puede darse en los siguientes casos:

1º) Cuando, una vez promovidas las elecciones sindicales en todas las unidades electorales por los sindicatos legitimados, no se hayan presentado candidaturas en una determinada Entidad Local.

2º) Cuando los miembros de la Junta de Personal o, en su caso, los Delegados de Personal renuncien o sean revocados y, no pudiendo ser cubiertas las vacantes por el procedimiento de sustitución automática, los sindicatos no promuevan las elecciones parciales para cubrirlas, produciéndose, de este modo, un vacío en la representación de los funcionarios de la Entidad Local (art. 14 L.O.R.A.P.).

Los sujetos

3º) Cuando el número de funcionarios al servicio de la Entidad Local no alcance el mínimo exigido para designar, al menos, un Delegado de Personal cifrado en 10 (art. 5 L.O.R.A.P.). A este respecto, conviene notar que la disposición adicional cuarta de la ley 7/1.990 ha modificado el art. 5 de la Ley 9/1.987 al permitir la eventual ampliación de la base representativa de los delegados de personal en aquellos centros que cuenten entre seis y diez funcionarios, si así lo decidieran éstos por mayoría. Opción que supone la equiparación, en este punto, con la fórmula adoptada por el artículo 62.1 del E.T., ya en su versión de 1.980, y que resulta positiva al propiciar la implantación de estructuras representativas en las Entidades locales de reducida dimensión y al ensanchar la propia base que sirve para cuantificar la representatividad³⁵⁹.

En estos supuestos los sindicatos de funcionarios no tienen la posibilidad de verificar su representatividad y, a la postre, de alcanzar la legitimación negocial. Ello no supondrá la negación del derecho a la negociación, puesto que éste tendrá abierta la doble posibilidad derivada de la "irradiación sindical" reconocida en los arts. 8.2.b) L.O.L.I.S y 30 L.O.R.A.P. Puede ser que la irradiación de representatividad que la ley viene a conceder a los sindicatos más representativos, atribuyéndoles legitimación para intervenir en

³⁵⁹ Así, ESCUDERO RODRIGUEZ, R., "El nuevo ..", cit., pág. 101.

Los sujetos

estas mesas de negociación, se corresponda con la implantación de dichas organizaciones en el ámbito local. Pero podría suceder que estos sindicatos no tengan ninguna aceptación en el este ámbito en cuestión. La representación de los funcionarios en la mesa sufrirá así una distorsión inevitable. Por ello, es en este tipo de situaciones cuando cobra sentido las propuestas doctrinales partidarias de combinar el criterio de representatividad con otros parámetros como el de la afiliación. Más ya se ha visto que esta solución no es factible. También cabría plantearse la posibilidad de que por acuerdo entre la E.E.L.L. y el funcionariado o, incluso, por la normativa autonómica, se permitiese la designación de un Delegado de Personal para poder determinar qué sindicato ostenta la representación. Sin embargo, ello tampoco es factible porque las normas de la L.O.R.A.P. al respecto tienen el carácter de derecho necesario y, además, constituyen bases del estatuto funcional³⁶⁰. Por consiguiente, si se procediera en sentido indicado, el Delegado de Personal no entraría en el cómputo de la representatividad sindical, y el sindicato que lo hubiera obtenido no gozaría por ello de legitimación.

1.2.2. Predominio de las candidaturas independientes en la composición de los órganos unitarios.

³⁶⁰. Vid. DEL REY GUANTER, S., Comentarios..., cit., pág. 78, quien afirma que la composición numérica de las representaciones unitarias no es susceptible de variación por acuerdo entre las partes.

83. La L.O.R.A.P., al igual que el E.T., no configura un monopolio sindical en la presentación de candidaturas en las elecciones a representantes unitarios (art. 17 L.O.R.AP.). Los funcionarios públicos pueden como tales e individualmente considerados presentar candidaturas. Por tanto, es posible que los miembros de las Juntas de Personal y, en especial, los Delegados de Personal, ya que este último caso, existe un conocimiento más personal de los aspirantes y, además, se votan candidatos y no listas, sean todos independientes.

En este caso en concreto sólo resultan legitimados para negociar los sindicatos más representativos a nivel estatal o autonómico, puesto que no necesitan demostrar su representatividad en el ámbito de negociación. Los sindicatos funcionariales independientes que actúan en el específico ámbito de la Función Pública carecen, en cambio, de legitimación pues no han recibido el apoyo o confianza de los electores de la unidad correspondiente.

En consecuencia, no se garantiza la suficiencia representativa de la parte sindical negociadora en el ámbito de afectación material de las negociaciones. Por este motivo, se afirma que el modelo sindical no resulta adecuado en el ámbito de la Administración local, pues en un supuesto como el descrito no

negocian los auténticos representantes del funcionariado local³⁶¹. En este sentido, se señala que hubiera sido más correcto el reconocimiento de la legitimación en favor de las representaciones unitarias.

No obstante, aun compartiendo la crítica señalada, hay que indicar que el tenor literal de la ley es muy claro al respecto, sin que de pie a interpretar que en tales casos pueda reconocerse la legitimación a los órganos unitarios.

Por otra parte, sin descartar de modo absoluto la posibilidad de que los órganos unitarios estén compuestos exclusivamente por miembros independientes, es necesario indicar que esta situación es relativamente poco probable. Existen varios factores, cuya confluencia determina la fuerte sindicalización de los mismos.

De un lado, el hecho de que en las E.E.L.L., a diferencia de lo que sucede en la empresa, donde se da una parcial coincidencia de funciones entre las representaciones unitaria y sindical, existe un protagonismo evidente de esta última³⁶². La escasa entidad de las facultades de los órganos unitarios constituye un factor que

³⁶¹. Así, BLASCO ESTEVE, A., op. cit., pág. 2.164.

³⁶². Así, RODRIGUEZ PIÑERO, M., "La participación del personal en el empleo público", R.L., núm. 19, 1.987.

Los sujetos

fuerza, de modo indirecto, al ejercicio del derecho al voto en favor de las candidaturas sindicales, con la finalidad de seleccionar aquellos sindicatos representativos, que, en definitiva, son los únicos que disponen de poder negocial³⁶³.

De otro lado, determinados aspectos del procedimiento electoral favorecen, considerablemente, la entrada de los sindicatos en la composición de los órganos unitarios, en detrimento de las candidaturas independientes. Como elemento de acentuación de la sindicalización respecto a las restantes A.A.P.P. habría que indicar que el número de firmas requerido para la presentación de candidaturas independientes resulta más elevado en las "Unidades" de dimensiones más reducidas y muy especialmente en las E.E.L.L. de menos de 50 funcionarios³⁶⁴. Es cierto que el número de miembros a elegir es menor en estas unidades electorales en comparación con unidades electorales de mayor dimensión; a pesar de ello, el número de firmas es proporcionalmente superior en estos casos.

Finalmente, no cabe duda que el legislador, al no exigir una relación de afiliación entre el sindicato y el candidato incluido en la lista presentada por éste, favorece la captación de

³⁶³. Vid. CURZ VILLALON, J., "Juntas..", cit., pág. 89.

³⁶⁴. En este sentido, se expresa DEL REY GUANTER, S., Comentarios..., cit., pág. 141.

Los sujetos

candidatos entre el funcionariado local, sector en el que tradicionalmente el índice de afiliación ha sido bajo.

En conclusión, al convergencia de todos estos factores va a determinar la sindicalización de las estructuras de representación unitaria en el ámbito local. Por lo tanto, el problema planteado apenas si va a tener transcendencia real en la práctica.

2. La representación pública.

84. El planteamiento defendido en relación a las esferas estatal y autonómica quiebra en el ámbito local, ya que la titularidad del poder reglamentario corresponde, en exclusiva, al órgano plenario. La posibilidad de crear derechos y obligaciones, de ordenar la actividad interna de la Entidad Local es competencia exclusiva del Pleno. En consecuencia, sino existe otro órgano distinto con competencias normativas es evidente que la figura del Pacto no juega en el ámbito local.

La competencia para consultar a las organizaciones sindicales y negociar con ellos los Acuerdos que, posteriormente deberán ser elevados al Pleno para su aprobación expresa y formal, corresponde al Alcalde y al Presidente de la Diputación. En primer lugar, porque son los órganos que ostentan la representación de la

Los sujetos

Corporación frente a los demás sujetos (arts. 21.1.b) y 34.1.b.) de la L.B.R.L.); son los órganos que expresan la voluntad de la entidad local. Ahora bien, para que esa voluntad pueda válidamente manifestarse tiene que estar apoyada en el previo acuerdo del Pleno y de ahí la necesidad de que este último le dé las instrucciones. En segundo lugar, porque estos órganos ostentan la jefatura superior del Personal en sus respectivas Corporaciones, atribución que es indelegable, según los arts. 21.3 y 34.2 de la L.B.R.L.

CAPITULO IV

LA COMPOSICION DE LAS MESAS DE NEGOCIACION

1. El presente estudio tiene como objeto la problemática jurídica que plantea el régimen orgánico de la mesa negociadora. Para facilitar el seguimiento del análisis que inmediatamente abordamos, debe indicarse que se estudiará inicialmente los temas relativos al carácter paritario y al número de puestos de la mesa negociadora. A continuación, se procederá al análisis por separado de la estructura o composición de las representaciones sindical y pública.

I. EL CARACTER BIPARTITO DE LA MESA NEGOCIADORA.

2. De conformidad con lo previsto en el art. 30.1 de la L.O.R.A.P., las Mesas de negociación estarán formadas por "los representantes de la Administración Pública correspondiente y las organizaciones sindicales más representativas a nivel estatal y de Comunidad Autónoma, así como los sindicatos que hayan obtenido el 10 por 100 o más de los representantes en las elecciones para Delegados y Juntas de Personal". Por ello, y dado que la Mesa de negociación no es un órgano administrativo de carácter colegial, se puede concluir que, aunque la ley no lo diga expresamente, la mesa negociadora debe ser bipartita o dual.

3. Hay que decir que el carácter bipartito que la ley atribuye a la mesa negociadora no impone necesariamente simetría

Los sujetos

en su composición, esto es, que el número de representantes en cada parte deba ser el mismo. Y ello es así porque la voluntad de la mesa negociadora no se forma por la concurrencia de las voluntades individuales de sus miembros, sino por la coincidencia de las voluntades de cada una de las dos representaciones. Por ello, cualquiera de las partes puede intervenir a través de un número reducido de representantes, y hallarse en minoría frente a la contraparte, sin estar por ello en desventaja, porque el voto de cada lado tiene idéntico valor, con independencia del agregado de voluntades³⁶⁴. No obstante, aun cuando la simetría en su composición no constituya un requisito esencial para la validez de la constitución de la comisión, ésta será la solución normal.

II. EL NUMERO DE PUESTOS DE LA MESA NEGOCIADORA.

4. La L.O.R.A.P., con la concisión, que le caracteriza, no establece el número de puestos ni señala, como hace el E.T., un tope máximo. Por consiguiente, hay que entender que serán las partes quienes determinen el número de puestos de la mesa negociadora³⁶⁵. La naturaleza negociable de este aspecto de la

³⁶⁴. En base a esta misma argumentación OJEDA AVILES, A., Derecho., cit., pág. 692, afirma que no es necesaria la simetría en la composición de las comisiones negociadoras de los convenios colectivos. A este respecto, conviene notar que el C.S.F.P. y la C.S.P. tienen una composición asimétrica. Por consiguiente, si en estos órganos colegiados, donde el voto de cada persona tiene idéntico valor, el número de representantes de cada parte es distinto, menor razón de ser tiene exigir la simetría en la mesa negociadora.

³⁶⁵. En este sentido, OJEDA AVILES, A., "Los derechos.", cit., pág. 24, señala que este tema parece solventarse por consenso entre ambas partes, lo que, a su juicio, no dejará de plantear tensiones en una mesa donde pueden muy bien estar presentes un cierto número de organizaciones.

Los sujetos

negociación está implícitamente confirmada por el legislador en mérito a las siguientes consideraciones: en primer término, porque la regulación de este aspecto de las negociaciones se encuentra dentro del ámbito de la potestad reglamentaria. La ley guarda absoluto silencio sobre el número de miembros de la mesa negociadora y, en consecuencia, se entiende que el legislador efectúa una remisión implícita al Reglamento para que regule el tema, constituyendo una excepción a la regla general según la cual la remisión debe efectuarse de modo expreso. Y ello es así, en cuanto que la reglamentación de la L.O.R.A.P. en este punto es técnicamente necesaria para su aplicación práctica.

En segundo lugar, porque esta materia afecta "al ámbito de relaciones de los funcionarios públicos y sus organizaciones sindicales con la Administración" (art. 32.k) L.O.R.A.P.), y, por tanto, es negociable.

Por consiguiente, dada la naturaleza negociable de esta cuestión, son los agentes negociadores quienes fijarán el número de puestos de la mesa negociadora, sin que la Administración pueda establecerlo unilateralmente a través de un reglamento o imponer su voluntad a los sindicatos negociadores, dado el carácter obligatorio de la negociación.

Se trata, por tanto, de una solución paralela a la arbitrada por el E.T. Sin embargo, existe una diferencia entre los sistemas de negociación colectiva laboral y funcionarial, ya que el E.T. sí

establece un tope máximo de miembros para la comisión negociadora, que difiere según el ámbito del convenio colectivo³⁶⁶. Esta solución presenta mayores ventajas al permitir una mayor variabilidad, y consiguientemente, al adaptabilidad a la composición de la mesa negociadora en función de las necesidades reales según los casos.

5. Las partes negociadoras, a la hora de establecer el número de puestos, han de tener en cuenta las siguientes consideraciones:

En primer lugar, que la simetría en la composición de la mesa negociadora no constituye un requisito esencial para la validez de su constitución.

En segundo lugar, que todos los sindicatos que cumplen las exigencias legitimadoras de acuerdo con las reglas antes estudiadas tienen derecho a formar parte de la mesa negociadora. Por lo tanto, al fijar el número concreto de representantes sindical, se ha de garantizar la presencia de todos ellos. Es decir, no caben restricciones al derecho de negociación de alguno o algunos de ellos por la vía indirecta de establecer un reducido número de

³⁶⁶: Si éste es supraempresarial el número de representantes de cada parte no puede exceder de 15; si se trata de un convenio empresarial el tope es de 12. La S.T.C.T. de 6 de abril de 1.988 señala que el número de puestos fijado por el art. 88 del E.T. es sólo un número máximo, pudiendo ser inferior.

Los sujetos

miembros³⁶⁷.

En tercer lugar, que para un ágil y buen funcionamiento de la mesa negociadora es conveniente establecer un número de miembros no muy elevado

6. Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, las partes podrían recurrir vía analógica, art. 4.1. C.c., a los arts. 88.3 del E.T. o 7.1.d) de la L.M.R.F.P. Así, podrían asignar a cada parte hasta un máximo de 15 de representantes en las mesas negociadoras de la Administración del Estado y de las C.C.A.A. Resolución que permitiría la participación de todos los sindicatos legitimados, en tanto que la suma de éstos difícilmente rebasará el número de 10, dado el índice de representatividad requerido para gozar de legitimación negocial. Y de 12 en las mesas de las Entidades locales por la similitud que éstas guardan con la empresa como unidad de negociación.

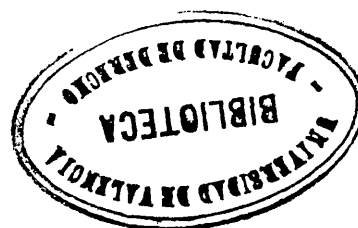
Otra posibilidad consistiría en tomar como punto de referencia el número de puestos asignados a las organizaciones sindicales en

³⁶⁷. En este sentido, la S.T.C.O. 137/1.991, de 20 de junio, sostiene que, aunque el E.T. permite que la comisión negociadora cuente con 10 miembros, no es posible acordar este número si es con la finalidad de que los votos favorables de uno de los sindicatos legitimados sea suficiente para alcanzar el 60 por 100 requerido en el art. 89.3 E.T.

Los sujetos

el C.S.F.P. o, en su caso, en los órganos colegiados creados por las C.C.A.A. y E.E.L.L. de conformidad con lo previsto en el art. 40 de la L.O.R.A.P. Así, por ejemplo, en la Mesa General de la Administración del Estado el número de puestos sindicales podría fijarse en 15, que es, precisamente, el número de vocales designados por los sindicatos en el C.S.F.P. (art. 7.1.d) L.M.R.F.P.).

Sin embargo, este órgano es un instrumento de participación del personal laboral y funcional al servicio de las A.A.P.P. (art. 6.1 L.M.R.F.P.). De este modo, el legislador, al establecer el número de puestos sindicales en el C.S.F.P., seguramente, ha tenido en cuenta que los vocales designados por los sindicatos van a representar al conjunto global de las Administraciones Públicas. En cambio, el ámbito de representación de los sindicatos presentes en la Mesa general de la Administración del Estado se reduce al ámbito de la Función Pública estatal. La consideración conjunta de las Administraciones Públicas diferencia, netamente, el C.S.F.P. de las mesas de negociación de la esfera estatal. En base a esta disimilitud, parece más adecuada la aplicación analógica del art. 88.3 del E.T. En todo caso, la diferencia no es tan importante, reduciéndose más bien a una matización, por lo que cualquiera de ellas es aceptable.



III. LA COMPOSICION DE LA REPRESENTACION SINDICAL.

7. En general, puede decirse que existen tres importantes cuestiones en relación con la composición de la representación sindical: la primera, supuesta la concurrencia de diversas organizaciones sindicales, consiste en saber cuáles son los criterios para el reparto de los puestos; la segunda, determinar a quién corresponde la designación de los miembros concretos que, en nombre de los sindicatos negociadores, accederán a la mesa negociadora; la tercera, saber cuál es el quorum necesario para entender válidamente constituida la mesa negociadora.

1. El reparto de puestos entre las organizaciones sindicales legitimadas.

8. Para comenzar, hay que indicar que la ley omite toda referencia al sistema de distribución de los puestos sindicales entre las distintas organizaciones sindicales que tienen legitimación negocial. Ante el silencio legal, cabría plantear la posibilidad de que la autonomía colectiva pudiera suplir tal vacío normativo. Sin embargo, si la conclusión respecto al número de puestos de la mesa negociadora era afirmativa, no sucede, en cambio, lo mismo en esta ocasión. En efecto, como hemos visto, estos aspectos de la composición del órgano negociador cumplen

Los sujetos

todas y cada una de las condiciones para tener una ordenación legal al respecto.

9. Por ello, desde una perspectiva de lege ferenda, la única propuesta que cabe realizar es la de la imprescindible intervención del legislador para cubrir una laguna que puede ocasionar gravísimos conflictos de representación en los momentos previos a la iniciación de la negociación. Entre tanto se produce esta actuación legislativa, lo más adecuado será que las partes a través de acuerdos específicos para cada negociación vayan soslayando el posible impase en que quedaría la negociación, ante la imposibilidad de poder llegar a constituirse la mesa negociadora.

10. Ante las partes negociadoras, se plantean dos alternativas diferentes. La primera consiste en defender que la composición de la mesa negociadora ha de determinarse por decisión mayoritaria de los sindicatos con legitimación negocial. En este caso, el criterio para configurar la composición de la representación sindical sería decidido por la mayoría de los sindicatos, sin otra limitación que el necesario respeto del derecho a estar presente de todos los sindicatos que cuentan con legitimación negocial. De ser ésta la solución ajustada, podría ocurrir que por decisión de la mayoría, uno o varios sindicatos vieran reducido el peso porcentual respecto a su propia

Los sujetos

representación sindical.

Una segunda alternativa consiste en defender que los sindicatos, además de respetar la legitimación interviniente de todos los sindicatos con legitimación negocial, deben repartirse los puestos de acuerdo con la proporción adecuada a la representatividad acreditada por cada uno de ellos.

11. El criterio proporcional es la solución correcta. Y ello en mérito a las siguientes consideraciones:

1ª) El criterio proporcional es el más acorde con el principio de libertad sindical. Este derecho requiere el reparto proporcional para evitar las discriminaciones que resultarían de no incluir en la mesa negociadora a alguno de los sindicatos legitimados o de no hacerlo de acuerdo con su peso³⁶⁸.

2ª) En favor de la elección de la pauta de la proporcionalidad, también puede aducirse (vía analogía, art. 4 C.c.) el art.88 del E.T. y las interpretaciones que del mismo ha hecho la jurisprudencia laboral. En principio, este precepto tampoco establece un criterio legal de proporcionalidad

³⁶⁸. El criterio de proporcionalidad responde efectivamente a los intereses en juego. Se respeta con mayor claridad a las minorías, se asegura su participación, evitando que el juego de las mayorías elimine o neutralice un interés legítimo.

Los sujetos

representativa. Sin embargo, tanto la doctrina³⁶⁹ como la jurisprudencia³⁷⁰ sostienen que la distribución del número de puestos de la comisión negociadora debe realizarse en atención a la efectiva implantación de las distintas organizaciones legitimadas.

3ª) Finalmente, también puede aducirse (vía analógica, el art. 4 C.c.) el supuesto contemplado en los arts. 7.1.d) y 39 de la L.M.R.F.P. y de la L.O.R.A.P., respectivamente. De acuerdo con estos preceptos, la distribución de los diecisiete puestos del C.S.F.P. que corresponden a las organizaciones sindicales se realiza en proporción a la representatividad que acredite cada una de ellas. Por consiguiente, si en la composición de este órgano de participación del personal que "informa" sobre las cuestiones relativas al personal de las Administraciones, se ha de respetar el criterio de proporcionalidad, es lógico defender igual criterio en relación con la mesa negociadora.

Así pues, se puede concluir que el reparto debe efectuarse en atención a la implantación de las distintas organizaciones sindicales en el ámbito de la negociación. Por lo demás, el

³⁶⁹. La posición de la doctrina es unánime al respecto. Vid., por todos, ESCUDERO RODRIGUEZ, R., Los sujetos..., cit., pág. 174.

³⁷⁰. Vid. la S.T.C.O. 187/1.987, de 24 de noviembre y, entre otras muchas, las S.T.C.T. de 4 de diciembre de 1.985, de 28 de mayo de 1.986, de 6 de mayo y 5 de octubre de 1.988, y la S.T.S.J. de Andalucía de 14 de noviembre de 1.989.

criterio proporcional puede aplicarse no sólo sobre los puestos sindicales, sino también sobre el montante de votos atribuido a cada sindicato³⁷¹. Es decir, se puede repartir los puestos según la representatividad de cada uno de los sindicatos, pero también se puede acordar una distribución igual: tres puestos por cada sindicato, sin atender a su representatividad. En este último caso, el grado de representatividad acreditado por cada sindicato se pronunciará sobre el montante de votos atribuidos a cada uno de ellos.

12. El uso del criterio proporcional para el reparto de los puestos sindicales suscita una serie de cuestiones. Obliga, por una parte, a determinar el criterio que debe utilizarse para medir la representatividad de los sindicatos. Parece claro, por coherencia con la regulación de la legitimación negocial, que la implantación de los sindicatos deberá medirse en función del índice de audiencia electoral acreditado por éstos en las elecciones a D.P. y J.P.³⁷².

³⁷¹. En este mismo sentido, y en relación con la negociación colectiva estatutaria, SEMPERE NAVARRO, A., "La Ley 32/1.985 y la materia de convenios colectivos. Antecedentes y alcance de la reforma", R.L., núm. 5, 1.985, pág. 832.

³⁷². Igual conclusión mantiene la doctrina laboral respecto a los convenios colectivos. Vid. SALA FRANCO, T. y ALBIOL MONTESINOS, I., op. cit., pág. 385; RODRIGUEZ SAÑUDO, F., "La legitimación..", cit., pág. 172. Para GARCIA ORTEGA, J., "La negociación colectiva infraempresarial", A.L., núm. 22, 1.985, pág. 1.119, ha de conjugarse el criterio de la audiencia electoral con el de la afiliación.

Los sujetos

No obstante, para determinar el nivel de audiencia electoral se podrían utilizar dos indicadores distintos: bien el que suministra el número de votos obtenido por las candidaturas presentadas por los sindicatos en las elecciones a D.P. y J.P. o bien el que proporciona el número de representantes obtenidos con esos votos de acuerdo con el sistema de representación proporcional establecido en la L.O.R.A.P.

En principio, el primero garantiza con mayor precisión el reparto de los puestos en atención a la real y efectiva implantación de los distintos sindicatos, pues, como hemos visto, el régimen electoral en la función pública, produce algunas disonancias entre los resultados que se acreditan al término del proceso electoral y la composición real de las J.P. y D.P.³⁷³

Sin embargo, teniendo en cuenta que, precisamente, la legitimación para negociar comienza con el criterio del número de representantes, hay que concluir que debe ser también éste el utilizable en la adjudicación de los puestos de la mesa

³⁷³. En este sentido, se ha dicho que con carácter general el porcentaje de representatividad de los sindicatos deberá efectuarse sobre los votos obtenidos por cada uno de ellos, no sobre los representantes asignados como consecuencia de tales votos. Ver OJEDA AVILES, A., "La representatividad..", cit., pág. 19.

Los sujetos

negociadora³⁷⁴. Esta es, por lo demás, la solución más coherente con el resto del ordenamiento jurídico que, salvo por lo que se refiere al número de los delegados sindicales, siempre delimita la titularidad de los derechos y garantías de acción sindical atendiendo al número de representantes unitarios obtenidos por los sindicatos. Por lo demás, la adopción del criterio de la proporcionalidad no impide el "redondeo" de los porcentajes³⁷⁵.

Por otra parte, también obliga a delimitar con precisión el ámbito en el que ha de efectuarse la medida de la representatividad. Y, a este respecto, es obvio que dicha medida ha de extenderse sobre el ámbito territorial y funcional de cada mesa de negociación. Esta matización tiene particular trascendencia en relación con las Mesas sectoriales de negociación. En este caso los puestos se han de distribuir en proporción al índice de audiencia electoral acreditado por los sindicatos en el sector correspondiente. De este modo, los sindicatos más representativos y los simplemente representativos en el conjunto de la Función

³⁷⁴. La S.T.C.T. de 7 de septiembre de 1.987 afirma que el criterio que sirve para medir la proporcionalidad en la designación del banco social en la comisión negociadora debe ser el número de representantes obtenidos y no el de los votos.

³⁷⁵. Así, lo ha precisado el T.C.T. en su sentencia de 6 de abril de 1.988 en relación con la distribución de los puestos sindicales en la comisión negociadora.

Los sujetos

Pública estatal no tienen garantizado un mayor número de puestos en tales mesas de negociación³⁷⁶. Al contrario, estos sindicatos, si no son representativos a nivel sectorial pueden quedar reducidos a meros "convidados de piedra".

14. La concurrencia en el seno de las mesas de negociación de organizaciones sindicales con un distinto porcentaje de representatividad plantea una serie de cuestiones importantes que, aunque directamente relacionadas entre si, pueden y deben ser tratadas por separado.

15. La primera de ellas es la posible exclusión de la mesa negociadora que podría darse de aplicar de forma estricta el criterio de reparto proporcional, de una organización sindical legitimada para negociar, quedando limitado su derecho a negociar a mera concurrencia en la designación de los componentes de ésta. Sin embargo, como sabemos, la ley garantiza a las organizaciones sindicales más representativas y a las simplemente representativas en el ámbito al que se refiere la negociación, la legitimación interviniente, esto es, el derecho a estar presente en todo caso en la mesa negociadora correspondiente. En consecuencia, el principio

³⁷⁶. En sentido contrario, OJEDA AVILES, A., "Los derechos..", cit., pág. 20, para quien el sindicato más representativo a nivel general que también es más representativo a nivel sectorial duplicará su presencia en la mesa negociadora sectorial.

Los sujetos

de proporcionalidad debe ceder ante esta legitimación interviniente, aunque suponga otorgar a organizaciones sindicales con distinto grado de representatividad un tratamiento idéntico.

Una excepción a la regla general podría darse en el ámbito local cuando negocien las secciones sindicales. En efecto, al ser menores las exigencias legitimadoras que prescribe el art. 8.2.b) de la L.O.L.I.S., puede suceder que el número de secciones sindicales con legitimación negocial en este ámbito resulte elevado. En principio, al no existir un tope legal máximo de puestos para la mesa negociadora, las partes pueden incrementar el número habitual de puestos a fin a garantizar la presencia de todas las opciones sindicales. Pero si el número de secciones sindicales legitimadas resulta excesivamente numeroso, lo cual puede suceder en aquellas E.E.L.L. de gran tamaño habrá que distinguir entre las secciones sindicales pertenecientes a los sindicatos incluidos en el art. 30 de la L.O.R.A.P. y las restantes. Mientras la legitimación negocial de las primeras se ha de materializar, necesariamente, con su presencia en la mesa negociadora, porque el citado precepto garantiza la legitimación interviniente del sindicato de procedencia. La legitimación negocial de las segundas, en cambio, podría quedar reducida a la mera concurrencia en la designación de los miembros de la mesa, porque la L.O.L.I.S. no les garantiza el derecho a ser parte constitutiva de las mesas de negociación. Se

Los sujetos

trataría, por lo demás de una solución similar a la propugnada por la doctrina y la jurisprudencia en torno a la legitimación negocial de las secciones sindicales. Pero, salvo supuestos excepcionales, nada autoriza en la L.O.L.I.S. a reducir la legitimación inicial a la mera concurrencia en la designación de los miembros de la mesa, retirando a las secciones sindicales toda legitimación interviniente.

16. La segunda cuestión viene dada por el reconocimiento legal de la legitimación negocial a las organizaciones sindicales con representatividad derivada de su encuadramiento en los sindicatos más representativos, lo que plantea el problema adicional de determinar el número de representantes que les corresponde en relación a los que acceden a la mesa negociadora por haber obtenido el 10 por 100 de los representantes unitarios en el ámbito de la negociación. Además, la dificultad aumenta porque los parámetros territoriales de la medida de la mayor representatividad son distintos, ya que ostentan legitimación negocial tanto los más representativos a nivel estatal como a nivel autonómico.

Pues bien, dado que la Ley les garantiza la legitimación interviniente, hay que concluir que el criterio para el reparto del número de representantes en la mesa negociadora ha de ser el de la representatividad del sindicato legitimado en el ámbito de la

Los sujetos

negociación, con el único límite de tener que garantizar al menos un puesto a los sindicatos más representativos a nivel estatal o autonómico que no pudieran disponer de ninguno de acuerdo con el criterio de reparto proporcional³⁷⁷.

2. La designación de los representantes.

17. Una vez determinado el número de representantes que corresponde a cada organización sindical en la mesa negociadora, se plantea el problema de la designación de tales representantes. En general, puede decirse que existen dos cuestiones en relación con este tema: la primera es la de conocer los términos concretos del quién y del cómo de tal designación; la segunda es la de saber quiénes pueden ser designados.

18. En relación con el primer punto, hay que decir que,

³⁷⁷. Esta es la solución que propugna la doctrina laboral en relación con la comisión negociadora de los convenios colectivos. Ver SALA FRANCO, T. y ALBIOL MONTESINOS, I., op. cit., pág. 385; RAMIREZ MARTINEZ, J. M^a., op. cit., pág. 47. A este respecto, conviene subrayar que esta solución no coincide plenamente con la arbitrada por el art. 39 de la L.O.R.A.P. en relación con la distribución de los puestos sindicales del C.S.F.P. En efecto, como se ha visto más atrás (ver supra, Tít. II), los sindicatos más representativos a nivel estatal o autonómico tienen garantizado en todo caso un puesto en el C.S.F.P. y, además, concurren con los simplemente representativos en la adjudicación de los restantes en proporción a la audiencia electoral acreditada por cada uno de ellos. De esta forma, se prima a los sindicatos más representativos, pues con el mismo grado de representatividad que los otros sindicatos siempre dispondrán de un puesto más.

Los sujetos

aunque la L.O.R.A.P. no contiene una regla similar a la prevista en el art. 88.1 del E.T., a cuyo tenor "la designación de los componentes de la comisión negociadora corresponderá a las partes negociadoras", también aquí la designación corresponde a los propios sindicatos que cuentan con legitimación negocial según los arts. 30 y 31.2 de la L.O.R.A.P. Esta afirmación descansa sobre la libertad de representación que, de conformidad con los arts. 28 y 2 de la C.E. y de la L.O.L.I.S., respectivamente, corresponde a las organizaciones sindicales.

En cuanto al órgano en concreto dentro de la estructura sindical que va a estar capacitado para tal designación, habrá que distinguir según negocien los sindicatos o las secciones sindicales. Cuando negocien los sindicatos, la designación y acreditación de los representantes sindicales corresponderá a los órganos de gobierno del sindicato. Cuando negocien las secciones sindicales, serán éstas las capacitadas en exclusiva, sin que el sindicato de procedencia pueda personarse en el proceso negociador para nombrar a los miembros que van a componer la mesa negociadora³⁷⁸.

Por lo demás, ante el silencio legal, la designación debe

³⁷⁸. Así, FERNANDEZ LOPEZ, M^a. F. y CRUZ VILLALON, J., op. cit., pág. 235.

Los sujetos

realizarse de acuerdo con el procedimiento establecido en los estatutos y reglamentos internos de la organización sindical.

El legislador tampoco establece una forma especial de designación, por lo que el tema queda remitido a lo que dispongan los estatutos y reglamentos internos.

13. Igualmente poco intervencionista es la ley en lo que se refiere a quiénes pueden ser designados. Así, los sindicatos podrán designar a cualquier persona con capacidad civil, afiliada o no a los mismos³⁷⁹. Tampoco es necesario que los designados sean funcionarios al servicio de la Administración pública afectada por las negociaciones³⁸⁰.

Una excepción se da en el supuesto de que negocie la sección

³⁷⁹. Ciertamente, si el legislador acoge un criterio amplio en relación al derecho a presentar candidaturas en las elecciones a J.P. y D.P., de forma que pueden incluir en sus listas a funcionarios que no están afiliados a ellos siendo que el criterio de selección de la legitimación negocial es, precisamente, el de la audiencia electoral, hay que entender que la relación de adhesión tampoco es un dato esencial para determinar la elegibilidad del representante en la mesa negociadora. En los mismos términos, y en relación a la negociación colectiva estatutaria, se expresa OJEDA AVILES, A., DERECHO., cit., pág. 692. Por contra, la S.T.C.T. de 29 de marzo de 1.982 señala que sólo podrán ser designados representantes de un sindicato en la comisión negociadora a "aquellas que por él fueron presentados en las correspondientes elecciones, o las que estén afiliados en ella".

³⁸⁰. Vid GARCIA BLASCO, J., op. cit., pág. 37, quien llega a igual conclusión respecto al sector laboraal.

Los sujetos

sindical, pues en este caso la designación recaerá en los Delegados Sindicales, y, precisamente, para ostentar esta condición es necesario ser a un mismo tiempo funcionario y estar afiliado al sindicato³⁸¹. En efecto, en el esquema de la L.O.L.I.S. son éstos los que asumen la representación externa de la sección sindical. Así, lo establecen expresamente al señalar que son el órgano de representación "a todos los efectos" de la sección sindical (art. 10.1 L.O.L.I.S.) e implícitamente al atribuir los derechos de sufragio activo y pasivo a los funcionarios afiliados. Por ello, aun cuando en la estructura interna de la sección sindical exista, como suele suceder, otro órgano administrativo encargado de la gestión diaria del grupo, y la puesta en práctica de las directrices acordadas por la asamblea de afiliados, serán los Delegados sindicales los encargados de representar a la sección sindical en el seno de la mesa negociadora. Todo lo anterior, en el bien entendido de que son observaciones aplicables cuando exista Delegado sindical. Cosa distinta y perfectamente lícita, es que cuando no haya Delegado Sindical, los miembros de tales órganos

³⁸¹. Vid. FERNANDEZ LOPEZ, M^a.F. y CRUZ VILLALON, J., op. cit., pág. 223 y ss. En este sentido, la S.T.C.T. de 14 de octubre de 1.987 señala "que al estar "ope legis" representadas (las secciones sindicales) por los delegados sindicales, comporta que sean éstos, con su consiguiente intervención o cometido, quienes asuman, en el plano de la subjetividad accionante todo el complejo haz de circunstancias precisas para cumplir ese objetivo, o sea, en el desempeño de la llamada "acción sindical" cuyo ámbito se recoge en el artículo 8 de dicha ley, se encuentra, entre sus funciones, a través de dichas secciones sindicales, apartado 1.a)".

Los sujetos

administrativos o cualquier funcionario pueda ser designado para negociar.

20. Una última cuestión a examinar es la referente a la aplicabilidad del art. 9.2 de la L.O.L.I.S. en el ámbito de la Función Pública. De acuerdo con este precepto, los representantes sindicales que participen en las Comisiones negociadoras de convenios colectivos, manteniendo su vinculación como trabajadores en activo en alguna empresa, tendrán derecho a la concesión de los permisos retribuidos que sean necesarios para el adecuado ejercicio de su labor como negociadores, siempre que la empresa esté afectada por la negociación. En principio, la referencia a "las comisiones negociadoras" y "los convenios colectivos" provoca la duda de su viabilidad en la negociación colectiva funcionarial. En sentido estricto, "comisiones negociadoras" y "convenios colectivos" sólo existen en el ámbito laboral; como sabemos, estos términos se han marginado en la L.O.R.A.P. en favor de los de "mesas de negociación" y de "Pactos" y "Acuerdos", respectivamente. En una interpretación literal, el art. 9.2 no parece comprender la negociación colectiva funcionarial³⁸². Ciertamente, ello de por sí no excluiría la existencia de permisos retribuidos para las labores de negociación en este ámbito. ya que, en virtud del art. 32.k) de

³⁸². En este sentido, FERNANDEZ LOPEZ, M^a. F. y CRUZ VILLALON, J., op. cit., pág. 247, señalan que la norma a que se remite el art. 9.2 es el E.T.

Los sujetos

la L.O.R.A.P., puede ser una materia de negociación e inclusión en los Acuerdos -o incluso en Pactos, si no se ha tratado en aquéllos a petición de una de las partes-. Ahora bien, mientras en el ámbito privado se genera la obligación para el empresario sin que haga falta negociarlo, puesto que la ley lo dispone, aquí, en cambio, habría que negociarlo.

En cualquier caso, y aunque, como vemos, la exclusión del art. 9.2 no es tan relevante en cuanto que es una materia susceptible de negociación, lo cierto es que el mantenimiento de una interpretación estrictamente literal nos parece un tanto forzado, y ello por dos razones. Por un lado, y con un criterio sistemático, la L.O.L.I.S. es de aplicación total y global a los funcionarios públicos, incluidos en el término "trabajadores" a que se refiere el art. 1.2 de esa ley y que menciona el propio art. 9.2. En segundo lugar, la L.O.L.I.S. es obviamente anterior a la L.O.R.A.P. cuando el derecho a la negociación colectiva funcional carecía de una mínima regulación y, por consiguiente, salvo la difusa referencia en el art. 3.2.b) de la L.M.R.F.P., se desconocían las denominaciones exactas que se iban a emplear a estos efectos en el ámbito de la Función Pública. En este sentido, "comisiones negociadoras" y "convenios colectivos" en el art. 9.2 pueden ser interpretados más exactamente como designando el género, más que a la especie, esto es, a las comisiones negociadoras y

Los sujetos

convenios colectivos del título III del E.T. Por todo ello, hay que entender que tales permisos retribuidos se extienden a la negociación colectiva que se desarrolla en el seno de "mesas de negociación"- que no de "comisiones negociadoras" y puede concluir en la firma de "Acuerdos o Pactos"- que no de "convenios colectivos"-³⁸³.

21. Aparte de la generalidad del precepto, los problemas de interpretación surgen respecto a la titularidad del derecho y las actividades cubiertas por el crédito horario.

Los titulares, como dice la ley, son "los representantes sindicales" a secas y no los cargos electivos a nivel provincial, autonómico o estatal de los sindicatos más representativos. De ello se puede deducir lo siguiente: 1º) en primer lugar, que no es necesario un grado especial de representatividad por parte del sindicato en cuyo nombre está presente el funcionario en la mesa de negociación, salvo la general exigida para que una organización sindical pueda formar parte de estas mesas³⁸⁴; 2º) en segundo lugar, que no se exige una especial condición de cargo

³⁸³. En el mismo sentido, FERNANDEZ LOPEZ, M^a.F. y CRUZ VILLALON, J., op. cit., pág. 248.

³⁸⁴. FERNANDEZ LOPEZ, M^a.F. y CRUZ VILLALON, J., op. cit., pág. 248.

Los sujetos

representativo dentro de la organización sindical, siendo suficiente que se le haya designado como miembro de la mesa negociadora³⁸⁵; en tercer lugar, que el representante sindical lo puede ser a cualquier nivel, incluidos los de ámbito provincial e incluso dentro del concepto pueden entrar los mismos delegados sindicales³⁸⁶.

El único requisito subjetivo exigido de modo expreso por el legislador para el ejercicio de este derecho es que el representante sindical sea un funcionario en activo al servicio de un Departamento u Organismo Autónomo incluido en el ámbito de aplicación de lo pactado³⁸⁷. En cambio, la ley no especifica si el representante ha de estar afiliado a la organización sindical. En principio, y de acuerdo con un criterio sistemático, la inclusión de este precepto dentro del Título IV de la L.O.L.I.S., donde se reconocen garantías y prerrogativas a tres sujetos diferentes (trabajadores afiliados, delegados sindicales y cargos electivos), pero con un rasgo común, cual es la afiliación sindical, parece

³⁸⁵. FERNANDEZ LOPEZ, M^a.F. y CRUZ VILLALON, J., op. cit., pág. 248.

³⁸⁶. RODRIGUEZ PIÑERO, M. y CRUZ VILLALON, J., "El sindicato en el empresa en la Ley Orgánica de Libertad Sindical", R.L., núm. 1, 1.987, pág. 30.

³⁸⁷. Así, FERNANDEZ LOPEZ, M^a.F. y CRUZ VILLALON, J., op. cit., pág. 247.

Los sujetos

indicar que sólo pueden incluirse entre los beneficiarios del derecho a los miembros del sindicato. Frente a ello, y como argumento en contra, debe señalarse que el art. 9.2 exige que actúen en calidad de representantes del sindicato y que dicha condición la pueden ostentar los no afiliados. Valorando conjuntamente todos estos datos, creo que habría que inclinarse más por entender que la pertenencia a la asociación sindical no es un dato esencial para ser beneficiario del derecho.

Aunque la ley no concreta en calidad de qué debe estar presente el representante sindical en las mencionadas negociaciones, parece que ha de ser miembro de la mesa negociadora con voz y voto, y no un mero colaborador o asesor³⁸⁸.

En cuanto al contenido del derecho la ley es considerablemente amplia, sin que se pueda decir que introduzca limitación temporal alguna. La finalidad del permiso retribuido será la de realizar cuantas actividades y gestiones necesarias "para que el adecuado ejercicio de su labor como negociadores". La ley se refiere no sólo a las horas dedicadas a las sesiones de la mesa negociadora, sino también a cualquier otro tipo de gestión encaminada a la

³⁸⁸. CRUZ VILLALON, J., "Reconocimiento..", cit., pág. 287, entiende que los beneficiarios de este derecho son sólo los miembros de la comisión negociadora con voz y voto.

Los sujetos

preparación y culminación del proceso negociador³⁸⁹. Además, constituye éste un crédito adicional e independiente del que podría disfrutar el funcionario, que participa en la mesa de negociación, bien por su condición de delegado sindical o bien por ser miembro de J.P. o D.P.³⁹⁰.

3. La representatividad de conjunto de los sindicatos negociadores.

22. Problemática de más peso resulta determinar si la mesa negociadora queda válidamente constituida con la presencia de las organizaciones sindicales legitimadas o si cabe exigir, además, como sucede en el sector laboral, una representatividad de conjunto.

La legitimación para negociar convenios colectivos estatutarios se estructura al estilo de un procedimiento bifásico³⁹¹. Para negociar convenios colectivos los sindicatos o secciones sindicales deben reunir por separado los requisitos de

³⁸⁹. FERNANDEZ LOPEZ, M^a. F. y CRUZ VILLALON, J., op. cit., pág. 249.

³⁹⁰. FERNANDEZ LOPEZ, M^a. F. y CRUZ VILLALON, J., op. cit., pág. 249.

³⁹¹. VALDES DAL-RE, F., "Algunas cuestiones..", cit., pág. 36.

Los sujetos

representatividad en la forma señalada legalmente. Pero esta legitimación inicial, simple o directa no es por si sola, suficiente. Es necesario que los sindicatos o secciones sindicales sean además mayoritarias, no pudiendo constituirse la comisión negociadora mientras no se cumpla esta condición³⁹². La legitimación complementaria exigida legalmente difiere según el ámbito del convenio colectivo³⁹³. Para los convenios de ámbito superior a la empresa, los sindicatos negociadores deben representar como mínimo a la mayoría absoluta de los miembros de los comités de empresa o, en su caso, de los delegados de personal (art. 88.1 E.T.)³⁹⁴. Para los convenios colectivos de empresa que afecten a la totalidad de los trabajadores de la empresa es necesario que las secciones sindicales, en su conjunto, sumen la mayoría de los miembros del comité (art. 87.1 E.T.)³⁹⁵. En el

³⁹². Ver, por todos, ESCUDERO RODRIGUEZ, R., *Los sujetos...*, cit., pág. 73; SALA FRANCO, T. y ALBIOL MONTESINOS, I., op. cit., pág. 359 y ss. Veánse, entre otras muchas, las S.S.T.C.T. de 18 de octubre de 1.988 y 29 de marzo de 1.989.

³⁹³. Ver, por todos, ESCUDERO RODRIGUEZ, R., *Los sujetos...*, cit., pág. 73; SALA FRANCO, T. y ALBIOL MONTESINOS, I., op. cit., págs. 358 y ss.

³⁹⁴. La mayoría absoluta significa el 50 por 100 y uno más de los representantes de personal, y no el 51 por 100 de dichos representantes. Así, OJEDA AVILES, A., *Derecho...*, cit., pág. 684.

³⁹⁵. ALBIOL entiende, en cambio, que el art. 87.1 del E.T. admite dos tipos de convenios colectivos según las representaciones sindicales acrediten o no la representatividad cualificada; unos,

Los sujetos

supuesto de que, efectivamente, se reúnan estas mayorías y siempre que no haya sido excluido de la comisión negociadora ninguna organización con derecho a formar parte de ella, se procede a la constitución de la comisión negociadora, siendo preciso el concurso del mencionado quorum en todo momento, esto es, tanto en la fase constitutiva como a lo largo del proceso negociador³⁹⁶. En caso contrario, la comisión negociadora adolece de vicio en su constitución y de persistir los negociadores en suscribir el convenio, éste desplegará una eficacia limitada³⁹⁷.

El E.T. no sólo ha establecido una selección cualitativa de los sindicatos a los efectos de la negociación, al exigirles una representatividad sindical singularizada, sino que también ha precisado la concurrencia de una representatividad sindical de

de eficacia personal general, y otros, de eficacia personal limitada, en SALA FRANCO, T. y ALBIOL MONTESINOS, I., op. cit., pág. 363.

³⁹⁶. ESCUDERO RODRIGUEZ, R., Los sujetos., cit., pág. 73; VALDES DAL-RE, F., "Algunas cuestiones..", cit., págs. 38 y ss, defiende, en cambio, una interpretación más flexible. PALOMEQUE LOPEZ, C., y CASAS BAAMONDE, M^a.E., "Participación de sindicatos representativos no firmantes del A.E.S., en las Comisiones establecidas por el Acuerdo", R.L., núm. 5, 1.985, pág. 798, entienden que la mayoría absoluta sólo es exigible en el momento de la apertura de las negociaciones.

³⁹⁷. Veáanse las S.S.T.C.T. de 10 de junio de 1.985, 28 de mayo, 17 y 25 de junio y 5 y 6 de septiembre de 1.986, 29 de enero de 1.987 y 18 de octubre de 1.988.

Los sujetos

conjunto para que aquéllos ostenten la condición de representantes cualificados y, de ese modo, puedan llevar a término la negociación dentro del marco de dicha norma. Estas exigencias legales van dirigidas a asegurar no sólo que los sindicatos elegidos son representativos en los momentos iniciales de la negociación, sino que esta condición se observa a lo largo de los diferentes tramos que configuran la negociación en la perspectiva de que los convenios en los que ellos sean parte alcancen la eficacia general prevista.

23. ¿Qué sucede en el ámbito de la Función Pública? La L.O.R.A.P. designa las organizaciones sindicales que van a formar parte de la mesa negociadora, pero silencia cualquier referencia a los requisitos para la válida constitución de la mesa negociadora en función de la representatividad y audiencia que aquéllas acrediten. Es decir, exige una representatividad sindical singularizada, pero no precisa, al menos, de modo expreso la concurrencia de una representatividad sindical de conjunto para la válida constitución de la mesa negociadora.

24. Ello no obstante, y dado que los Pactos y Acuerdo ostentan, al igual que los convenios colectivos, una eficacia personal general, cabe plantearse la posibilidad de aplicar vía

Los sujetos

analógica el art. 88.1 del E.T.³⁹⁸. De este modo, la mesa negociadora quedaría válidamente constituida cuando las organizaciones sindicales presentes en ella representen, como mínimo, a la mayoría absoluta de las representaciones electivas en el ámbito de la negociación de que se trate. Se trataría, por lo demás, de un requisito exigible en todo caso, aun cuando la mesa negociadora estuviese formada por sindicatos más representativos, pues el mecanismo de la irradiación sólo entra en juego a efectos de reconocer la legitimación negocial inicial³⁹⁹.

De aceptarse este planteamiento existirían varios supuestos en los que sería imposible la válida constitución de la mesa

³⁹⁸. En esta línea, CARRERA ORTIZ, C., "Naturalez...", cit., págs. 274 y 275. Este autor afirma que la negociación colectiva se instrumenta sobre la base de la representatividad sindical y ésta, a su vez, viene conectada a los resultados de un proceso de elección democrática de representantes. Y consustancial a los procesos democráticos es el principio mayoritario, de donde cabe concluir que, sin forzar el alcance de la norma y colmando una importante laguna, es loable exigir que los sindicatos firmantes del Acuerdo o Pacto representen, al menos, la mayoría absoluta de los representantes.

³⁹⁹. En este preciso sentido, y en relación con la negociación colectiva estatutaria, se mueve la jurisprudencia del T.C.T. (ver, por todas, la sentencia de 19 de noviembre de 1.987) y la doctrina mayoritaria. Vid. SALA FRANCO, T. y ALBIOL MONTESINOS, I., op. cit., pág. 361; CRUZ VILLALON, J., "Reconocimiento ..", cit., pág. 225. En cambio, RODRIGUEZ SAÑUDO, F., "La legitimación...", cit., pág. 173, afirma que la presencia de un sindicato más representativo por afiliación es suficiente para la válida constitución de la comisión negociadora.

Los sujetos

negociadora: 1º) cuando no se hubiera procedido a elegir representantes unitarios por no alcanzar el mínimo de funcionarios necesarios para designar, al menos, un Delegado de Personal, lo cual sucede en las Entidades con una plantilla inferior a diez seis funcionarios (art. 5 L.O.R.A.P.); 2º) cuando, convocadas las elecciones sindicales no se hubieran presentado candidatos, lo cual puede suceder en las Entidades Locales de mediana y pequeña dimensión; 3º) cuando todos o la mayoría de los representantes unitarios de las unidades electorales comprendidas en la unidad de negociación fueran independientes; 4º) cuando una organización sindical de máxima implantación no accediera a formar parte de la mesa negociadora, impidiendo a las restantes organizaciones sindicales comparecientes la consecución del referido porcentaje de audiencia electoral en términos absolutos.

En todos estos supuestos resultaría imposible que las organizaciones sindicales presentes en la mesa negociadora alcanzarán la mayoría de los miembros de las J.P y D.P. de las unidades electorales comprendidas en la unidad de negociación. Además, no sería posible subsanar este problema mediante la incorporación a la mesa negociadora de un sindicato carente de legitimación interviniente, porque, como se decía más arriba, esta solución contradice el tenor literal del texto legal. Tampoco sería factible, en vista de la interpretación restrictiva que el Tribunal

Los sujetos

Constitucional ha realizado en torno al art. 88.1 del E.T., que los miembros de las J.P. o D.P. elegidos en candidaturas independientes o pertenecientes a sindicatos minoritarios pudieran otorgar su representatividad a alguno de los sindicatos con legitimación básica al objeto de alcanzar así la legitimación complementaria⁴⁰⁰.

¿Qué sucedería en estos casos?. En el supuesto de que las organizaciones sindicales que forman parte de la comisión negociadora no reúnan esa mayoría, la negociación colectiva no seguirá discurriendo por el cauce estatutario y de persistir los negociadores en suscribir el convenio, éste desplegará una eficacia personal limitada⁴⁰¹. Es decir, se cierra el cauce estatutario, pero no el proceso negocial. En la Función Pública, en cambio, se cerraría totalmente el proceso negociador, ya que no caben negociaciones al margen de la L.O.R.A.P. En estos casos, la Administración recuperaría la potestad de supremacía que inicialmente había cedido y procedería a la regulación unilateral

⁴⁰⁰. Según la S.T.C.O. 12/1.983, de 22 de febrero, el art. 37 de la C.E.: "No puede quedar violado por el simple hecho de que no se admita el cómputo de las representaciones voluntarias que los llamados representantes independientes puedan hacer en favor de los sindicatos actuantes". En la misma línea, la S.T.C.T. de 29 de noviembre de 1.982.

⁴⁰¹. Ver, por todos, SALA FRANCO, T., "Los convenios colectivos extraestatutarios", en A.A.V.V., Manifestaciones de la autonomía colectiva en el ordenamiento español, A.C.A.R.L., Madrid, 1.989, págs. 51 y ss.

Los sujetos

de las condiciones de trabajo de los funcionarios (art. 37.2 L.O.R.A.P.). Esta diferencia fundamental entre los sistemas de negociación colectiva laboral y funcionarial constituye un argumento suficiente para rechazar la aplicación analógica del art. 88.1 del E.T. Ciertamente, la Administración podría proseguir las negociaciones con el o los sindicatos minoritarios, pero entonces tales negociaciones carecerían de toda eficacia⁴⁰². En efecto, no se puede confundir la intervención de la Administración en el terreno de una fuente negociada con la actuación de la misma en el ámbito de una fuente unilateral. En este último supuesto los poderes discrecionales del Gobierno no están limitados: podría aprobar o no el Acuerdo; podría modificarlo en el acto de aprobación; la no aprobación podría ser arbitraria y no tendría que ser fundamentada o motivada.

25. Otra solución consistiría en aplicar supletoriamente la regla prevista en el art. 11 de la L.P.A. para la válida constitución de los órganos colegiados. Así, el quórum para la válida formación de la mesa negociadora sería el de "la mayoría absoluta de sus componentes". En principio, esta propuesta

⁴⁰². En este sentido, CARRERA ORTIZ, C., op. cit., pág. 275, señala que si el Gobierno quiere regular las condiciones de trabajo en el sentido acordado con una representación sindical minoritaria, debe acudir -dado que dicho acuerdo sería informal y no un verdadero contrato colectivo, careciendo de eficacia jurídica- a la determinación uniteral de dichas condiciones prevista en el art. 37.2 de la L.O.R.A.P.

Los sujetos

encontraría fundamento en la naturaleza de las negociaciones. Dado que se trata de un nuevo procedimiento para la elaboración de las disposiciones administrativas en materia de personal, tiene cierta lógica la aplicación de la L.P.A. en este punto.

En sentido contrario, habría que tener en cuenta, sin embargo, las siguientes consideraciones: de un lado, que tal exigencia supondría la inviabilidad de las negociaciones en los supuestos señalados más arriba; de otro, que la mesa negociadora, a diferencia del C.S.F.P., no es un órgano colegiado, esto es, no está inserta en la estructura y organización administrativa.

26. Por consiguiente, se puede concluir que no es necesario para la válida constitución de las mesas negociadoras que los sindicatos acrediten una representatividad de conjunto, careciendo de trascendencia el abandono de la mesa negociadora por parte de alguno o algunos de los sindicatos legitimados⁴⁰³.

⁴⁰³. En este sentido, OJEDA AVILES, A., "Los derechos..", cit., pág. 21, postula la indiferencia jurídica del número de organizaciones que acudan al llamamiento y que permanezcan en la mesa negociadora durante sus avatares, aunque fundamenta esta afirmación en el hecho de que las negociaciones no son self-executing. Por su parte, ESCUDERO RODRIGUEZ, R., "Comentarios..", cit., pág. 87, entiende que el vacío legal podría suplirse por la observancia del criterio de carácter mayoritario. En este último sentido, CASAS/BAYLOS/ESCUDEO, "El Estatuto de los Trabajadores. Diez años después pervivencias, insuficiencias, desviaciones y reformas", R.L., núms. 6-7 (1.990), pág. 61, quienes afirman que la ley no requiere ningún tipo de mayoría para la validez de los acuerdos, sino el tautológico requisito de llegar a un acuerdo con

Los sujetos

27. Esta solución presenta ventajas al soslayar los inconvenientes antes indicados y, especialmente, al impedir la imposición por parte de las organizaciones sindicales minoritarias de sus tácticas negociadoras. Estas podrían utilizar su presencia en la mesa negociadora como instrumento de presión, pudiendo al límite paralizar el proceso negociador con una eventual amenaza de retirada. En consecuencia, dado que la mediación contemplada en el art. 38.1 de la L.O.R.A.P. para solucionar los conflictos que puedan surgir en el desarrollo regular de las negociaciones, es de carácter voluntario, la Administración podría valerse de las discrepancias existentes entre las organizaciones sindicales para hacer uso de la facultad que le confiere el art. 37.2 de la L.O.R.A.P.

Sin embargo, esta solución también presenta riesgos nada desdeñables, pues al ser indiferente el número de sindicatos que negocien, así como el nivel de representatividad que éstos acrediten en su conjunto, puede suceder que la Administración en concierto con uno o más sindicatos emplee técnicas dilatorias o desviacionistas con el propósito de marginar al resto de sindicatos legitimados, y concluir los Pactos y Acuerdos con aquéllos, más sumisos a sus intereses. E, incluso, puede constituir un arma de la que se sirvan los representantes de la Administración Pública para amenazar a los sindicatos y doblegar, por esta vía, su voluntad en

alguno de los sindicatos negociadores.

las negociaciones.

IV. LA COMPOSICION DE LA REPRESENTACION PUBLICA.

28. Por parte de la Administración Pública, al ser la representación unitaria se plantean menos problemas, salvo el de la determinación de las concretas personas que pueden ser designadas para representar a la Administración en las mesas de negociación. En principio, la regla general debe ser la libertad de la Administración en este terreno. La única limitación a este respecto deriva de lo dispuesto en el art. 3.2 de la L.O.L.I.S. Así, no podrán ser designados como representantes de las Administraciones Públicas en el seno de las mesas de negociación aquellos funcionarios que ostenten cargos directivos o de representación en el sindicato en el que estén afiliados. Por contra, no parece ser impedimento el estar afiliado a las organizaciones sindicales.

TITULO V

LOS PROCEDIMIENTOS DE CONSULTA Y NEGOCIACION

Indice

CAPITULO I: CUESTIONES GENERALES.

I. NATURALEZA.

1. Procedimiento de consulta.
2. Procedimiento de negociación.

II. REGIMEN JURIDICO APLICABLE.

1. Administración del Estado.

- 1.1. Procedimiento de consulta.
- 1.2. Procedimiento de negociación.
 - 1.2.1. Aplicación supletoria de la L.P.A.
 - 1.2.2. Aplicación analógica del E.T.
 - 1.2.3. Pactos y Acuerdos.

2. Comunidades Autónomas.

3. Corporaciones Locales.

III. AMBITO DE APLICACION.

1. Administración del Estado.

2. Comunidades Autónomas.

3. Corporaciones locales.

CAPITULO II: PROCEDIMIENTO DE CONSULTA.

I. ADMINISTRACION DEL ESTADO.

1. Carácter.

- 1.1. Consulta preceptiva.
- 1.2. Consulta potestativa.

2. Momento procedimental oportuno.

3. Eficacia.

II. COMUNIDADES AUTONOMAS.

III. CORPORACIONES LOCALES.

CAPITULO III: PROCEDIMIENTO DE NEGOCIACION.

I. ADMINISTRACION DEL ESTADO.

1. Iniciación.

- 1.1. Formas.
 - 1.1.1. Por decisión de la Administración.
 - A) Requisitos subjetivos.
 - a) Organó administrativo.
 - b) Sindicatos.
 - B) Requisitos objetivos.
 - C) Requisitos formales.
 - 1.1.2. Por solicitud de los sindicatos.
 - A) Requisitos subjetivos.
 - a) Sindicatos.
 - b) Organó administrativo.
 - B) Requisitos objetivos.
 - C) Requisitos formales.
 - 1.1.3. De mutuo acuerdo.

Indice

1.2. Efectos.

1.2.1. Deber de negociar.

- A) Vigencia.
- B) Causas excluyentes.
 - a) Incumplimiento de los requisitos.
 - 1º. Legales.
 - 2º. Convencionales.
 - b) Consecuencias.
 - 1º. Iniciación de oficio.
 - 2º. Iniciación a instancia de los sindicatos.
- C) Incumplimiento del deber de negociar.
 - 1º. Sindicatos.
 - 2º. Administración.

1.2.2. Otros efectos.

- A) Para los sindicatos.
- B) Para la Administración.

2. Constitución de la mesa negociadora.

2.1. Asesores, presidente y secretario.

2.2. Régimen de sesiones.

3. El deber de negociar de buena fe.

3.1. Vigencia.

3.2. Contenido.

- 3.2.1. Deber de negociación misma.
- 3.2.2. Deber de información a la contraparte.
- 3.2.3. Prohibición de violencia.

3.3. Incumplimiento de la obligación de negociar de buena fe.

- 3.3.1. Supuestos de incumplimiento.
- 3.3.2. Efectos.

4. Instrucción.

4.1. Exigibilidad.

4.2. Trámites: enunciación y análisis.

- 4.2.1. Consideraciones generales.
- 4.2.2. Audiencia a las entidades representativas e información pública.
 - A) Audiencia.
 - B) Información pública.
- 4.2.3. Informes y dictámenes.
 - A) Informe del C.S.F.P.
 - B) Informe de la C.S.P.
 - C) Aprobación de la Presidencia del Gobierno.
 - D) Autorización del Ministro de Economía y Hacienda.
 - E) Informe de la Secretaría General Técnica.
 - F) Dictamen del Consejo de Estado.

4.3. Régimen jurídico.

- 4.3.1. Sujeto.
- 4.3.2. Momento procedimental oportuno.
- 4.3.3. Eficacia.

5. Terminación.

5.1. Proceso de negociación.

Indice

- 5.1.1. Terminación normal: acuerdo entre las partes.
- 5.1.2. Terminación anormal: ruptura de las negociaciones.
 - A) Supuestos.
 - a) La no concurrencia de la representación sindical a las negociaciones.
 - b) La imposibilidad de llegar a un acuerdo.
 - c) El empleo de dolo, violencia o intimidación en las negociaciones.
 - B) Soluciones: enunciación y análisis.
 - a) Consideraciones generales.
 - b) Adecuación de la ley al Convenio nº 151 de la O.I.T.
 - c) Orden de preferencia.
 - d) La mediación.
 - 1º. Ambito objetivo.
 - 2º. Procedimiento.
 - 3º. Naturaleza y régimen jurídico.
 - e) Arbitraje de parte.
 - 1º. Fundamento.
 - 2º. Requisitos de licitud.
 - 3º. Naturaleza y contenido de la decisión administrativa.
- 5.2. Aprobación del Acuerdo por el Consejo de Ministros.
 - 5.2.1. Naturaleza del acto de aprobación.
 - A) Posiciones doctrinales.
 - a) Tesis convencional.
 - 1º. Argumentos.
 - 2º. Crítica.
 - B) Tesis reglamentaria.
 - 5.2.2. Trámite preceptivo.
 - 5.2.3. Procedimiento.
 - A) Informe de los Ministros.
 - B) Aprobación "expresa y formal".
 - 5.2.4. Desaprobación.
 - A) Carácter del acto de aprobación.
 - a) Discrecionalidad a la hora de aprobar o no el Acuerdo.
 - b) Discrecionalidad a la hora de asumir el contenido del Acuerdo.
 - B) Causas de desaprobación.
 - a) La ilegalidad del Acuerdo.
 - b) Desviación de las "instrucciones".
 - C) Soluciones.
 - a) Ilegalidad.
 - 1º. Defectos subjetivos.
 - 2º. Ilegalidad de forma.
 - 3º. Ilegalidad de fondo.
 - b) Desviación de las "instrucciones".

Indice

II. COMUNIDADES AUTONOMAS.

III. CORPORACIONES LOCALES.

CAPITULO IV : FORMALIZACION EXTERNA DE LOS PACTOS Y ACUERDOS.

I. FORMA.

1. Escrituración.

2. ¿ Es necesaria la integración de los Acuerdos en una norma reglamentaria?.

II. TRAMITES PROCEDIMENTALES DE FORMALIZACION.

1. Trámites administrativos.

2. Régimen jurídico aplicable.

3. Remisión de los Pactos y Acuerdos a la oficina pública.

3.1. Sujetos responsables de la remisión.

3.2. La oficina pública.

3.3. La actuación de la oficina pública.

3.4. Virtualidad del depósito.

4. Publicación.

CAPITULO I

CUESTIONES GENERALES

1. En el presente título se pretende explorar y analizar los procedimientos de consulta y negociación, con la doble intención de señalar los aspectos problemáticos que su aplicación plantea y ofrecer soluciones a los mismos. En síntesis, se trata de desarrollar el proceso siguiente: en primer lugar, se hace preciso determinar la naturaleza jurídica de los sistemas de consulta y negociación colectiva desde la óptica procedimental y el régimen jurídico aplicable a los mismos. Tras ello, se intentará desarrollar los procedimientos de consulta y negociación colectiva. Por último, habrá que estudiar los requisitos formales que han de cumplimentar los instrumentos negociales para su plena integración en el ordenamiento jurídico.

I. NATURALEZA.

2. El objetivo de las páginas que siguen es el de dilucidar la naturaleza de la consulta y de la negociación desde la óptica procedimental. Ha de notarse que la cuestión que se examina no es

Los procedimientos

puramente abstracta; antes bien, lleva aparejadas importantes consecuencias de régimen. Pero, antes de entrar en el fondo del asunto planteado, es conveniente traer a consideración varias premisas, las cuales coherentemente relacionadas pueden facilitar la solución:

En primer lugar, hasta la entrada en vigor de la L.O.R.A.P., la determinación o fijación de las condiciones de trabajo de los funcionarios debía canalizarse a través del procedimiento especial de elaboración de disposiciones de carácter general previsto en los arts. 129 y ss de la L.P.A. Este es el procedimiento al que debía ajustarse la actividad normativa de la Administración en su más amplio sentido, tanto al ejercer la potestad reglamentaria como al llevar a cabo una función legislativa, bien preparatoria de la de los órganos legislativos -elaboración de los proyectos de leyes- o bien función legislativa delegada -elaboración de los decretos con fuerza de ley¹.

En segundo lugar, este procedimiento es especial respecto del procedimiento común regulado en la L.P.A., pero, a su vez, es un procedimiento especial tipo. En palabras de García de Enterría "es sólo un esquema general, un esquema tipo, que no excluye la posibilidad de que otras normas y leyes distintas adicionen

¹. GONZALEZ PEREZ, J., Comentarios a la Ley de Procedimiento administrativo, Madrid, 1.989, pág. 1.124.

Los procedimientos

trámites especiales para la elaboración de disposiciones determinadas"².

En tercer lugar, este procedimiento se compone de una serie de trámites agrupables en dos bloques³: de un lado, aquellos que tienden a asegurar la "legalidad, acierto y oportunidad" de la norma; de otro, aquellos que abren cauces a la participación de los administrados en la elaboración de las normas por las que han de regirse⁴. A este último grupo pertenecen la audiencia de las entidades representativas y la información pública previstas en los párrafos 4 y 5 del art. 130 de la L.P.A.

3. Una vez precisadas estas observaciones, cabe plantearse cuál es el propósito de la L.O.R.A.P.: ¿sólo desarrollar las formas de participación de los funcionarios dentro del procedimiento de elaboración de las disposiciones de carácter general? ¿o diseñar en línea con lo previsto en el E.T. un nuevo procedimiento para determinar las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos?. En teoría, a partir de la versión original de la L.O.R.A.P. podrían admitirse dos interpretaciones. La

². GARCIA DE ENTERRIA, E. Y RAMON FERNANDEZ, T., Curso de Derecho Administrativo, Tomo I, Madrid, 1.987, pág. 199.

³. Vid, por todos, GONZALEZ PEREZ, J., Comentarios ..., cit., págs. 1129 y ss. Véase, entre otras muchas, la S. del T.S. de 23 de 4 mayo de 1.985.

⁴. Vid, por todos, GONZALEZ PEREZ, J., Comentarios..., cit., págs 1.129 y ss. Véase, entre otras muchas, la S.T.S. de 23 de mayo de 1.985.

Los procedimientos

primera, que la L.O.R.A.P. delineaba nuevos procedimientos para fijar las condiciones de trabajo de los funcionarios en sustitución del previsto en los arts. 129 y ss de la L.P.A. En apoyo de esta tesis interpretativa se podrían alegar, fundamentalmente, los siguientes argumentos. De un lado, el título de la ley: "Ley de Organos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de la Administración". De otro, la observación que se hacía en el párrafo tercero de la Exposición de motivos de la ley: "No regula, por tanto, la presente ley estas materias ya recogidas en la Ley orgánica, sino otros aspectos derivados del derecho reconocido a los funcionarios públicos y que hacen referencia a sus propios órganos de representación, a la determinación de sus condiciones de trabajo...".

A partir de estas declaraciones generales cabría pensar que la Ley 9/1.987 establecía nuevos procedimientos para determinar las condiciones de trabajo de los funcionarios. A su favor, se podría alegar que esta ley está dotada de cobertura bastante no sólo para adicionar nuevos trámites al procedimiento previsto en la L.P.A., sino también para excepcionar sus preceptos.

Y, sin embargo, basta la lectura del título que encabezaba el Capítulo II, "Participación en la determinación de las condiciones de trabajo", y de lo dispuesto en el art.. 30 de la ley, a tenor

del cual la "participación en la determinación de las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos se efectuará mediante la capacidad representativa reconocida a las organizaciones sindicales en los artículosde la Ley Orgánica de Libertad Sindical y lo previsto en este capítulo", para inclinar aquella originaria y natural impresión hasta cambiarla por su contraria: que la intención del legislador no iba más allá de desarrollar y regular las formas de participación de los funcionarios dentro del procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general. Estas expresiones hacen pensar que el legislador no diseñaba en línea con lo previsto en el E.T. un nuevo procedimiento para determinar las condiciones de trabajo, sino que desarrollaba y regulaba las formas de participación de los funcionarios dentro del procedimiento de elaboración de las disposiciones de carácter general. El legislador eludía el uso directo del término "negociación colectiva" y utilizaba una terminología más aséptica, inspirada posiblemente en el texto del Convenio nº 151 de la O.I.T.⁵. Se quería, de este modo, subrayar las diferencias que corrían entre esta "participación" y un auténtico sistema de negociación⁶.

⁵. RODRIGUEZ PIÑERO, M., "La negociación colectiva de los funcionarios públicos en la Ley 9/1.987", R.L., núm. 20, 1.987, pág. 4.

⁶. GARCIA FERNANDEZ, M., "Representatividad sindical y negociación colectiva en el sector público", A.L., núm. 42, 1.988, pág. 2.467.

4. Si se tuviera que corregir algo de lo dicho antes a partir de la Ley 7/1.990, ello sería en el plano de las disposiciones de principio. Esta ley alude, novedosamente, en su propio Título, en el epígrafe del Capítulo III y en el art. 30, párrafo primero, tanto a la negociación colectiva como a la participación en la determinación de las condiciones de trabajo de los empleados públicos. Es decir, hace mención a una dualidad que no constaba, expresamente, en el Título de la Ley 9/1.987, en el reiterado Capítulo y en el citado precepto⁷.

Hay que subrayar, sin embargo, que los cambios terminológicos no se corresponden con una modificación de la naturaleza de los Pactos y Acuerdos, sino con la ampliación del alcance material de la negociación llevado a cabo por los diferentes preceptos afectados por la reforma y, en especial, por el nuevo art. 32⁸. Se trata de meras declaraciones enfáticas, cuyo propósito no es más que el de resaltar el sistema de negociación sobre el de consulta. Pero no se introduce ninguna novedad con respecto a la naturaleza de los instrumentos negociales, por lo que las conclusiones a las que antes se ha llegado siguen siendo válidas.

⁷. Subrayan esta circunstancia ESCUDERO RODRIGUEZ, R., "El nuevo marco de la negociación colectiva de los funcionarios públicos", R.L., núm. 19, 1.990, pág. 91; DEL REY GUANTER, S., "La nueva regulación de la negociación colectiva y de la solución de los conflictos colectivos en la Función Pública", R.L., núm. 11, 1.991, pág. 9.

⁸. En parecidos términos, se expresa ESCUDERO RODRIGUEZ, R., op. cit., pág. 91.

Los procedimientos

5. Contando, pues, con estas observaciones de partida, ¿cuál es la naturaleza de la consulta y de la negociación desde la óptica procedimental?. Hay que subrayar que la solución está en función de la naturaleza asignada a los productos normativos que resultan de los mismos, y, por consiguiente, la solución es diferente en cada caso.

1. Procedimiento de consulta.

6. La consulta, en realidad, no constituye un procedimiento propiamente dicho, esto es, con sustantividad propia. No es más que un simple trámite a incardinar en el contexto del procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general regulado en los arts. 129 y ss de la L.P.A.

2. Procedimiento de negociación.

7. Los problemas se plantean con el procedimiento de negociación. Este puede concluir en Acuerdos y Pactos. Estos ofrecen importantes peculiaridades entre si, lo que obliga a estudiar la cuestión planteada por separado.

8. Partiendo de la tesis, que, más adelante se desarrolla, acerca del carácter reglamentario del Acuerdo o, en su caso, de Proyecto de Ley, cabría sostener que la negociación no representa

Los procedimientos

más que un mero trámite especial -paccionado- dentro del procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general regulado en los arts. 129 y ss de la L.P.A.⁹. De esta forma, la negociación constituiría una fase más en la estructura general del citado procedimiento. No existiría, pues, diferencia alguna con el modelo diseñado en el art. 3.2.b) de la L.M.R.F.P., donde la negociación no era más que un trámite adicional en el procedimiento de elaboración de disposiciones generales¹⁰.

Y, sin embargo, lo cierto es que la L.O.R.A.P., a diferencia de la L.M.R.F.P., que se limitaba a insertar un trámite paccionado en el procedimiento de elaboración de disposiciones reglamentarias, cuya fase inicial y final permanecía inalterada, introduce importantes novedades respecto de la regulación del procedimiento especial tipo. Así, mientras éste sólo puede iniciarse de oficio, el procedimiento de negociación de los Acuerdos se abre en la fecha que de común acuerdo fijen el órgano de gobierno correspondiente y los sindicatos más representativos, y comprenderá las materias que

⁹. Así, MARTINEZ ABASCAL, V.A., "Alcance y efectos de la capacidad convencional colectiva en la función pública española", Seminario sobre las relaciones colectivas en la Función Pública, Sevilla, 1.989, pág. 477; CASAS BAAMONDE, M^a. E., "Los derechos sindicales de los funcionarios públicos en las administraciones públicas vascas", en A.A.V.V., Administración Pública y Sindicalismo, Zarautz, 1.988, pág. 96; SALA FRANCO, T., "Administraciones públicas y derechos sindicales: el marco jurídico", en A.A.V.V., Administración Pública y Sindicalismo, Zarautz, 1.988, pág. 68. Por el contrario, OJEDA AVILES, A., "Validez y eficacia de la negociación colectiva funcional", en A.A.V.V., Seminario de relaciones colectivas en la Función Pública, Sevilla, 1.989, pág. 290, no acepta esta caracterización porque, a su juicio, no parece que la intención de la ley sea tan minimizadora, ni siquiera frente a los Acuerdos.

¹⁰. Vid. DEL REY GUANTER, S., Estado, Sindicatos y relaciones colectivas en la Función Pública, Madrid, I.N.A.P., 1986, págs. 146 y ss.

Los procedimientos

ambas partes estimen oportuno. A la vista de ésta y otras particularidades procedimentales, y teniendo en cuenta que la especialidad procedimental radica en la tramitación¹¹, no parece descabellado afirmar, en contra de lo dicho antes, que más que un simple trámite adicional y especial dentro del procedimiento común de elaboración de disposiciones reglamentarias, la L.O.R.A.P. delinea un auténtico procedimiento especial para elaborar las disposiciones reglamentarias competencia del órgano de gobierno y los Proyectos de Ley en materia funcionarial. En cualquier caso, ambas caracterizaciones implican la necesidad de incardinar la fase de negociación en el contexto del procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general, lo que supone un proceso de elaboración de los Acuerdos mucho más premioso y complejo que en el sector privado¹². En efecto, aún admitiendo esta postura, es igualmente necesario distinguir entre los trámites sometidos totalmente a la L.P.A. y trámites exceptuados por la L.O.R.A.P.

Se trata, en definitiva, de un nuevo procedimiento para elaborar las disposiciones de carácter general que consta de dos fases perfectamente diferenciadas: 1º) El "proceso negociador" propiamente dicho; 2º) La fase de aprobación expresa y formal del Acuerdo por parte del órgano de gobierno correspondiente. De ahí,

¹¹. Vid. GONZALEZ NAVARRO, F., "Procedimiento administrativo común, procedimientos triangulares y procedimientos complejos", R.E.V.L., núm. 211, págs. 414 y ss.

¹². Vid. MARTINEZ ABASCAL, V.A., op. cit., pág. 478.

Los procedimientos

que sea más correcto utilizar el término de procedimiento de "elaboración" del Acuerdo para referirse al conjunto de trámites heterogéneos emanados de la Administración y de los sindicatos y dirigidos a la producción del Acuerdo, ya que fuera de las deliberaciones en la mesa en la fase de aprobación nos encontramos ante intervenciones unilaterales de la Administración. No obstante ello, aunque en esta fase no existe un acuerdo de voluntades, pues el acto de aprobación emana unilateralmente de la Administración, presupone la actuación de los sindicatos negociadores a quienes se refieren sus efectos. Por ello, a lo largo de este trabajo se utiliza el término "procedimiento de negociación" como comprensivo del conjunto de trámites que han de seguir las partes para elaborar los Acuerdos, independientemente de que, como se ha dicho, sea preciso diferenciar entre la fase de negociación y la de aprobación del Acuerdo.

9. En relación con los Pactos el problema es todavía más vidrioso. Aunque conviene notar o advertir que, en la práctica, esta cuestión tiene menos trascendencia de la que parece, pues la mayor parte de las negociaciones terminarán por Acuerdos¹³. Teniendo en cuenta que éstos son auténticos convenios colectivos, similares a los que se celebran en el ámbito laboral, habría que rechazar, en principio, la tesis sostenida acerca de la naturaleza

¹³. GARCIA FERNANDEZ. M., op. cit., pág. 2.469.

Los procedimientos

del procedimiento de elaboración del Acuerdo. Es decir, no sería admisible caracterizar el proceso de negociación como un procedimiento especial de elaboración de disposiciones reglamentarias.

En este momento del razonamiento es preciso traer a colación las formulaciones de la doctrina acerca de la naturaleza del procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general, a tenor de las cuales: "...no (es) un procedimiento administrativo propiamente dicho. Es administrativo en un sentido puramente subjetivo, en cuando se trata del procedimiento al que ha de ajustarse la actividad normativa de la Administración en su más amplio sentido, tanto al ejercer la potestad reglamentaria como al llevar a cabo una función legislativa, bien preparatoria de la de los órganos legislativos -elaboración de los proyectos de leyes- o bien función legislativa delegada -elaboración de los decretos con fuerza de ley"¹⁴. No se trata, por tanto, de un procedimiento al que sólo deba ajustarse la actividad reglamentaria, sino toda la actividad normativa de la Administración. Es el cauce por el que ha de discurrir su actividad normativa cualquiera que sea la naturaleza de la norma en cuestión (reglamento, decretos legislativos, decretos leyes, proyectos de ley). Estas formulaciones, aunque referidas prima facie al procedimiento

¹⁴. GONZALEZ PEREZ, J., Comentarios..., cit., pág. 1.124.

Los procedimientos

previsto en los arts. 129 y ss de la L.P.A., son perfectamente extrapolables al procedimiento de negociación, pues éste no es más que una variante de aquel para las cuestiones funcionariales.

Por consiguiente, y teniendo en cuenta que los Pactos poseen eficacia o fuerza normativa directa y propia, esto es, normativa y que su contenido material es el que corresponde a las disposiciones reglamentarias emanadas del órgano que lo suscribe, cabe sostener que la naturaleza del procedimiento para su elaboración no difiere de la del Acuerdo. Se trata en ambos casos de un procedimiento especial frente al procedimiento tipo de los arts. 129 y ss de la L.P.A., al que ha de ajustarse la actividad normativa de la Administración en materia funcional. Ahora bien, la diferente naturaleza y rango jerárquico de la norma objeto de negociación, se traduce en el diferente tratamiento jurídico del procedimiento.

II. REGIMEN JURIDICO APLICABLE.

10. Los arts. 31 y ss de la L.O.R.A.P. regulan los aspectos procedimentales de la consulta y de la negociación. La primera resulta escasamente regulada, tan sólo se concreta su obligatoriedad y los sujetos legitimados pasivamente para ser consultados¹⁵. Nada se dice, en cambio, acerca del momento

¹⁵. SALA FRANCO, T., "Administraciones..", cit., pág. 67.

Los procedimientos

procedimental oportuno para llevarla a cabo ni sobre su eficacia. El segundo, aunque viene regulado con algo más de detalle, presenta numerosos e importantes aspectos ayunos de previsión legal. Son numerosos y de gran relevancia los extremos procedimentales que se dejan en el negro o cuando menos en la penumbra, lo que plantea, como es obvio, graves problemas al intérprete. La L.O.R.A.P. es todavía más parca que el E.T., con los agravantes añadidos de que se establecen por ella, no uno, sino dos tipos de instrumentos negociales, y de que el contexto normativo en el que se ubican resulta más barroco que el de los convenios colectivos. La circunstancia de que una de las partes sea aquí la Administración Pública envuelve un trasunto de ordenamientos entrelazados, laboral y administrativo, que adensa el problema de las lagunas legales.

No parece que la situación normativa descrita sea la ideal para solucionar los múltiples problemas que el ejercicio del derecho de negociación plantea y para dar una mínima seguridad a todos los implicados, esto es, a los sindicatos, a la Administración y a los tribunales que deben resolver los pleitos que se planteen sobre el tema. En esta situación de atonía legislativa, la única propuesta que cabe formular, desde una perspectiva de lege ferenda, es la de la imprescindible intervención del legislador para que desarrolle y aclare estos temas. Y una excelente ocasión para ello hubiera sido la aprobación de la Ley 7/1.990. Esta ley introduce determinadas reglas sobre

Los procedimientos

aspectos procedimentales del proceso negociador. El nuevo art. 33 incorpora pautas inéditas no contenidas en ningún momento en la anterior redacción de la ley: así, de un lado, establece la apertura anual de tal proceso. Tal solución legislativa proviene del A.N.C.; si bien éste contenía otras reglas que no han sido recogidas por la Ley 7/1.990. Así, las relativas a la obligación del Gobierno de convocar a las partes al menos con cuatro meses de antelación a la entrada del Proyecto de ley correspondiente en el Parlamento cuando se tratara de negociar las retribuciones y todas las cuestiones que dependan, en algún sentido, de los Presupuestos Generales del Estado; y, también las referentes a la puesta en conocimiento de los sindicatos de la información necesaria y de la documentación suficiente para el desarrollo de la negociación. A su vez, tampoco ha sido recogida por la ley la mención a que los procesos de negociación se efectuarán con arreglo a los principios de buena fe, mutua lealtad y respecto y sometimiento a la Constitución. En fin, aunque en la Ley 7/1.990 existen aspectos muy positivos, nuestra valoración general que debemos apuntar ya desde ahora es que se ha perdido una buena oportunidad para reformar y mejorar algunos de los aspectos más negativos que presentaba la antigua redacción de la ley y que, desafortunadamente, encuentran continuidad en la nueva.

11. Mientrás tanto, es necesario buscar la cobertura de los vacíos normativos. Y, en este sentido, será la naturaleza que se

atribuya a la consulta y a la negociación la que determine la diversidad de soluciones jurídicas. Partiendo de la doble estructuración que realiza la ley hay que distinguir entre la consulta y la negociación.

1. Administración del Estado.

1.1. Procedimiento de consulta.

12. La consulta, como ha quedado dicho, no es más que un trámite preceptivo dentro del procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general regulado en los art. 129 y ss de la L.P.A., por lo que resulta imprescindible que se someta de forma supletoria a las reglas de procedimiento marcadas en la L.P.A.

1.2. Procedimiento de negociación.

1.2.1. Aplicación supletoria de la L.P.A.

13. El procedimiento de negociación constituye, como se ha visto, el cauce al que debe ajustarse la actividad normativa de la Administración en materia de personal, por lo que no existe dificultad alguna en afirmar que en su tramitación debe seguirse con carácter supletorio la L.P.A.

A este respecto, conviene tener en cuenta lo siguiente

En primer lugar, que la L.P.A. es aplicable a la total actividad de la Administración del Estado y no solo a la actividad administrativa en sentido estricto (art. 1.1 L.P.A.)¹⁶. En este sentido, la doctrina administrativa afirma que "las cuestiones de procedimiento son siempre separables del fondo del asunto, de modo que el hecho de que éste se regule por el Derecho privado no exonera a la Administración de atenerse a las normas propias del Derecho Administrativo en orden a la formación de su voluntad y a la extereorización de la misma"¹⁷. El proceso de formación de su voluntad debe discurrir a través de los cauces que prevé la ley, y ello tanto cuando actúa como poder público, revestido de imperium, como cuando se relaciona con los particulares sin tan solemne apariencia¹⁸

En segundo lugar, y como modalidad del fundamento anterior, que el procedimiento de elaboración de las disposiciones generales es el cauce al que ha de ajustarse la actividad normativa de la

¹⁶. CLAVERO AREVALO, M.F., "Ambito de aplicación de la Ley de procedimiento administrativo". R.A.P., núm 29, 1.959, pág. 312.

¹⁷. GARCIA DE ENTERRIA y RAMON FERNANDEZ, T., Curso de Derecho Administrativo, Tomo II, Madrid, 1.987, pág. 392.

¹⁸. GARCIA DE ENTERRIA, E. y RAMON FERNANDEZ, T., Curso de Derecho Administrativo, Tomo I, Madrid, 1.987, pág. 66. Esta afirmación, aunque originariamente formulada en relación a los contratos administrativos y privados de la Administración, es, como estos mismos autores reconocen, susceptible de ser extendida a cualesquiera ámbitos materiales.

Los procedimientos

Administración en su más amplio sentido, tanto al ejercer la potestad reglamentaria, como al llevar a cabo una función legislativa, bien preparatoria de la de los órganos legislativos o bien función legislativa delegada. Por lo tanto, si la L.P.A. no establece diferencia alguna en orden al procedimiento por razón del origen o naturaleza de la norma que se elabora¹⁹, hay que entender que la actividad normativa que desarrolla la Administración al elaborar los Acuerdos y los Pactos ha de someterse supletoriamente a la L.P.A.

En tercer lugar, que las finalidades esenciales de esta institución son asegurar "la legalidad, acierto y oportunidad" de la disposición, proporcionar la información suficiente y conocer la opinión de los administrados, y no se ve por qué razón hay que prescindir de estas garantías cuando la Administración elabora la norma con la representación sindical. La intervención de ésta es una garantía de la oportunidad de la norma, pero en ningún caso asegura que la mesa negociadora pueda cumplir el encargo con legalidad y acierto.

14. A partir de estas consideraciones, no existe dificultad alguna en afirmar que en su tramitación debe seguirse con carácter

¹⁹. FERNANDEZ RODRIGUEZ, T.R.. "La remisión normativa y el control de reglamentos en dos sentencias recientes", R.A.P., núm. 63, 1.979, págs. 190-191.

Los procedimientos

supletorio²⁰ la normativa aplicable al procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general, esto es, el Capítulo I del Título IV de la L.P.A., complementado por lo dispuesto en el Capítulo I del Título I, de la misma disposición legal, ya que éste, además de regular los aspectos subjetivos de la competencia, contiene alguna norma de aplicación directa y, por tanto, homogénea con el articulado que comprende aquel bloque normativo²¹. Así, se ha de aplicar las normas específicas de la L.O.R.A.P. con carácter principal y preferente, como reflejo del principio general del Derecho de que las figuras especiales preceden siempre en su aplicación a las generales²², y las generales de la L.P.A., siempre que no se opongan a éstas²³; esta no oposición podrá entenderse o como una regulación no prevista en la L.O.R.A.P. o como una regulación ampliatoria o aclaratoria de lo en ella establecido.

²⁰. Ver CLAVERO AREVALO, M.F., op. cit., págs. 311 y ss. Para GONZALEZ PEREZ, J., Comentarios..., cit., pág. 105, sin embargo, la L.P.A. no es que rija con carácter supletorio respecto de cada una de las reglamentaciones sectoriales, sino que la L.P.A. como cabeza del grupo normativo, contiene la reglamentación básica del procedimiento común.

²¹. OJEDA AVILES, A., "Los derechos de representación y negociación de los funcionarios públicos según la Ley 9/1.987, de 12 de mayo". R.L. núm. 18. 1.988, pág. 24. propone, sobre la base de que se trata de un procedimiento (negociador) que forma parte del sector público, la aplicación supletoria de la L.P.A. para resolver determinados problemas. Posteriormente, sin embargo, matiza esta posición en el sentido de que la aplicación de la L.C.E. precede a la de la L.P.A. en "Validez...", cit., pág. 292.

²². En este sentido, la S.T.S. de 27 de julio de 1.990 señala que cuando una ley establece un particular procedimiento para la elaboración de una norma reglamentaria, habrá que estarse a éste "por venir impuesto por una norma de rango de ley formal y de carácter específico, prevalente al de la L.P.A."

²³. Sobre la aplicación supletoria de la L.P.A. en la producción de las disposiciones reglamentarias para las que la ley establece un procedimiento particular véase la S.T.S. de 26 de diciembre de 1.990.

Los procedimientos

15. La supletoriedad general de la L.P.A. ha de ser, no obstante, objeto de matización. Para construir una posición coherente con el ordenamiento hemos de distinguir, obviamente, entre la fase de negociación de los Pactos y Acuerdos y la fase de aprobación de éstos últimos por el Consejo de Ministros.

16. El trámite de aprobación expresa y formal del Acuerdo por parte del Consejo de Ministros se rige por la L.P.A. A este respecto, conviene notar que las reglamentaciones especiales no tienen porque regular los trámites que lo estén en esta ley. Basta la exigencia de los mismos para que se aplique la normativa general de la L.P.A. sobre ellos²⁴. Además, el acto de aprobación, cómo se analiza con detalle más tarde, es reconducible al trámite de aprobación por el Consejo de Ministros de las disposiciones reglamentarias previsto en el art. 130 de la L.P.A.

17. En fin, la L.P.A. es plenamente aplicable en la fase de aprobación de los Acuerdos. Pero ¿qué ocurre con el proceso negociador propiamente dicho?. En principio, la Administración debe atenerse a las normas de la L.P.A. en orden a la formación de su voluntad y a la extereorización de la misma. De este modo, las resoluciones y acuerdos que dicte la Administración, bien de oficio

²⁴. Según GONZALEZ PEREZ, J., Comentarios..., cit., pág. 105, las normas reguladoras de procedimientos especiales no tienen por qué regular cada uno de los trámites que lo están en la L.P.A., sino que basta con que los exijan, aplicándose la normativa general de esta última sobre ellos.

Los procedimientos

o a instancia de parte, lo serán con arreglo a las normas que regulen el procedimiento administrativo. Ahora bien, el procedimiento comun para elaborar las disposiciones de carácter general se articula en torno al ejercicio unilateral del poder normativo de la Administración. Aquí, en cambio, este poder se comparte con los sindicatos a través de la negociación. De este modo, podría suceder -y de hecho así es- que en algunos puntos la aplicación supletoria de la L.A.P., aún no contradiciendo, de modo explícito, lo dispuesto en la L.O.R.A.P., fuera incompatible con el derecho de negociación de los sindicatos funcionariales. Es más, esta normativa se revela como insuficiente para resolver muchos de los problemas que la fase de negociación "stricto sensu" plantea (la composición de la representación sindical que forma la mesa negociadora, las reglas de reparto de los puestos entre las distintas organizaciones sindicales con legitimación negocial, la intervención de asesores, la presidencia de la mesa, ..., etc.). En los casos, en que la normativa administrativa resulta negativa del derecho de negociación de los funcionarios o insuficiente, es necesario arbitrar otra solución. Nuestras pesquisas deben orientarse, pues, en torno a las figuras contractuales de la Administración Pública.

1.2.2. Aplicación analógica del E.T.

18. En esta línea, una parte de la doctrina laboralista

Los procedimientos

considera a los Pactos como contratos privados²⁵, con un evidente interés en fortalecerlos por la vía de independizarlos de los forceps administrativos²⁶: un negocio jurídico privado se ajusta a unas pocas reglas del Código civil y tiene unos planteamientos igualitarios entre las partes firmantes que inhiben las actuaciones prepotentes de la Administración. No obstante, el efecto sería completamente el contrario, de aceptarse la naturaleza jurídica privada de la negociación colectiva funcionarial, a más de no impedir las posibilidades unilaterales que desde la L.O.R.A.P. se asignan a la parte administrativa²⁷. En efecto, el derecho aplicable a la negociación colectiva funcionarial en los casos de vacío legal no sería el Derecho civil, sino la legislación sobre contratos del Estado, ya que la competencia y el procedimiento tienen una regulación unitaria en todos los procesos contractuales, con independencia de la regulación, pública o privada, del fondo del contrato, respecto del cual son cuestiones separables²⁸. De este modo, la negociación colectiva funcionarial se regiría por sus normas especiales -en este caso, la L.O.R.A.P.- y supletoriamente por la L.C.E. en lo relativo a preparación y adjudicación de los

²⁵. CASAS BAAMONDE, M^a. E., op. cit., pág. 96; MARTINEZ ABASCAL, V.A., op. cit., pág. 478.

²⁶. Según la opinión de OJEDA AVILES, A., "Validez..", cit., pág. 290.

²⁷. Así, OJEDA AVILES, A., "Validez..", cit., pág. 290.

²⁸. Vid. GARCIA DE ENTERRIA, E. y RAMON FERNANDEZ, T., op. ult. cit., págs. 644 y ss.

Los procedimientos

contratos de obras, gestión de servicios y suministros²⁹.

19. Otro sector doctrinal entiende que los Pactos y Acuerdos son contratos administrativos especiales, por lo que la negociación colectiva funcional se rige por la L.O.R.A.P.; en su defecto, por la Ley de Contratos del Estado, en su texto articulado 923/1.965, de 8 de abril (en adelante, L.C.E.) en lo relativo a los contratos de obras, gestión de servicios y suministros; a continuación por las demás normas de Derecho Administrativo y, en defecto de estas últimas, por las normas de Derecho privado (art. 4º.2 L.C.E.)³⁰.

20. En fin, ambas caracterizaciones supondrían la aplicación supletoria de las prescripciones contenidas en la L.C.E. y en sus disposiciones reglamentarias. Lo diferencial de los contratos administrativos especiales respecto a los contratos privados radicaría en la aplicación de la L.C.E. durante la fase aplicativa de los Acuerdos y Pactos³¹.

²⁹. OJEDA AVILES, A., "Validez", cit., pág. 292.

³⁰. En este sentido, DEL REY GUANTER, S., Estado..., cit., pág. 152 y ss., quien, al comentar el modelo de negociación instaurado en la L.M.R.F.P., afirmaba que: "...podemos ya decir que, en tanto que una de las partes es el Ministro para las A.P., a la normativa de desarrollo se le aplicará previsiblemente de forma supletoria las normas que rigen la contratación del Estado, y más concretamente el Título preliminar de la Ley de Contratos del Estado. En efecto, nos encontramos ante un acuerdo que, por la forma y el fondo, habrá de someterse a las normas administrativas del contratación en sus aspectos fundamentales". Así, OJEDA AVILES, A., "Validez..", cit., pág. 290 y ss, desde la consideración de los Pactos y Acuerdos como contratos administrativos especiales.

³¹. Así, OJEDA AVILES, A., "Validez..", cit., pág. 292.

Los procedimientos

21. Pues bien, a parte de que los Pactos y Acuerdos no son ni contratos privados ni contratos administrativos especiales, estas soluciones no son de recibo. En efecto, aunque no es posible detenerse aquí en el análisis de la pormenorizada y minuciosa normativa de la L.C.E. y de su reglamentación a propósito del procedimiento y preparación de los contratos administrativos, basta con una mera lectura de su articulado para comprender lo inapropiado de su utilización en los casos ahora vistos. Se trata de un "milieu" bastante hostil a la negociación colectiva, donde rigen los poderes exorbitantes de la autoridad pública y pueden modificarse por ésta los contenidos de lo estipulado³²; tan hostil, que la propia legislación sobre contratos administrativos prefiere excluir de su ámbito a los contratos sobre personal.

22. En esta situación, no hay más alternativa que la de extraer la solución de aquellas normas que, aún sin referirse a los funcionarios, contengan una regulación del derecho de negociación. Y en este sentido, aquella podría consistir en aplicar vía analógica o en seguir como "directriz" o "marco de referencia" la normativa vigente en materia de tramitación de los convenios colectivos y las interpretaciones que de la misma han hecho la

³². OJEDA AVILES, A., "La negociación..", cit., pág. 27, pese a que posteriormente acepta la aplicación supletoria de la L.C.E. en "Validez..", cit., pág. 291.

doctrina y jurisprudencia³³. De esta forma, el E.T. vendría a desempeñar idéntico papel que el R.D.L.R.T. respecto de la huelga de los funcionarios³⁴. Si quedara alguna duda procedente de las especiales características de la Administración, el hecho de que dentro de ella se negocian habitualmente convenios colectivos estatutarios con los trabajadores acudiría en apoyo de esta posición.

23. En definitiva, como el Pacto y sobre todo el Acuerdo participan de las características del reglamento y del convenio colectivo, las soluciones, que se proponen para resolver los problemas interpretativos que puedan plantearse durante su elaboración, son la aplicación supletoria o vía analógica de la L.P.A. y del E.T., respectivamente. El criterio a seguir para saber frente a una cierta hipótesis particular, cual es la solución que le corresponde, puede ser el de considerar aplicable los preceptos de la L.P.A. salvo que resulten negativos del derecho de

³³. Así, ABELINO BLASCO, A., "La negociación colectiva de los funcionarios públicos en la Administración Local", en MUÑOZ MACHADO (coord.), Tratado de Derecho Municipal, Tomo I, Madrid, 1.988, pág. 2.170; CARRERA ORTIZ, C., "Naturaleza y eficacia jurídica de la negociación colectiva en la función pública en España", R.E.D.T., núm. 38, 1.989, págs. 271, quienes, aun cuando no analizan esta cuestión, recurren en varias ocasiones a la aplicación analógica del E.T. para solucionar los problemas que plantea la L.O.R.A.P. Por su parte, OJEDA AVILES, A., "Validez..", cit., pág. 293, no acepta la aplicación del E.T. a la negociación colectiva funcional. aunque reconoce que las evidentes analogías entre el E.T. y la L.O.R.A.P. terminarían por hacer saltar las barreras técnicas. En sentido contrario, la S.T.S. de 17 de junio de 1.991 señala que a dicha negociación "no es aplicable lo dispuesto en los arts. 82 y siguientes del Estatuto de los Trabajadores pues tales artículos desarrollan, aunque sin agotar su virtualidad, el mencionado artículo 37.1. La ley que le es aplicable es la Ley 9/1.987, de 12 de junio..". Ahora bien, hay que subrayar que esta resolución judicial no se cuestiona cuál es el regimen aplicable a la negociación colectiva funcional en caso de laguna legal.

³⁴. Véase la doctrina y jurisprudencia citadas en el título I.

negociación, en cuyo caso la solución ha de obtenerse a partir del E.T. Esta depuración previa de la normativa administrativa ha de ser, por lo demás, mucho más rigurosa en relación con los Pactos, habida cuenta de su carácter convencional. En todo caso, serán los tribunales quienes, valorando el alcance que pueda tener la aplicación de la L.P.A o, en su caso, del E.T., decidan.

1.2.3. Pactos y Acuerdos.

24. Finalmente, las partes negociadoras también podrán establecer reglas sobre el proceso negociador. En efecto, a tenor del art. 32.k) de la L.O.R.A.P. son susceptibles de negociación "las materias de índole {...} sindical y en general cuantas otras afecten a las condiciones de trabajo y al ámbito de relaciones de los funcionarios públicos y sus organizaciones sindicales, con la Administración". La dicción de este precepto resulta enormemente abierta, de forma que permite a las organizaciones sindicales y a los representantes de la Administración negociar no sólo sobre los temas relacionados con la paz laboral y la administración de los Pactos y Acuerdos, sino todo lo relacionado con la negociación colectiva como, por ejemplo, en materia de procedimiento. Así, las partes pueden regular determinados aspectos procedimentales a través de los Pactos y Acuerdos o, en su caso, a través de acuerdos específicos para cada negociación. El número de miembros de la mesa negociadora, la presidencia, la intervención de asesores de una y

Los procedimientos

otra parte,., etc., son cuestiones que deberán solventarse entre las partes negociadoras³⁵.

25. La formulación de esta regla general no excusa, sin embargo, del análisis de los límites de la autonomía colectiva que pueden ser deducidos de la propia L.O.R.A.P. o, sobre todo de otras normas y principios generales del ordenamiento. En este terreno, la autonomía colectiva encuentra dos limitaciones fundamentales. Así, en primer lugar, las partes negociadoras no pueden abordar el procedimiento que debe seguir la Administración en orden a la formación de su voluntad y a la extereorización de la misma, tanto en sede negocial como en la fase de aprobación expresa y formal de los Acuerdos. Las normas reguladoras de este procedimiento forman parte del Derecho Administrativo; son de Derecho Público y, por tanto, imperativas³⁶. La propia L.O.R.A.P. afirma en este sentido que quedan al margen de la consulta o negociación las decisiones de la Administración que afecten al procedimiento de formación de los actos y disposiciones administrativas (art. 34.1). En segundo lugar, tampoco pueden negociar el procedimiento de formación de la voluntad negocial de la representación sindical, ya que se trata de un aspecto de orden público, necesita ser homogéneo a todo el sistema y debe ser sustraído a la controversia en cada proceso

³⁵. Así, OJEDA AVILES, A., "Los derechos ..", cit., pág. 24. Ejemplos de ello los tenemos precisamente en el A.N.C. y en el A.M.A.

³⁶. Véase, por todos, GONZALEZ PEREZ, J., Comentarios..., cit., págs. 100 y ss.

negocial.

En definitiva, y a modo de conclusión, la negociación colectiva funcional se rige por la L.O.R.A.P.; en su defecto, por la L.P.A. y la L.R.J.A.E. en lo relativo a la formación de la voluntad de la Administración; y, en defecto, de estas últimas, y por analogía, por el E.T.; a continuación por las reglas que pacten las propias partes negociadoras.

2. Comunidades Autónomas.

26. Si complejo era el tema relativo al régimen jurídico aplicable a los procedimientos de consulta y negociación en la esfera estatal, todavía lo es más en el ámbito autonómico. El análisis de este tema, plantea una doble cuestión: de una parte, dilucidar el régimen jurídico aplicable a los sistemas de consulta y negociación desarrollados en el ámbito de las C.C.A.A.; y de otra, determinar cuáles son las posibilidades de que disponen las C.C.A.A. para regular los procedimientos de consulta y negociación.

27. El pronunciamiento sobre estas cuestiones exige elevar el punto de mira y partir de la Constitución. Así, en primer lugar, conviene recordar de nuevo que el art. 149.1.18 de la C.E. dispone que es competencia del Estado "las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del régimen estatutario de sus

Los procedimientos

funcionarios" (art. 149.1.18 C.E.). En palabras del Alto tribunal, "la determinación de los procedimientos, en virtud de los cuales los funcionarios participan en la fijación de sus condiciones de trabajo, constituye una de las bases del régimen estatutario de los funcionarios, cuya regulación compete al Estado según el art. 149.1.18 de la C.E., tanto atendiendo a su contenido y función en dicho régimen como a la necesidad de garantizar en este punto una fundamental igualdad de todos los funcionarios en cuanto al ejercicio de sus derechos fundamentales"³⁷.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que en el ejercicio de las competencias normativas en materia de procedimientos de consulta y negociación quedan implicadas, además, cuestiones pertenecientes al ámbito del procedimiento administrativo y que, de conformidad con el art. 149.1.18 de la Constitución, es competencia exclusiva del Estado "el procedimiento administrativo común, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas".

De forma que el cuadro de distribución de competencias entre el Estado y las C.C.A.A. sobre la materia queda como sigue:

- Al Estado le corresponde regular, por un lado, las bases de

³⁷. S.T.C.O. 98/1.985, de 29 de julio.

Los procedimientos

los procedimientos de consulta y negociación, y, por otro, el procedimiento administrativo común en su totalidad, tanto en sus aspectos básicos como en los concretos, con la sola excepción de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades.

- Las Comunidades Autónomas, por su parte, tendrán competencia para desarrollar las bases estatales en materia de procedimiento de consulta y negociación y las especialidades del procedimiento administrativo común derivadas de su propia organización.

28. En esta línea, todos los preceptos de la L.O.R.A.P. que, de una forma más o menos directa, hacen referencia al tema procedimental gozan de la condición de "básicos" (disposición final de la L.O.R.A.P.), y, por lo tanto, son directamente aplicables en el ámbito autonómico. Así, sucede con los arts. 31.3, 33, 35, 36 37 y 38. Por otra parte, la L.P.A. contiene la regulación del procedimiento administrativo común de aplicación directa y no solo supletoria tanto en las C.C.A.A. como en las E.E.L.L.³⁸. Dicha regulación comprende, entre otros, los aspectos del procedimiento administrativo comunes a los procedimientos formalizados y no

³⁸. GARCIA DE ENTERRIA. E. y RAMON FERNANDEZ. T., Curso de Derecho Administrativo, Tomo I, Madrid, 1.987, pág. 397; GONZALEZ NAVARRO. F., "Procedimiento administrativo...", cit., págs. 217 y ss; GONZALEZ PEREZ, J., Comentarios..., cit., págs. 98 y ss. Sobre la aplicación de los arts. 129 y ss de la L.P.A. a las C.C.A.A. veánse, entre otras, las S.S.T.S. de 7 de marzo y de 27 de julio de 1.990.

Los procedimientos

formalizados (la regulación de los sujetos -órgano administrativo e interesados- y actos -requisitos, validez y eficacia- y además de aquellos procedimientos en cuya tramitación no incida la materia, como los de revisión -de oficio y recursos administrativos- y ejecutivos)) y los procedimientos formalizados, y entre ellos el de elaboración de disposiciones reglamentarias³⁹. Por consiguiente, los arts. 129 y ss de la L.P.A. rigen en las C.C.A.A. en todo aquello que no sean las especialidades impuestas por la peculiar organización de cada una de ellas. Además, en tanto esa regulación autonómica privativa no se produzca la L.P.A. también es aplicable con carácter supletorio (art. 149.3 C.E.)⁴⁰. Las leyes de algunas Comunidades Autónomas, no obstante, regulan el procedimiento de elaboración de disposiciones generales sin limitarse a las especialidades impuestas por su peculiar organización⁴¹. Pero, por lo general, sólo contienen normas sobre competencia⁴².

29. Así, las cosas y teniendo en cuenta la naturaleza

³⁹. GONZALEZ NAVARRO, F., op. ult. cit., págs. 85 y ss; GONZALEZ PEREZ, J., Comentarios..., cit., pág. 105.

⁴⁰. GARCIA DE ENTERRIA, E. y RAMON FERNANDEZ, T., Curso de Derecho Administrativo, Tomo II; Madrid, 1.987, pág. 397.

⁴¹. GONZALEZ PEREZ, J., Comentarios..., cit., pág. 106. Así, los arts. 54 a 57 L.A.A.r., y artículos 57 y 58 L.G.A.N.a.v.)

⁴². Así, la mayoría de las C.C.A.A.: L.G.P.V., arts. 55 a 64; arts 33 a 45 de la L.G.A.Can.; arts. 48 a 50 L.G.A.C.L., arts. 54 a 57 L.A.A.r., arts. 56 a 58 L.G.A.Nav; arts. 58 y 59 L.P.C.G.A. Vid. CLIMENT BARBERA, J., "Potestad de autoorganización y procedimiento administrativo de las Comunidades Autónomas", en A.A.V.V., Gobierno y Administración en la Constitución, Vol. I, Dirección General del Servicio del Estado, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1.988, págs. 418 y ss.

Los procedimientos

asignada a la consulta, cabe sostener que ésta ha de someterse a las reglas contenidas en la L.O.R.A.P., y, en su defecto, a la L.P.A. Y en el procedimiento de negociación se habrá de seguir con carácter principal la L.O.R.A.P.; en su defecto, la L.P.A., salvo en lo relativo a las especialidades impuestas por la peculiar organización de cada Comunidad, o, en su caso, el E.T.; a continuación por las reglas que pacten las propias partes negociadoras.

30. Con estas premisas, el espacio que queda para que las C.C.A.A. regulen los procesos de consulta y negociación es muy reducido. En realidad, tan sólo podrán desarrollar los extremos que se consideran negociables en las mesas de negociación de la Administración del Estado y las especialidades impuestas por su peculiar organización. Así, el Decreto 304/1.987, de 6 de octubre, de Organos de Representación, regulación del proceso electoral, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones Públicas de la Comunidad del País Vasco, modificado por el Decreto 288/1.990, de 6 de octubre, se limita a adoptar la regulación estatal a las especialidades derivadas de la organización propia de la Comunidad Autónoma Vasca.

3. Entidades locales.

31. El planteamiento defendido en relación a las esfera estatal y autonómica quiebra en el ámbito local porque el procedimiento a que han de someterse las Entidades locales para ejercitar su potestad normativa está sujeto a normas peculiares. En efecto, la L.B.R.L. instrumenta un procedimiento especial para la elaboración de las ordenanzas, que, a su vez, dada la supletoriedad general de la L.P.A. respecto de las E.E.L.L., se ha de incardinar en el contexto del procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general contenido en los arts. 129 y ss de la L.P.A.⁴³.

Consecuentemente, a la consulta se habrá de aplicar lo dispuesto en la L.O.R.A.P. y, en su defecto, la L.B.R.L. Y el procedimiento de negociación se regirá por las normas contenidas en la L.O.R.A.P.; en su defecto por la L.B.R.L. y la L.P.A. o por el E.T., según los casos; y en de defecto de estas normas por lo Acuerdos concluidos por las partes dentro de los mismos límites que se han señalado respecto de la negociación de los aspectos procedimentales en las esferas estatal y autonómica.

III. AMBITO DE APLICACION.

32. Los procedimientos de consulta y negociación constituyen

⁴³. Así, MORELL OCAÑA, L., El Régimen Local Español, Madrid, 1.988, pág. 205. Ver GONZALEZ BERENGUER, J.L., "La Ley de Procedimiento administrativo y su aplicación por las Corporaciones Locales", D.A., núm. 14, 1.959, págs. 30 y ss.

Los procedimientos

el cauce que permite a los funcionarios participar en la elaboración de las normas por las que han de regirse. En el presente apartado, se pretende determinar las reglas que delimitan el ámbito de aplicación de tales procedimientos, y ello a partir de la interpretación sistemática de la L.O.R.A.P., ya que esta disposición legal no aborda directamente esta cuestión.

1. Administración del Estado.

33. Hasta la L.O.R.A.P. toda la actividad normativa de la Administración del Estado en materia funcional y organizativa debía encauzarse a través del procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general regulado en los arts. 129 y ss de la L.P.A. Este era, según se desprende del art. 129 de la citada disposición legal, el cauce que debía seguirse en la elaboración de los reglamentos, decretos legislativos y Proyectos de ley sobre personal y organización.

Según se deduce de la confrontación de los antiguos arts. 32, 33 y 34 de la L.O.R.A.P., las preferencias respectivas de los dos tipos de procedimientos (consulta o negociación) se determinaba con arreglo a un criterio mixto, en función de la índole de la materia en cuestión y del rango normativo con el que la normativa estatal

debía proceder a su regulación⁴⁴. Así, la consulta constituía el cauce que canalizaba la participación de los funcionarios en la elaboración de las normas legales y reglamentarias, y las decisiones administrativas sobre organización administrativa con repercusiones sobre las condiciones de trabajo de los funcionarios. En materia de personal había que distinguir, a su vez, entre las materias cuya regulación tuviera reserva legal o exigiera un incremento de las disponibilidades presupuestarias cuya aprobación correspondiera al legislador y el resto. Las primeras estaban incluidas en el plano de la consulta y, más concretamente, en el de la consulta obligatoria, y las segundas en el ámbito del procedimiento de negociación⁴⁵. De este modo, los sistemas de consulta y negociación constituían, respectivamente, los cauces que permitían a los funcionarios participar en la elaboración de los Proyectos de Ley y de los Reglamentos sobre personal.

34. La Ley 7/1.990, sigue admitiendo la dualidad consulta-negociación, si bien el perfil de cada uno de estos sistemas ha sufrido importantes variaciones, al reducirse, de forma ostensible, el alcance de la consulta y engrosarse el de la negociación. El

⁴⁴. Véanse, por todos, DEL REY GUANTER, S., Comentarios a la Ley de Organos de Representación, Determinación de las condiciones de trabajo y Participación del Personal al servicio de las Administraciones Públicas, Madrid, 1.988, págs. 195 y ss; SALA FRANCO, T., "Administraciones públicas..", cit., págs. 65-66.

⁴⁵. En este sentido, la memoria que acompañaba al proyecto de ley afirmaba que: "se excluyen del procedimiento de negociación algunas materias cuya competencia no pertenece propiamente a la Administración Pública correspondiente sino a los Organos legislativos".

Los procedimientos

nuevo art. 32 extiende la negociación a los incrementos retributivos y a las materias sobre personal sometidas a reserva legal. Con ello, se abre en términos participativos el procedimiento de elaboración de las normas legales en el ámbito ejecutivo con anterioridad a la presentación de los Proyectos de ley ante el legislativo⁴⁶. De esta forma, y como ejemplifica el apartado a) del precepto que se comenta, lo que las partes negocian son los Proyectos de ley sobre personal.

Como consecuencia de las reformas introducidas en cuanto al ámbito de la negociación colectiva, están incluidos dentro del ámbito del procedimiento de negociación los Proyectos de ley, los Decretos legislativos⁴⁷ y las disposiciones reglamentarias sobre personal. Ahora bien, la diferente naturaleza y rango jerárquico de la norma objeto de negociación, se traduce en el diferente tratamiento jurídico del procedimiento.

A través de este procedimiento los sindicatos participan en el

⁴⁶. Así, DEL REY GUANTER, S., "La nueva...", cit., pág. 12.

⁴⁷. El procedimiento para elaborar los decretos legislativos, dictados en el ejercicio de una delegación en favor del Gobierno, es, según sostiene la doctrina, el previsto en los arts. 129 y ss de la L.P.A. (FERNANDEZ RODRIGUEZ, T.R., op. cit., pág. 190-191; GONZALEZ PEREZ, J., Comentarios..., cit., pág. 1.124). Por consiguiente, si el procedimiento de negociación viene a sustituir a éste en todo lo concerniente a la materia funcional, no es posible sino concluir que la función legislativa delegada también se ha de ajustar al mismo.

Los procedimientos

ejercicio de la actividad normativa de la Administración dando lugar a los Pactos y Acuerdos. No obstante, hay que tener en cuenta que la negociación colectiva nace en un contexto reglamentista y esta potestad reglamentaria subsiste después de que los Pactos y Acuerdos han sido aprobados. Sin embargo, esta potestad reglamentaria se ve mediatizada, en tanto que lo regulado en aquellos no puede ser variado con posterioridad si no se sigue el procedimiento de negociación⁴⁸. La Administración no los puede modificar unilateralmente, y ello aun cuando se trate de modificar un Reglamento dictado en sustitución de un Acuerdo que no alcanzó la aprobación expresa y formal del Consejo de Ministros⁴⁹.

35. Así, y como consecuencia de los cambios señalados, el ámbito de aplicación de los procedimientos de consulta o de negociación queda del siguiente modo: de una parte, el sistema de consulta constituye el cauce que canaliza la participación de los funcionarios en la elaboración de los Proyectos de ley, disposiciones reglamentarias y actos administrativos en materia organizativa con repercusiones sobre las condiciones de trabajo de los funcionarios (art. 34.1); de otra, el sistema de negociación es el que procede utilizar para elaborar los Proyectos de ley, decretos legislativos y disposiciones reglamentarias sobre personal

⁴⁸. Así, DEL REY GUANTER, S., Estado... cit., pág. 156; LOPEZ GANDIA, J., "La negociación colectiva de los funcionarios públicos", Revista de Trevall, núm. 8, 1.988, pág. 24.

⁴⁹. LOPEZ GANDIA, J., "La negociación...", cit., pág. 24.

funcionarial (art. 32).

2. Comunidades Autónomas.

36. La cuestión relativa al ámbito de aplicación de los procedimientos de consulta y negociación en el ámbito autonómico plantea idéntica problemática a la señalada en la esfera estatal. El planteamiento defendido respecto a esta última es trasladable al ámbito autonómico. Así, la consulta procede cuanto se trata de elaborar una norma, legal o reglamentaria, o una decisión administrativa sobre organización con incidencia sobre las condiciones de trabajo de los funcionarios, y la negociación cuando se ha de elaborar una norma sobre personal, cualquiera que sea su rango jerárquico (Leyes, Decretos legislativos, Reglamentos).

3. Entidades locales.

37. El planteamiento defendido en relación a la esfera estatal y autonómica quiebra en el ámbito local, ya que el poder normativo de las E.E.L.L. se reduce al reglamentario. De este modo, el procedimiento de negociación es el que debe utilizar la Entidad cuando pretenda elaborar una ordenanza en materia funcionarial. Y la consulta, cuando se trate de elaborar aquellos preceptos del Reglamento orgánico que incidan sobre las condiciones de trabajo de los funcionarios locales.

IV. LA INFRACCION DE LAS NORMAS DE PROCEDIMIENTO.

38. Una vez analizado el régimen jurídico aplicable a los procedimientos de consulta y negociación, es preciso analizar el tema referente a las infracciones de las normas sobre procedimiento. Esta materia plantea, por su parte, una doble cuestión básica al hilo de otras tantas en juego: 1ª) La jurisdicción competente; y 2ª) El procedimiento contencioso-administrativo adecuado.

1. La jurisdicción competente.

39. Como se ha visto más atrás (ver supra. Tit. I), la jurisdicción competente para conocer las controversias que se planteen en torno a la negociación colectiva funcionarial es la contencioso-administrativa. Cuestión distinta, y desde una perspectiva de lege ferenda, es la concerniente a la adecuación de esta jurisdicción en orden a la efectividad de la tutela del derecho a negociar de los sindicatos funcionariales. Su competencia comporta una serie de perjuicios para los funcionarios y sus organizaciones sindicales con respecto a los trabajadores y sus sindicatos, ya que es una jurisdicción "más lenta, más cara y más alejada del justiciable"⁵⁰. Además, puede suponer la aminoración de

⁵⁰. CASTIÑEIRA FERNANDEZ, J., "La tutela de la libertad sindical en la Función Pública", A.A.V.V., Seminario sobre relaciones colectivas en la Función Pública, Sevilla, 1.989, pág. 259.

Los procedimientos

la efectiva y real garantía de este derecho por dos razones⁵¹: de un lado, por la falta de una tradición tutelar de la misma en relación a los derechos colectivos de los funcionarios, y, por otro, por la inadecuación del procedimiento contencioso-administrativo para canalizar las discrepancias entre sindicatos y Administración en cuanto al proceder de esta última en el proceso negociador, ya que tanto por su estructura como por su finalidad descansa sobre la revisión de los actos administrativos. Por todo ello, se ha dicho que hubiera sido más correcto haber residenciado ante el orden jurisdiccional social el conocimiento de cualquier pretensión relacionada con el ejercicio del derecho de negociación, así como de todos los derechos colectivos de los funcionarios.

En fin, el orden jurisdiccional competente será contencioso-administrativo. Y, en ese sentido, debe significarse que Los Tribunales de este orden pueden apreciar de oficio el cumplimiento de las normas procedimentales y que vienen entendiendo que las cuestiones que afectan al procedimiento son de orden público y deben ser objeto por ello de un pronunciamiento preferente, de modo que si se aprecia la existencia de una infracción formal debe declararse de oficio sin más la nulidad de lo actuado, con exclusión de todos los demás pronunciamientos sobre la

⁵¹. Sobre la inadecuación de la jurisdicción contencioso-administrativa para conocer los conflictos colectivos jurídicos de la función pública ver MARTINEZ ABASCAL, V.A., "El planteamientojurisdiccional de los conflictos colectivos en la Función Pública", R.L., núm. 2, pág. 53, págs. 53 y ss.

admisibilidad y el fondo del recurso contencioso-administrativo.

En vista de lo cual, y teniendo en cuenta la desorbitada duración que en algunos casos alcanzan los procesos contencioso-administrativos, es evidente que las cuestiones procedimentales, en contra de lo que, en principio, pudiera parecer, adquieren en la práctica una gran relevancia. La presente observación corrobora la vivencia jurídica de que, por suerte o desgracia, los aspectos procedimentales pueden igualar y aún superar en importancia a los sustantivos. Las partes están especialmente obligadas a observar el procedimiento a fin de evitar los procesos contencioso-administrativos, que siempre serán traumáticos.

2. El proceso contencioso-administrativo.

40. Una vez delimitado el orden jurisdiccional competente, surge el problema de dilucidar cuál es el proceso contencioso-administrativo que deben utilizar las organizaciones sindicales para deducir las pretensiones procesales frente a la Administración Pública por incumplimiento de las normas sobre los procedimientos de consulta y negociación. Habrá que examinar si el ordenamiento jurídico regula algún proceso especial para el conocimiento de estas pretensiones. Si no existe tal procedimiento, su conocimiento corresponderá al proceso ordinario.

Los procedimientos

41. Pues bien, los arts. 113 y ss de la L.J.C.A. regulan un proceso especial para actuar las pretensiones fundadas en normas sobre personal. El art. 113 habla de "cuestiones de personal, que no impliquen separación de empleados públicos inamovibles", lo que, a juicio de la doctrina administrativa, hace referencia a "todas las cuestiones que derivan de las relaciones entre la Administración Pública y su personal {...} tanto se refieran al nacimiento (concurso, oposiciones, nombramientos..) como al contenido (derechos económicos, ascensos,,), modificación (excedencias), régimen disciplinario o extinción, incluso las referentes a clases pasivas"⁵². Es decir, el procedimiento especial en materia de personal se extiende al nacimiento, desarrollo, fin y consecuencias de la relación de servicio, típico contenido del "estatuto" de los funcionarios públicos.

Sin embargo, el reconocimiento a los funcionarios públicos de los derechos de libertad sindical, representación unitaria, negociación colectiva y huelga representa una expansión del contenido de ese "estatuto", expansión que ha de tener diversas consecuencias en diversos planos de la disciplina. Así, obliga a un replanteamiento de la expresión "cuestiones de personal" del art. 113 L.J.C.A. para dar cabida también a las cuestiones que afectan a los derechos colectivos de los funcionarios públicos y, entre

⁵². Ver, por todos, GONZALEZ PEREZ, J., Manual de Derecho Procesal Administrativo, Madrid, 1.990, pág. 422.

ellos, al derecho de negociación colectiva.

Así las cosas, no existe dificultad alguna en sostener que las organizaciones sindicales deben actuar las pretensiones fundadas en el Capítulo III de la L.O.R.A.P. mediante el proceso especial en materia de personal. Se trata de un proceso abreviado y más rápido que el ordinario, ya que se suprimen determinados trámites o fases (alegaciones previas y vista o conclusiones) y se acortan los plazos en cuanto a la subsanación de defectos, la remisión del expediente al tribunal y la formulación de la demanda. En cualquier caso, si la pretensión procesal se decide por los trámites del proceso ordinario, se habrá seguido una vía equivocada, pero no determinará la nulidad de actuaciones, pues no se habrán mermado las garantías procesales ni limitado el derecho de defensa de las organizaciones sindicales⁵³.

42. En algunos supuestos, las organizaciones sindicales podrán optar por este proceso o por el proceso especial de protección de los derechos fundamentales o incluso simultanearlos, según sea más conveniente para una mejor defensa de sus derechos⁵⁴. El derecho a la negociación colectiva de los funcionarios públicos no es un derecho fundamental, por lo que, en principio, no cuenta

⁵³. Vid. GONZALEZ PEREZ, J., op. ult. cit., pág. 367.

⁵⁴. Así, la S.T.S. de 24 de julio de 1.990.

Los procedimientos

con la tutela especial dispensada a los derechos fundamentales (art. 53.2 C.E.). Sin embargo, como se ha visto, cuando la lesión de este derecho represente, a su vez, una lesión del derecho de libre sindicación, también gozará del nivel de superprotección judicial dispensado a este último. Así, las organizaciones sindicales podrán actuar su pretensión frente a la Administración Pública a través del proceso especial de protección de los derechos fundamentales e interponer recurso de amparo constitucional contra la sentencia que ponga fin al mismo (art. 56 L.O.T.C.).

43. No es posible detenerse aquí en el análisis de la pormenorizada y minuciosa regulación de los procesos especiales en materia de personal y de protección de los derechos fundamentales. Con todo, es importante determinar qué actos son impugnables y cuáles son los requisitos de impugnabilidad de éstos. Como quiera que la solución arbitrada por el ordenamiento jurídico vigente es diferente en relación con cada uno de estos procesos, es necesario abordar este tema por separado.

Los arts. 113 y ss de la L.J.C.A. no establecen reglas especiales sobre los actos y Reglamentos susceptibles de impugnación, por lo que rigen las reglas comunes⁵⁵. Se pueden deducir a través de este proceso las pretensiones frente a los

⁵⁵. Así, GONZALEZ PEREZ, J., Manual..., cit., pág. 422.

Los procedimientos

actos y Reglamentos que reúnen los requisitos de los arts. 37 y 38 de la L.J.C.A. Lo cual significa que las organizaciones sindicales no podrán impugnar por separado los actos que integran el procedimiento, salvo que determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento de decidan directa o indirectamente el fondo del asunto, en cuyo caso deberán agotar la vía administrativa previa. En los demás supuestos, deberán esperar a la finalización del procedimiento para impugnar bien el Pacto o Acuerdo o, en su caso, la decisión administrativa que los sustituya, haciendo valer los defectos o vicios formales que pudieran adolecer los actos de trámite. Por lo demás, en estos supuestos no será necesario agotar la vía administrativa previa, ya que la L.J.C.A. admite la impugnación directa de los reglamentos, cualquiera que se la entidad que los hubiere dictado (art. 37.3 y 39 L.J.C.A.).

44. En cambio, cuando la pretensión procesal sea deducible a través del proceso especial de protección de los derechos fundamentales, las organizaciones sindicales podrán impugnar actuaciones materiales de hecho, los actos de trámite, los Pactos y Acuerdos o, en su caso, la decisión administrativa que los sustituya⁵⁶. Y no será necesario que agoten la vía administrativa (art. 7.1 L.P.J.D.F.).

⁵⁶. Véase, por todos, GONZALEZ PEREZ, J., op. ult. cit., pág. 437.

Los procedimientos

45. Por lo demás, al versar el proceso sobre cuestiones de personal, ello determinará que la sentencia que se dicte deba considerarse inapelable de acuerdo con el art. 94.1.a) de la L.J.C.A. Ahora bien, cuando se de un clara prevalencia del derecho fundamental de libertad sindical como materia sustancial sobre la que se ha debatido en el proceso, la sentencia si será susceptible de apelación⁵⁷.

⁵⁷. Así, la S.T.S. de 28 de marzo de 1.990.

CAPITULO II

EL PROCEDIMIENTO DE CONSULTA

Los procedimientos

1. La L.O.L.I.S. habla de "procedimientos de consulta o negociación". Sin embargo, como se ha visto más atrás, sólo impropiamente se puede utilizar el término "procedimiento" para referirse a la consulta, puesto que ésta no es más que un trámite dentro del procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general. En realidad, el legislador se ha limitado a imponer preceptivamente el trámite de audiencia a las entidades representativas de intereses previsto en el art. 130.4 de la L.P.A. para las esferas estatal y autonómica, por cuanto que en la local este trámite viene exigido con carácter general por el art. 49.b) de la L.B.R.L. De ahí, precisamente, el escaso interés que manifiesta en su regulación.

2. Siendo esto así, interesa destacar únicamente los siguientes aspectos: 1º) El carácter preceptivo o facultativo de la consulta; 2º) El momento procedimental oportuno para efectuarla; y 3º) Su eficacia.

I. ADMINISTRACION DEL ESTADO.

1. El Carácter de la consulta.

3. En el art. 34 se establecía y se establece -en tanto que no se ha modificado- materias que se encuentran a efectos participativos en el el plano de la consulta. A su vez, se trata de una consulta con dos variantes. Existe una consulta de carácter obligatorio que se ha de dar respecto a las consecuencias de las decisiones de las Administraciones Públicas en el ámbito de sus poderes organizativos que puedan afectar a las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos. Además, el apartado primero del mencionado art. 34 establece una consulta de tipo potestativo respecto a las materias concernientes a las potestades de organización, al ejercicio de los derechos de los ciudadanos ante los funcionarios públicos y al procedimiento de formación de los actos y disposiciones administrativas.

4. Antes de entrar en el examen de estos dos planos consultivos, conviene traer a primer término el tema referente al carácter oligatorio o discrecional del trámite de audiencia a las entidades representativas previsto en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas. Según el art. 130.4 de la L.O.R.A.P. "siempre que sea posible y la indole de la

Los procedimientos

disposición lo aconseje, se concederá a la Organización sindical y demás entidades que por ley ostenten la representación o defensa de intereses de carácter general o corporativo afectados por dicha disposición, la oportunidad de exponer su parecer en razonado informe en el término de diez días a contar desde la remisión del proyecto, salvo cuando se oponga a ello razones de interés público debidamente consignadas en el anteproyecto". En virtud de este precepto la Administración debe consultar a las entidades representativas de los funcionarios, esto es, los sindicatos más representativos a nivel estatal y autonómico⁵⁷ en la elaboración de las disposiciones reglamentarias, decretos legislativos y leyes que afecten a los intereses de los funcionarios. Sólo que este precepto está redactado en términos equívocos que no consiguen expresar con claridad si contiene un trámite de obligado cumplimiento o meramente facultativo⁵⁸. En esencia, doctrina y jurisprudencia ofrecen diversas teorías explicativas que van desde la consideración de que la observancia de este trámite es discrecional para la Administración⁵⁹ hasta la posición que defiende su carácter

⁵⁷. REBOLLO PUIG, M., "La participación de las entidades representativas de intereses en el procedimiento de elaboración de disposiciones administrativas generales", R.A.P., núm. 115, 1.988. págs. 155 y ss; SALA FRANCO, T y ALBIOL MONTESINOS, I., Derecho sindical, Valencia, 1.992, pags. 308 y ss.

⁵⁸. GONZALEZ NAVARRO, F., "Los informes administrativos", publicado en la obra del mismo autor y BLANCO TELLA, L., Organización y procedimiento administrativo, Madrid, 1.975, pág. 403.

⁵⁹. La jurisprudencia, por lo general, estima su carácter potestativo. Véanse, entre otras muchas, las S. del T.S. de 27 de abril de 1.984, 19 de mayo y 14 de septiembre de 1.987, y 20 de septiembre de 1.988, de 7 de marzo de 1.990 y de 16 de abril de 1.991.

Los procedimientos

preceptivo, salvo las excepciones expresamente consignadas en el art. 130.4 de la L.P.A.⁶⁰.

No obstante, el Tribunal Supremo ha entendido en varias ocasiones que el mecanismo de la audiencia se activa obligatoriamente cuando otro precepto distinto del art. 130.4 de la L.P.A. impone su realización⁶¹.

1.1. La consulta preceptiva.

5. La L.O.R.A.P. viene a poner fin a toda esta discusión al imponer la obligatoriedad de la consulta "cuando las consecuencias de las decisiones de las Administraciones Públicas que afecten a sus potestades de organización puedan tener repercusión sobre las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos" (art. 34.2 L.O.R.A.P.). Se establece, de este modo, la consulta con un tono imperativo y no potestativo, esto es, se está contemplando una consulta de carácter obligatorio⁶². Por consiguiente, aunque

⁶⁰. En esta línea, REBOLLO PUIG, M., "La participación...", cit., págs. 99 y ss; GONZALEZ PEREZ, J., Comentarios..., cit., pág. 1.140, para quienes el art. 105.a) de la C.E. viene a derogar el régimen restrictivo del art. 130.4 de la L.P.A. Así, las S. del T.S. de 1 de diciembre y 6 de julio de 1.982, 18 de diciembre de 1.985 y 23 de marzo de 1.988, 5 de febrero y 10 de mayo de 1.990, 23 de enero y 11 de marzo de 1.991.

⁶¹. Así, entre otras, las S.S.T.S. de 15 de diciembre de 1.981, de 1 y 15 de octubre de 1.982, y 1 de noviembre de 1.984.

⁶². Ver, por todos, DEL REY GUANTER, S., Comentarios a la Ley de Organos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones públicas, Madrid, 1.988, págs. 218 yss; SALA FRANCO, T., "Administraciones...", cit., pág. 67.

Los procedimientos

existan ciertas reservas acerca del carácter preceptivo del trámite de audiencia contemplado en la L.P.A., no cabe duda que la Administración debe consultar a los sindicatos en los supuestos previstos en el precepto que comentamos.

6. Ello no obsta, para que aún queden algunas incógnitas que la misma práctica habrá de encargarse de despejar. Así, por un lado, hay que concretar los supuestos en que, entendiendo el trámite como preceptivo, procede, efectivamente, la audiencia y en cuáles está exceptuada. Por otro, hay que determinar qué trascendencia jurídica ha de tener el incumplimiento por parte de la Administración de su obligación de consultar a las organizaciones presentes en las mesas de negociación.

7. Por lo que se refiere al primer problema señalado, el núcleo del tema está en perfilar los supuestos en los que las decisiones adoptadas a nivel orgánico tienen incidencia sobre las condiciones de trabajo, porque es justamente esto lo que más dificultades entraña. A este respecto, hay que indicar que el párrafo comentado, al describir una parte de la realidad e intentar delimitar un tipo de supuesto en que, afectando las decisiones adoptadas en materia orgánica sobre las condiciones de trabajo de los funcionarios, procede imperativamente la consulta, formula un concepto jurídico indeterminado, pues sus límites no aparecen bien

Los procedimientos

precisados en el enunciado⁶³. En efecto, procederá la consulta cuando las decisiones adoptadas en materia orgánica afecten a las condiciones de trabajo de los funcionarios. Pero la ley no determina con exactitud el grado de afectación necesario y no lo hace porque éste no admite una cuantificación rigurosa. Sin embargo, la interpretación y aplicación del mismo no entraña ninguna discrecionalidad para la Administración.

En principio, en la estructura de este concepto es identificable una "zona de certeza positiva", es decir, la existencia de decisiones en cuyo procedimiento de elaboración debe abrirse, con toda seguridad, el trámite de audiencia: cuando la decisión exceda del ámbito puramente doméstico de la organización administrativa y vaya a afectar de una forma directa y grave sobre los intereses del colectivo funcional. Pero esta delimitación no agota todos los supuestos, ya que en base a lo formulado en este artículo no es necesario que las consecuencias en la relación de servicio de las decisiones adoptadas a nivel orgánico sean de una nitidez indiscutible. En este sentido conviene notar que el texto definitivo de la ley no asumió la enmienda presentada por el Grupo Mixto que proponía la modificación del art. 34.2 por considerarlo impreciso en el sentido siguiente: "también procederá la consulta cuando los efectos de las decisiones de las Administraciones

⁶³. Vid. SALA FRANCO, T., "Administraciones..", cit., pág. 66.

Los procedimientos

Públicas puedan tener una repercusión directa alterando las condiciones de trabajo, sin perjuicio de las potestades de autoorganización que a dichas Administraciones les corresponde"⁶⁴. Basta, según la redacción definitiva del reseñado precepto, que tales consecuencias "puedan" tener repercusión sobre las condiciones de trabajo de los funcionarios. En gran medida, lo que se está estableciendo es "una presunción iuris tantum, a favor de la consulta obligatoria de las decisiones de la Administración en el ámbito orgánico que afecten a la relación de servicio funcional"⁶⁵.

8. En todos estos supuestos señalados la consulta constituye un trámite de inexcusable cumplimiento, sin que pueda condicionarse su exigencia a las circunstancias señaladas en el art. 130.4 de la L.P.A., esto es, a que sea posible, a que la índole de la disposición lo aconseje y a que no se opongan a ello razones de interés público debidamente consignadas, porque la L.O.R.A.P. no admite ninguna excepción. Tampoco puede prescindirse de ella por razones de urgencia, como permite con carácter general el art. 130.6 de la L.P.A., no sólo porque la L.O.R.A.P. no contempla esta posibilidad, sino porque, al versar la disposición sobre

⁶⁴. Boletín Oficial de las Cortes. núm. 18-3, de 19 de febrero de 1.987, enmienda núm. 133 presentada por el Grupo Minoría Catalana.

⁶⁵. DEL REY GUANTER, S., Comentarios..., cit., pág. 222.

Los procedimientos

"estructura orgánica, régimen de personal...", entra de lleno dentro de los supuestos en los que la L.P.A. no admite la excepción.

Por otra parte, la consulta es preceptiva, aun cuando la disposición haya sido sometida a un periodo de información pública. Doctrina y jurisprudencia sostienen que, puesto que las entidades representativas no ostentan la condición de interesados en el procedimiento de elaboración de las disposiciones reglamentarias, no es necesario abrir el trámite previsto en el art. 130.4 de la L.P.A., ni siquiera en los casos en que éste lo impone preceptivamente, cuando se acuerde la apertura de un periodo de información pública⁶⁶. Sin embargo, esta tesis no es aplicable a los supuestos contemplados porque, aparte de que la expresión "...audiencia de los ciudadanos, directamente o a través de organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley" del art. 105.1 de la C.E. parece tener más carácter copulativo que disyuntivo y sirve para simultanear la participación de las organizaciones mediante el trámite de audiencia en sentido estricto y la de los ciudadanos en general a través de la información pública⁶⁷, los sindicatos funcionariales tienen la condición de

⁶⁶. En este sentido, REBOLLO PUG, M., op. cit., pág. 164. Véanse, entre otras, las S. del T.S. de 6 de julio de 1.982 y 29 de octubre de 1.985.

⁶⁷. GARRIDO FALLA, F., Comentarios a la Constitución, Madrid, 1.985, pág. 14 y ss.

Los procedimientos

interesados, y en consecuencia, su audiencia, al igual que acontece en el procedimiento común respecto de los "interesados" (art. 91 L.P.A.), resulta ser un trámite esencial.

Conclusión semejante cabe mantener para los casos en que la Ley o el Reglamento sea informado por órganos administrativos, como, verbigracia, el C.S.F.P., cuya composición garantice la participación de los sindicatos⁶⁸. En este sentido, conviene notar que los apartados a) y b) del art. 6.2. de la L.M.R.F.P. contemplan la consulta potestativa de este órgano en la elaboración de los anteproyectos de ley, disposiciones y decisiones relevantes en materia de personal. Pero, la intervención de este órgano no exonera a la Administración de su obligación de consultar a los sindicatos por las siguientes razones. En primer lugar, porque el legislador establece esta técnica de participación en el procedimiento de elaboración de disposiciones reglamentarias con carácter obligatorio después de haber previsto la intervención de aquel en la L.M.R.F.P. En segundo lugar, porque la efectividad de la labor consultiva de los sindicatos es menor cuando se desarrolla a través del C.S.F.P., pues, al existir en su seno varias categorías de intereses, algunos de los cuales además son contrapuestos, se ha de llevar a cabo una composición e integración

⁶⁸. REBOLLO PUIG, M., op. cit., pág. 165, para quien esta fórmula de participación funcional no es necesaria en los supuestos en que el ordenamiento ha establecido técnicas de participación institucional de los intereses afectados.

Los procedimientos

de los mismos antes de elevar la opinión del citado órgano a la Administración resolutoria. De este modo, la posibilidad que tienen los sindicatos de influir sobre el proyecto de ley o disposición reglamentaria que se dicte depende, a su vez, de que sus alegaciones sean finalmente recogidas en el informe, que es, en definitiva, el único material sobre el que trabaja la Administración activa. En la práctica, va a resultar difícil que no exista conexión entre ambas vías de participación, dada la acentuada identidad de los sujetos y de las materias a tratar en ambos supuestos⁶⁹.

Otro problema interpretativo que ofrece esta consulta es el de su posible colisión con la consulta a las representaciones unitarias en aquellas ocasiones en las que la Administración pretenda adoptar decisiones que afecten a las condiciones de trabajo de sus funcionarios. Una comparación de las materias sobre las que procede la consulta a las organizaciones sindicales y a las representaciones unitarias muestra que son posibles las coincidencias. A pesar de ello, no debe producirse ningún tipo de interferencia entre las actuaciones de unas y otras, por cuanto que deben desarrollarse de principio en esferas diferenciadas⁷⁰. A los

⁶⁹. Ver DEL REY GUANTER, S., Comentarios... cit., pág. 256.

⁷⁰. En este sentido, CRUZ VILLALON, J., "Juntas de Personal: conceptos, ámbitos de actuación y competencias", en A.A.V.V., Seminario sobre las relaciones colectivas en la Función Pública, Sevilla, 1.989, pág. 110, afirma que no puede producirse ningún tipo de interferencias entre una y otra consulta porque son excluyentes.

Los procedimientos

miembros de las Juntas de Personal y Delegados de Personal se consultarán las decisiones organizativas con repercusión sobre las condiciones de trabajo de los funcionarios incluidos dentro de la unidad electoral correspondiente, ya que tienen un mandato representativo circunscrito al colectivo que les votó y por tanto unas funciones limitadas. Las organizaciones sindicales presentes en las mesas de negociación, en cambio, ostentan una representación que les permite participar a nivel general o sectorial.

9. Por lo que se refiere al segundo problema planteado -la trascendencia del incumplimiento por parte de la Administración Pública de su obligación de consultar a las organizaciones sindicales-, partiendo de la tesis doctrinal según la cual toda infracción de las normas reguladoras del procedimiento determina la nulidad radical de la disposición administrativa (arts. 26 y 28 L.R.J.A.E. y 47.2 L.P.A.)⁷¹, hay que concluir que la omisión del trámite de audiencia a las organizaciones sindicales funcionariales en los supuestos antes señalados comportará la nulidad de pleno

Esta era, por lo demás la filosofía latente en el proyecto remitido por el Gobierno a las Cortes, pues en la Memoria que acompañaba al mismo se afirmaba que: "... el esquema de la ley trata, al igual que sucede en el Estatuto de los Trabajadores (Tit. III) con los convenios colectivos supraempresariales, de repartir (entre las organizaciones sindicales y las representaciones unitarias) las legitimaciones para la participación en la Administración Pública según el nivel o ámbito de la misma...".

⁷¹. En este línea, se sitúa la mayoría de la doctrina. Vid., por todos, GARCIA DE ENTERRIA, E. y RAMON FERNANDEZ, T., Curso de Derecho Administrativo, Tomo I, Madrid, 1.987, pág. 196; GONZALEZ PEREZ, J., Comentarios..., cit., pág. 1.125. Otros, sin embargo, consideran que, al igual que el acto administrativo, el Reglamento es susceptible de una graduación en su impugnación entre nulidad radical y simple anulabilidad. Así, BOQUERA OLIVER, J.M.², Estudios sobre el acto administrativo, Madrid, 1.984, pág. 155.

Los procedimientos

derecho de la disposición en cuestión. Hay que advertir, sin embargo, que no es ésta la posición adoptada por la doctrina jurisprudencial. El Tribunal Supremo considera que la omisión del trámite de audiencia previsto en una disposición legal específica no determina la nulidad, sino la anulabilidad de la disposición en cuestión⁷², si bien rechaza la posibilidad de convalidar a posteriori este defecto de forma por tratarse de una propuesta preceptiva⁷³.

La solución propuesta es muy clara cuando la omisión de este trámite tiene lugar en la elaboración de una disposición reglamentaria. Todo reglamento es nulo de pleno derecho en cuanto infringe una norma de superior jerarquía, aun cuando ésta sea de procedimiento. Pero ¿qué sucede cuando la Administración no observa este trámite al preparar los proyectos y anteproyectos de ley?. En principio, como la ley que se dicte tiene la misma fuerza que la L.O.R.A.P., habría que concluir que su validez no resulta afectada

⁷². Así, entre otras, las S. de 15 de diciembre de 1.981, 15 de octubre de 1.982 y 1 de octubre de 1.984. Sin embargo, otras sentencias parecen seguir criterio contrario al pronunciarse por la nulidad de pleno derecho de la disposición. Así, entre otras, las sentencias de 23 de marzo de 1.982, 7 de mayo de 1.987, 19 de mayo de 1.988, 5 de febrero de 1.990 y 11 de marzo de 1.991.

⁷³. Así, la S.T.S. de 1 de octubre de 1.984 dice que: "al faltar las propuestas e informes preceptivos nos encontramos con un defecto de forma no convalidable a posteriori -art. 53.5 de la L.P.A.- y que determina en todo caso la nulidad del acto o disposición viciada, por aplicación del artículo 48.2 de la citada ley..".

Los procedimientos

por ello⁷⁴. La cuestión, sin embargo, es si no será inconstitucional la ley que se dicte sin la participación de los sindicatos funcionariales. A este respecto, conviene notar que la L.O.L.I.S., que en cuanto norma reguladora específica de un derecho fundamental, forma parte del bloque de constitucionalidad⁷⁵, efectúa un claro reoncimiento de un derecho a participar en la determinación de las condiciones de trabajo, que pasa a engrosar el contenido del derecho fundamental de libertad sindical de los funcionarios⁷⁶. De este modo, a partir de la L.O.L.I.S., y sin perjuicio de que ésta precise de articulación y desarrollo, las leyes ordinarias están condicionadas de antemano por el reconocimiento de tal derecho.

1.2. La consulta potestativa

10. Junto a la consulta obligatoria prevista en los artículos señalados, el art. 34.2 viene a establecer un ámbito de consulta potestativa⁷⁷. En efecto, este precepto dispone que "quedan

⁷⁴. Sobre los efectos de las infracciones del procedimiento previsto en la L.P.A. en la elaboración de los proyectos de ley ver GARCIA DE ENTERRIA, E. y RAMON FERNANDEZ, T., Curso de Derecho Administrativo, Tomo I, Madrid, 1.987, pág. 196.

⁷⁵. SALA FRANCO, T y ALBIOL MONTESINOS, I., op. cit., pág. 654.

⁷⁶. Vid. las S.S.T.C.O. de 31 de marzo de 1.986 y 25 de enero de 1.988.

⁷⁷. Así, DEL REY GUANTER, S., Comentarios..., cit., pág. 222; LOPEZ GANDIA, J., op. cit., pág. 20.

Los procedimientos

excluidas de la obligatoriedad de la consulta o negociación, las decisiones de las Administraciones Públicas que afecten a sus potestades de organización, al ejercicio de los derechos de los ciudadanos ante los funcionarios públicos y al procedimiento de formación de los actos y disposiciones administrativas", lo cual significa que, si bien la Administración no está obligada a consultar las decisiones sobre tales materias, nada le impide hacerlo, quedando a su libre arbitrio o discrecionalidad.

Nótese, en relación específica a las potestades de organización de la Administración, que las decisiones en este ámbito con consecuencias en las condiciones de trabajo de los funcionarios no es que sea de consulta potestativa, sino obligatoria, en base a lo dispuesto en el art. 34.2. Es más, no hay que olvidar que este trámite se inserta dentro de un procedimiento especial de elaboración de reglamentos, cuya finalidad es garantizar la legalidad, acierto y oportunidad de la norma (art. 129.1 L.P.A.). De esta manera, esta finalidad permite incorporar otro tipo de supuestos en los que la base para exigir el trámite se derive de la necesidad de contar con datos u opiniones para establecer una regulación racional y adecuada. Así, aun cuando la disposición no exceda del ámbito puramente doméstico de la organización administrativa es necesaria la audiencia para que, en vista de los nuevos datos disponibles, se dicte la disposición más

Los procedimientos

acorde con los intereses en juego.

2. El momento procedimental oportuno.

11. La consulta es un trámite preceptivo dentro del procedimiento de elaboración de las disposiciones legales y reglamentarias en materia organizativa con repercusiones sobre las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos. Pero no basta con decir que la audiencia de los sindicatos es obligatoria. Es imprescindible, además, averiguar el momento preciso en que los sindicatos deben ser consultados, porque éste está estrechamente ligado a la finalidad que dicho trámite tiene dentro del procedimiento, de tal manera que ésta no se cumple si la consulta se realiza en un momento distinto al que le corresponde.

La L.O.R.A.P. no precisa, ni directa ni indirectamente, el momento en que ha de verificarse la audiencia, por lo que la solución al problema ha de obtenerse a partir de lo dispuesto en la L.P.A. acerca del trámite de audiencia a las entidades representativas contemplado en el párrafo 4 del art. 130 de la L.P.A. Este precepto, aunque no determina el orden en que han de producirse los trámites en él previstos, si contiene algunas previsiones que permiten determinar el momento procedimental preciso en que se ha de oír a los sindicatos.

Los procedimientos

En primer lugar, la audiencia debe producirse en un momento del procedimiento en que exista ya una redacción del proyecto, puesto que es éste el que ha de remitirse según el art. 130.4 de la L.P.A.⁷⁸ En todo caso debe ser posterior a la "moción, providencia o propuesta de quien tenga la iniciativa", así como a los "estudios e informes previos" a que se refieren los apartados 1 y 2 del art. 129 L.P.A. Esta exigencia no significa, sin embargo, que el proyecto que se proporciona haya de ser sustancialmente el que con posterioridad se someta a la aprobación del órgano competente para ello⁷⁹.

En segundo lugar, y por similitud con el trámite de audiencia al interesado del procedimiento administrativo común, debe ser anterior a la propuesta de resolución, y, por ende, al informe de la Secretaria General técnica y al dictamen del Consejo de Estado (art. 91 L.P.A.)⁸⁰.

12. En definitiva, la consulta debe producirse en un momento del procedimiento en que exista ya una redacción del proyecto e inmediatamente antes de los informes de la Secretaría General

⁷⁸. REBOLLO PUIG, M., op. cit., págs. 163.

⁷⁹. Así, las S del T.S. de 25 de enero de 1.984 y 23 de enero de 1.987, donde se admite que el proyecto sometido a informe puede sufrir modificaciones, incluso como consecuencia de las alegaciones realizadas vía artículo 130.4 L.P.A., sin que sea necesario repetir el trámite, lo que podría dar lugar a una indefinida y absurda demora.

⁸⁰. Vid. REBOLLO PUIG, M., op. cit., pág. 163.

Los procedimientos

técnica y del dictamen del Consejo de Estado, permitiendo, de este modo, que las alegaciones realizadas sean tenidas en cuenta por estos órganos consultivos y por el mismo que ha desarrollado el procedimiento antes de aprobarlo o, en su caso, de elevarlo al órgano competente pues si sólo a éste quedase relegado considerar las opiniones vertidas en el trámite de audiencia, no infrecuentemente verían mermada la posibilidad de influir realmente en la decisión administrativa⁸¹.

14. Por último, la consulta prevista en el art. 34.1, aunque, al ser facultativa puede realizarse cuando la Administración lo juzgue conveniente⁸², deberá también tener lugar en el momento que se ha señalado como oportuno para la consulta preceptiva. De otro modo, difícilmente, tendría utilidad oír a los sindicatos, pues sus opiniones no podrían influir en la decisión administrativa.

3. Eficacia.

15. El criterio sostenido por la L.P.A. es el de que, salvo disposición expresa en contrario, los informes carecen de vinculabilidad jurídica (art. 85.2 L.P.A.), por lo que, dado el

⁸¹. REBOLLO PUIG, M., op. cit., pág. 163.

⁸². En este sentido, GONZALEZ NAVARRO, F., "Los informes administrativos como actos de instrucción del procedimiento administrativo", D.A., núm. 98, 1.966, pág. 30, señala que los trámites de instrucción que sean facultativos habrán de pedirse cuando se juzgue conveniente.

Los procedimientos

silencio que guardan al respecto tanto la L.P.A. como la L.O.R.A.P., las opiniones y apreciaciones formuladas por los sindicatos no vinculan al órgano administrativo que debe aprobar la disposición⁸³. Cuando el legislador establece la obligatoriedad de la consulta no está alterando la competencia y, por ende, la responsabilidad de adoptar la decisión, sino que está introduciendo un trámite en el proceso de adopción de la decisión, cual es el de oír a los sindicatos. La "obligatoriedad" de la consulta, por consiguiente, estriba en su realización y no en la eficacia de sus resultados.

16. Ahora bien, cuando se trata de materias competencia del legislador surge el problema de si el Gobierno viene obligado o no a asumir las alegaciones formuladas por la representación sindical en el proyecto normativo a elevar a las Cortes. Es decir, como subraya LOPEZ GANDIA, de "si se trata de una negociación que "no puede decir su nombre" en razón al respeto a los órganos soberanos antes mencionados, pero si vincularía al Ministro representante, encargado de elaborar y presentar al Gobierno para que haga suyo el resultado de la consulta en el correspondiente proyecto de ley, por lo que sólo sería vinculante en esta fase pero no ya obviamente en fase de Cortes o Asamblea legislativa; o bien, si tampoco vincula

⁸³. La posición de la doctrina sobre este extremo es unánime. Ver, por todos, DEL REY GUANTER, S., Comentarios..., cit, pág. 218; SALA FRANCO, T., "Administraciones..", cit., pág. 67.

Los procedimientos

al Gobierno.."⁸⁴.

En principio, dado el silencio legal al respecto⁸⁵ y a la vista de lo dispuesto en el art. 85.2 de la L.P.A., no parece que la consulta vincule al Gobierno, sin perjuicio de que quiera asumir la responsabilidad política -que no jurídica- de tales reivindicaciones. Esta solución no parece que se adecue al espíritu que anima tanto a la L.O.L.I.S. como a la L.O.R.A.P., cual es favorecer la participación de los funcionarios en la elaboración de las normas por las que han de regirse, por cuanto que la instancia competente ni tan siquiera llegaría a conocer la opinión de sus representantes. Por ello, y teniendo en cuenta que las formas tienen un carácter instrumental, cabría postular una cierta vinculación para el Gobierno en el sentido de que éste viniera obligado a asumir en el proyecto de ley las alegaciones de los sindicatos o, en su defecto, a acompañarlo con el informe emitido por éstos, para que las Cortes, que, desde luego, serían libres para aceptarlas o rechazarlas, pudieran conocerlas.

⁸⁴. LOPEZ GANDIA, J., "Los derechos..", cit., pág. 19.

⁸⁵. En este sentido, es significativo el hecho de que el texto definitivo de la ley no asumiera la enmienda 173 presentada por el C.D.S. que proponía: "El resultado de las negociaciones cuando se trata de materias reservadas a la ley o que supongan...vincularán únicamente al órgano de gobierno representado en la mesa de negociación, que deberá asumir los resultados de la misma sin perjuicio de la competencia posterior de los órganos representativos antes indicados". Boletín Oficial de las Cortes, núm. 18-3, de 19 de febrero de 1.987.

Los procedimientos

17. Finalmente, cabe plantear si la Administración debe o no justificar y razonar su negativa a aceptar las alegaciones formuladas por la representación sindical. En este sentido, conviene notar que, a diferencia de la L.B.R.L. (art. 49.c)), ni la L.O.R.A.P. ni la L.P.A. establecen la obligación de resolver las alegaciones presentadas a través de esta vía de participación. No obstante ello, una lectura sistemática de ambas disposiciones legales proporciona una visión más completa sobre el tema que permite superar el escollo que representa el reseñado silencio. En efecto, los sindicatos, a diferencia del resto de entidades representativas de intereses, se constituyen en parte interesada del procedimiento, aunque sea de una forma puramente incidental, por lo que se les ha de reconocer el derecho a que la Administración se pronuncie expresamente sobre sus pretensiones. Resolución que, por lo demás, al ser negativa, deberá ser motivada (art. 43 L.P.A.), esto es, ha de dar razón del proceso lógico y jurídico que ha determinado tal decisión (art. 43 L.P.A.). Esta obligación de justificar y motivar la negativa puede constituir un estímulo indirecto para que la Administración sólo se pronuncie negativamente cuando las pretensiones sindicales sean distantes respecto de su posición en temas trascendentales y no accidentales.

II. COMUNIDADES AUTONOMAS.

Los procedimientos

18. La audiencia a las organizaciones sindicales en el procedimiento de elaboración de las leyes, reglamentos y actos administrativos de las C.C.A.A. en materia organizativa plantea las mismas cuestiones que se han señalado en la esfera estatal, esto es, el carácter preceptivo o potestativo de la misma, el momento procedimental oportuno en que debe realizarse y su eficacia. Como la normativa aplicable es la misma en ambos casos, las soluciones a estos problemas en el ámbito estatal son trasladables a la esfera autonómica, lo que excusa el estudiarlos aquí.

III. ENTIDADES LOCALES.

19. Por contra, alguna de estas soluciones no sirven en el ámbito local, porque la consulta participa de las particularidades del poder normativo de las E.E.L.L. y del procedimiento que la L.B.R.L. instrumentaliza para su ejercicio. Así, en primer lugar, la consulta preceptiva y potestativa sólo cabe, como ya se ha visto, en relación con los Reglamentos orgánicos, según incidan o no sobre las condiciones de trabajo de los funcionarios locales. En segundo lugar, a la audiencia a los sindicatos se yuxtapone la información pública (art. 49 L.B.R.L.)⁸⁶. En tercer lugar, y por lo

⁸⁶. En este sentido, MORELL OCAÑA, L., El régimen local español, Madrid, 1.988, pág. 208; REBOLLO PUIG, M., op. cit., pág. 164, señala que ambos trámites son necesarios en el procedimiento de elaboración de las ordenanzas locales, pudiéndose practicar conjuntamente. En idéntico sentido, ABELLA POBLET, M., Régimen Local, El Consultor de los Ayuntamientos, Tomo I, Madrid, 1.988, pág. 669.

Los procedimientos

que se refiere al momento procedimental oportuno, la audiencia debe tener lugar, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 49 de la L.B.R.L., una vez el Reglamento orgánico ha sido aprobado provisionalmente por el Pleno y antes de que éste lo apruebe definitivamente. Por último, el art. 49.c) de la L.B.R.L. impone a la entidad el examen individualizado, valoración y propuesta de resolución sobre todas las reclamaciones y sugerencias presentadas por los sindicatos durante el plazo de audiencia⁸⁷.

⁸⁷. Ver. MORELL OCAÑA, L., op. cit., pág. 210.

CAPITULO III

EL PROCEDIMIENTO DE NEGOCIACION

Los procedimientos

1. El propósito de este Capítulo es precisamente el de estudiar el procedimiento de negociación colectiva funcionarial. Hay que advertir, sin embargo, que el análisis que sigue toma como punto de referencia la negociación colectiva desarrollada en la esfera estatal. Ello no obstante, y dado que el régimen jurídico al que está sometida la negociación colectiva en la Función Pública estatal, autonómica y local es, como se ha visto antes, prácticamente el mismo, las consideraciones que se extraen a continuación son trasladables al ámbito autonómico y local, dejando a salvo las especialidades impuestas por la peculiar organización de las C.C.A.A. y de las E.E.L.L.

2. Para ello, siguiendo el desarrollo cronológico del procedimiento de negociación, se van a distinguir dos etapas o fases fundamentales en la exposición ulterior: 1º) El proceso negociador "propriadmente dicho"; 2º) La fase de "aprobación expresa y formal" del Acuerdo por el Consejo de Ministros.

I. EL PROCESO NEGOCIADOR "PROPIAMENTE DICHO".

Los procedimientos

3. Al comenzar este título se ha puesto de relieve que la regulación del proceso negociador se contiene en una serie de normas legales, fundamentalmente: la L.O.R.A.P., la L.P.A. y el E.T. Fácilmente, puede deducirse lo disfuncional de una regulación contenida en tres normas distintas cuya articulación no es siempre segura. Quien quiera acercarse con un mínimo de seguridad a la tramitación de esta fase se encuentra con que, más que poder seguirla ordenadamente en unos preceptos que se articulan según el desarrollo del procedimiento, tiene que deducirla muchas veces de unos preceptos dispersos, asistemáticos y no siempre claros.

4. No obstante ello, conjugando las reglas contenidas en tales normas y realizando una tarea interpretativa de conjunto, se puede afirmar que la negociación de los Pactos y Acuerdos se desarrollará siguiendo sucesivamente los siguientes pasos:

1. Las actuaciones previas: el acuerdo sobre la fecha de inicio de las negociaciones y los temas a negociar.

5. La negociación de los Pactos y Acuerdos va precedida de unas actuaciones dirigidas a fijar la fecha de negociación y las materias a tratar en el proceso negociador. En efecto, de conformidad con el nuevo art. 33 de la L.O.R.A.P., que tiene el carácter de norma básica, "el proceso negociador se abrirá con

Los procedimientos

carácter anual, en la fecha que de común acuerdo fijen el Gobierno u órgano de gobierno de las restantes Administraciones Públicas y los sindicatos más representativos a nivel estatal y de Comunidad Autónoma, según lo dispuesto en los artículos 6 y 7 de la Ley Orgánica 11/1.985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical, y comprenderá, de entre las materias relacionadas en el artículo anterior las que ambas partes estimen oportuno".

6. No obstante, y antes de entrar en el examen de esta fase del procedimiento, conviene abordar siquiera sumariamente, el tema de la iniciación del procedimiento de elaboración de las disposiciones de carácter general y del proceso negociador estatutario.

7. De las dos formas de iniciación del procedimiento que, admite con carácter general, el art. 67 de la L.P.A. -de oficio o a instancia de persona interesada-, el procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general por su naturaleza especial únicamente puede incoarse de oficio (art. 129.1 L.P.A.)⁸⁸. En consecuencia, se inicia "por acuerdo del órgano competente, bien por propia iniciativa o como consecuencia de orden superior", o de

⁸⁸. Según el art. 129 el procedimiento "se iniciará por el Centro directivo correspondiente, con los estudios e informes previos que garanticen la legalidad, acierto y oportunidad de aquellos, con arreglo a lo dispuesto en el presente capítulo y en el capítulo I del título I". Ver, por todos, GONZALEZ PEREZ, J., Comentarios..., cit., pág. 1.144.



Los procedimientos

"moción razonada de los subordinados" (art. 68 L.P.A.). Lo cual supone que el procedimiento se inicia por decisión del órgano competente para la aprobación de la disposición que se trata de elaborar, del Ministro o Ministros del Departamento o Departamentos a los que corresponda por la materia, aun cuando la competencia para la aprobación de la disposición corresponda al Consejo de Ministros o de las Secretarías Generales técnicas⁸⁹. El órgano competente puede adoptar el acuerdo, bien por propia iniciativa o como consecuencia de orden del superior o de moción razonada de los inferiores. Dicho acuerdo puede revestir la forma de simple orden de que se realicen los estudios y trabajos necesarios para la elaboración de la disposición o de un anteproyecto ya elaborado que se ha de someter a los trámites previstos en la ley para asegurar "la legalidad, acierto y oportunidad", según señala el art. 129.1 L.P.A.⁹⁰.

8. El procedimiento convencional comienza con el ejercicio de la facultad de iniciativa negociada por parte legitimada para la unidad de negociación dirigida a la otra, a la que reputa también legitimada, invitándola a negociar (art. 89.1 E.T.). La iniciativa se plasma "en la comunicación, que deberá hacerse por escrito", con el siguiente contenido mínimo: 1º) la representación que se ostenta

⁸⁹. Vid. GONZALEZ PEREZ, J., Comentarios..., cit., pág. 1.144.

⁹⁰. Así, GONZALEZ PEREZ, J., Comentarios..., cit., págs. 1.144-1.145.

Los procedimientos

de acuerdo con los arts. 87 y 88 E.T.; 2º) los ámbitos del convenio, y 3º) las materias objeto de negociación. Ahora bien, el acto de iniciativa de la negociación es un acto de carácter unilateral y recepticio, dirigido de una parte a la otra con la finalidad de negociar un convenio, que sólo encuentra efectividad si la parte receptora la asume⁹¹.

9. Lo anterior puede servir como punto de referencia para comprender hasta qué punto la L.O.R.A.P. se ha querido distanciar en este tema tanto de la L.P.A. como del E.T. En efecto, el proceso negociador, como se ha visto, se abrirá en la fecha y versará sobre las materias que, de común acuerdo, decidan las partes mencionadas en el número 33.

De esta forma, la L.O.R.A.P. viene a sentar una excepción a la regla general, según la cual el procedimiento de elaboración de las disposiciones de carácter general únicamente puede incoarse de oficio. Hasta la L.O.R.A.P., los sindicatos funcionariales no podían instar la apertura de un procedimiento para elaborar una disposición de carácter general en materia funcionarial. Sólo tenían el derecho de dirigir una petición al órgano competente para que

⁹¹. Vid. MONTOYA MELGAR, A., Derecho del Trabajo, Madrid, 1.989, pág. 169; OJEDA AVILES, A., Derecho Sindical, Madrid, 1.990, pág. 690; GARCIA BLASCO, J., "Obligación de negociar en los convenios colectivos de trabajo", A.L., núm. 38, pág. 2.225.

Los procedimientos

aprobase la disposición cuya promulgación se solicitaba⁹² (arts. 29.1 C.E., 70.2 L.P.A y 2 de la ley 92/1.960, de 22 de diciembre, sobre el derecho de petición). Ante esta petición, salvo que ésta tuviera otro título específico en el que ampararse, aquel venía obligado a resolver, sin que fuera suficiente con el acuse de recibo de la misma⁹³, pero era libre de iniciar o no el procedimiento⁹⁴. Tan sólo si, a partir del estudio acerca de la oportunidad de la norma cuya promulgación se solicitaba, estimaba fundada la pretensión, incoaba el procedimiento correspondiente (art. 11.2 Ley 92/1.960). Ahora bien, la petición no producía "per se" efecto de iniciación del procedimiento; éste no quedaba incoado hasta que por el órgano competente se adoptara el acuerdo correspondiente⁹⁵. Así, éste no sólo podía adoptar el acuerdo por

⁹². Vid. ALONSO-CORTES CONCEJO, A., "Hacia un concepto del derecho de petición", D.A., núm 86, 1.965, pág. 21 y ss.

⁹³. Así, GONZALEZ PEREZ, J., "Régimen jurídico del derecho de petición", D.A., núm. 40, 1.961, pág. 25; GONZALEZ SALINAS, P., "El ejercicio del derecho de petición y la fiscalización administrativa", R.E.D.A., núm. 54, 1.987, pág. 269. En esta línea, se enmarca la jurisprudencia más reciente, que admite que hay que interpretar los arts. 39.3 L.R.J.A.E. y 70.2 L.P.A. en el sentido de que la Administración debe resolver las peticiones graciabiles, ya que, en virtud de los arts. 53.1 y 29 C.E., los derechos y libertades fundamentales (y el derecho de petición es uno de ellos) vinculan a todos los poderes públicos. Ver, entre otras, la S del T.S de 12 de noviembre de 1.987 y la S.T.C. 161/1.988, de 20 de septiembre. En sentido contrario, ALONSO-CORTES CONCEJO, A., "La obligación de resolver y el derecho de petición", D.S., núm. 99, 1.966, págs. 38 y ss, para quien ni la ley reguladora del derecho de petición ni la L.P.A. imponen a la Administración la obligación de resolver las peticiones.

⁹⁴. Vid. la S.T.C.O. 161/1.988, de 20 de septiembre.

⁹⁵. Así, ALONSO-CORTES CONCEJO, A. "Hacia..", cit., pág. 65. No obstante, la sentencia de 7 de julio de 1.961 admitió que quedó incoado el procedimiento por el escrito dirigido al Director general por el ingeniero de una Confederación Hidrográfica interesando del Ministerio la promulgación de una disposición, si bien esta sentencia se refiere a la normativa anterior a la L.P.A. En este sentido, las S.S.T.S. de 28 de febrero y 21 de marzo de 1.991 señala que la producción de disposiciones reglamentarias se ha de realizar en función de la "legalidad,

Los procedimientos

propia iniciativa, por orden del superior o moción razonada de los inferiores, sino también con ocasión de una petición presentada por los funcionarios o sus sindicatos.

La L.O.R.A.P., al dotar a los sindicatos más representativos de la facultad para que de común acuerdo con el Gobierno, determinen la fecha de las negociaciones y el contenido material, rompe con este principio. De esta forma, el legislador pone en manos de la representación sindical un importante instrumento, que les permite participar en la determinación del momento en el que determinados aspectos de la materia funcional han de ser objeto de regulación. Se establece, pues, un límite a la discrecionalidad de la Administración no sólo en cuanto al contenido de las normas, sino también en cuanto al momento en que deben ser elaboradas. Quizás la Administración quiera regular una determinada materia, pero por razones de oportunidad decida hacerlo en otro momento y, sin embargo, deberá hacerlo cuando lo acuerde con los sindicatos.

Desde otra perspectiva, la fórmula emplada pasa por la necesidad de que las partes mencionadas en el art. 33 de la ley decidan, de común acuerdo, la fecha de comienzo del mencionado proceso con lo que, ciertamente, se evita que un sujeto pueda,

acierto y oportunidad de aquellas, por lo que los tribunales no pueden imponerla ante la pretensión de los administrados.

Los procedimientos

unilateralmente, adelantarse a los demás y vincularles con su iniciativa, como puede suceder según lo dispuesto en el E.T., en cuyo art. 89.1 se consagra una tenue obligación de negociar⁹⁶.

Por último, y a diferencia del E.T., el art. 33 de la L.O.R.A.P. establece la apertura anual del proceso negociador. Esta opción legal contrasta con la indefinición que al respecto caracteriza al E.T. en este punto, que deja a las partes negociadoras una total libertad en la materia y no les sujeta a cadencia alguna⁹⁷.

1.1. Los requisitos.

1.1.1. Subjetivos.

10. Los sujetos que acuerdan la fecha de la negociación y las materias a negociar son los sindicatos más representativos a nivel estatal y autonómico y los representantes de la Administración del Estado. Por lo que respecta a los primeros, conviene subrayar las diferencias que existen en este punto entre los sistemas de negociación colectiva laboral y funcionarial. Mientras la

*. ESCUDERO RODRIGUEZ, R., op. cit., pág. 97.

⁹⁷. ESCUDERO RODRIGUEZ, R., op. cit., pág. 97, subraya la diferencia existente en este punto entre la L.O.R.A.P. y el E.T.

Los procedimientos

L.O.R.A.P. monopoliza el comienzo del proceso negociador en relación a los sindicatos que tengan una representatividad reflejada por su pertenencia a un sindicato más representativo a nivel estatal o autonómico, aunque no tengan ninguna implantación en el ámbito de la negociación; en el ámbito laboral, en cambio, la legitimación del art. 87 del E.T. no faculta para proponer y aceptar las iniciativas de negociar. La parte promotora no sólo debe estar legitimada en función de este artículo sino también respecto del art. 88 del E.T.⁹⁸ Así, un sindicato más representativo o simplemente representativo en el ámbito correspondiente que no llega a la mayoría absoluta no puede iniciar las negociaciones.

11. Cada uno de ellos actuará, obviamente, conforme a las líneas de actuación marcadas por sus órganos de gobierno respectivo. Y, en este sentido, es el momento adecuado para abordar el tema de las "instrucciones" que el Gobierno, de acuerdo con la L.M.R.F.P. y la L.O.R.A.P., ha de dar a los representantes de la Administración del Estado. Por cierto, no deja de ser curioso que la L.O.R.A.P. establezca que, el Gobierno podrá determinar las

⁹⁸. La posición de la doctrina laboral es mayoritaria a este respecto. Ver, por todos, ALONSO LOEA, M. y CASAS BAAMONDE, M^a.E., Derecho del Trabajo, Madrid, 1.989, pág. 720; SALA FRANCO, T y ALBIOL MONTESINOS, I., Derecho Sindical, Valencia, 1.992, pág. 380. En este sentido, la S.T.S.J. de Murcia de 21 de noviembre de 1.991. En contra, GARCIA BLASCO, J., "Obligación legal de negociar en los convenios colectivos de trabajo", A.L., núm. 38, 1.988, pág. 2.223, para quien la promoción de la negociación no requiere, en principio, ostentar legitimación específica para negociar.

Los procedimientos

instrucciones a que deberán antenerse sus representantes cuando proceda la negociación; determinará, sin duda, tales instrucciones como más correctamente establece el art. 3.2.b) de la L.M.R.F.P., ya que lo contrario es inimaginable⁹⁹. Por lo demás, y por lo que se refiere a la forma que ha de revestir el acuerdo del Consejo de Ministros por el que se aprueban tales "instrucciones", hay que indicar que el criterio de la L.R.J.A.E. es el de que dentro del ámbito competencial del Consejo sólo requieren la forma de Decreto las disposiciones generales que no tengan la consideración de materias reservadas y las resoluciones cuando lo exiga alguna disposición general (art. 24). A ninguno de estos dos supuestos son reconducibles las "instrucciones", ya que ni tienen un contenido normativo ni la L.O.R.A.P. dice nada al respecto, por lo que cabe sostener que adoptaran la forma de simple Acuerdo¹⁰⁰

12. La configuración de las "instrucciones" es una competencia específica del Consejo de Ministros. Sin embargo, existe una serie de órganos que pueden desempeñar un papel más o menos relevante, en tal configuración. Por lo pronto, hay que tener en cuenta el rol del Ministerio de Economía y Hacienda en todo lo

⁹⁹. En este sentido, GARCIA FERNANDEZ, M., "Representatividad sindical y negociación colectiva en el sector públicos", A.L., núm. 42, 1.988, para quien los órganos de gobierno están obligados a determinar las "instrucciones", sin distinguir según se trate de negociar un Pacto o un Acuerdo.

¹⁰⁰. En este sentido, DE MIGUEL GARCIA, P., "Reuniones y acuerdos del Consejo de Ministros", R.A.P., núm. 79-89, pág. 229, señala que el plan de actuación del Gobierno y de las directrices que han de presidir las tareas encomendadas a cada uno de los Departamentos ministeriales adoptaran la forma de Acuerdo.

Los procedimientos

relacionado con el gasto de personal y, consiguientemente, con las condiciones económicas de la Función Pública. A este respecto, conviene recordar que, de acuerdo con el art. 5 de la L.M.R.F.P., le corresponde "proponer al Gobierno, en el marco de la política general económica y presupuestaria, las directrices a que deberán ajustarse los gastos de personal de la Administración del Estado", lo que quiere decir, entre otras cosas, que el Ministerio en cuestión desarrollará un papel decisivo en la configuración de las instrucciones económicas que el Gobierno dará al Ministro para las A.A.P.P. en su negociación con los representantes de los funcionarios públicos¹⁰¹.

Junto a este órgano, existen otros que también pueden desempeñar un rol decisivo en la determinación de las "instrucciones". Se trata de los órganos que forman la red orgánica con atribuciones fundamentalmente consultivas, de propuesta y asesoras, esto es, el C.S.F.P., la C.S.P. y la C.C.F.P.

Por lo que se refiere al primero de estos órganos -el C.S.F.P.-, está configurado como "el órgano superior colegiado de coordinación y consulta de la política de la Función Pública, así como de participación del personal al servicio de las Administraciones Públicas" (art. 6.1 L.M.R.F.P.). En este sentido,

¹⁰¹. Así, DEL REY GUANTER, S., Estado..., cit., pág. 166.

Los procedimientos

le corresponde "informar sobre aquellas disposiciones o decisiones relevantes en materia de personal que le sean consultadas por el Gobierno" (art. 6.2.a) L.M.R.F.P.). Tal intervención que en todo caso se deja a la discrecionalidad del Gobierno, puede darse, a la luz de esa disposición, tanto con anterioridad a la negociación -en la formación de las "instrucciones"- como con posterioridad a las mismas -cuando el Gobierno conozca del Acuerdo-¹⁰².

En principio, teniendo en cuenta que existe una identidad más o menos exacta entre los sindicatos negociadores y algunas de las organizaciones sindicales presentes en el C.S.F.P., cabría entender que la intervención de este órgano en la negociación no es necesaria. En sentido contrario, habría que decir que el informe que pueda emitir con anterioridad al inicio de las negociaciones, si adoptado con un mínimo de consenso entre los representantes de la Administración del Estado y los de los sindicatos con representatividad en la Función Pública, puede ser de extremada utilidad al Gobierno a la hora de impartir las instrucciones respecto a dichas negociaciones, en cuanto puede recoger un mínimo área de consenso entre las partes contratantes que facilite extremadamente la conclusión de los acuerdos¹⁰³. De no ser este el caso, el informe del Consejo también puede tener gran utilidad como

¹⁰². DEL REY GUANTER, S., Estado..., cit., pág. 162.

¹⁰³. Así, DEL REY GUANTER, S., Estado..., cit., pág. 168.

Los procedimientos

clarificador previo de las respectivas posturas de las futuras partes contratantes, lo cual es ya de por sí un presupuesto importante para lograr una negociación colectiva eficaz.

Además, hay que tener en cuenta que el C.S.F.P. es un organismo que, en su composición y funciones, no se corresponde fielmente con las mesas general y sectoriales de la Administración del Estado. Así, en primer lugar, se trata de un órgano de colaboración entre las A.A.P.P. (Administración del Estado, C.C.A.A. y E.E.L.L.) en materia de personal y de participación del personal al servicio de éstas. De este modo, ante la ausencia de una Mesa de negociación "Inter-Administraciones" que abarque a todas las Administraciones-, el C.S.F.P. se convierte en el órgano de coordinación por excelencia, aún dentro de sus limitadas competencias, con respecto a las negociaciones estatal, autonómica y local, en tanto que entre sus miembros se encuentran representantes de todas las Administraciones, que, en muchos casos, van a ser los competentes para negociar en su respectivo ámbito, y representantes de los sindicatos con representatividad en el conjunto de las A.A.P.P.¹⁰⁴. En segundo lugar, al ser un órgano de participación tanto del personal funcionario como del laboral, los dos sistemas de negociación que conviven en el seno de las Administraciones Públicas -el funcional y el laboral- pueden

¹⁰⁴. Así, DEL REY GUANTER, S., Comentarios..., cit., pág. 256.

Los procedimientos

encontrar en el C.S.F.P. un órgano de coordinación y de intercambio de experiencias de especial importancia, por cuanto que entre sus miembros se encuentran representantes de los sindicatos y de las Administraciones que van a negociar en ambos sectores¹⁰⁵. En tercer lugar, el C.S.F.P., como se ha dicho, es un instrumento de participación del personal al servicio de las Administraciones, esto es, tanto de la Administración estatal como de las autonómicas y locales. De este modo, el informe de este órgano puede ser el cauce, que, de no prosperar la tesis favorable a la diversificación de la composición de la Mesa general de la Administración del Estado según intervenga o no en la regulación de lo "básico", permita al funcionariado autonómico y local participar en dicha regulación.

Por todo ello, y sin perjuicio de que el Gobierno pueda someter más tarde a la consideración del C.S.F.P. el Acuerdo alcanzado en sede negocial, es conveniente que este órgano emita su informe con anterioridad al inicio de las negociaciones, pues de otro modo las alegaciones de sus miembros no tendrían ninguna posibilidad de influir sobre el resultado de la negociación.

Otro órgano con competencias consultivas y asesoras que puede desarrollarlas con anterioridad al inicio de las negociaciones es

¹⁰⁵. DEL REY GUANTER, S., op. ult. cit., pág. 257.

Los procedimientos

la C.S.P., en cuanto que le corresponde proponer los criterios unitarios de actuación en materia de personal en el ámbito de la Administración del Estado (art. 2.a) R.D. 453/1.985). Como puede observarse, la intervención de este órgano puede darse con anterioridad a la negociación, en el periodo de formación de las instrucciones que el Gobierno ha de dar al Ministro para las A.A.P.P., y ha de darse forzosamente con posterioridad, en tanto que se requiere informe preceptivo respecto a los proyectos de normas de desarrollo de las disposiciones legales en materia de personal aprobadas por el Gobierno y el Ministro para las A.A.P.P.¹⁰⁶.

Finalmente, hay que tener en cuenta el rol que le corresponde a la Comisión de Coordinación de la Función Pública en todo aquello relacionado con la oferta de empleo público, ya que le corresponde "coordinar la política de personal de la Administración del Estado y de las C.C.A.A. para formar el plan de oferta de empleo público". De este modo, este órgano desarrollará un papel decisivo en la configuración de las instrucciones sobre los planes de oferta pública.

1.1.2. Objetivos.

¹⁰⁶. Así, DEL REY GUANTER, S., Estado... cit., pág. 167.

Los procedimientos

14. El acuerdo, según se ha dicho, deberá expresar la fecha de inicio de las negociaciones y las materias a negociar. La fórmula empleada pasa por la necesidad de que las partes mencionadas en el art. 33 de la L.O.R.A.P. decidan, de común acuerdo, la fecha de comienzo del mencionado proceso y el contenido de la negociación¹⁰⁷. La decisión que llevan a cabo de iniciar las negociaciones en una fecha determinada y de negociar unas materias concretas, en lugar de otras, es objeto de negociación o, por mejor decirlo, las cuestiones previas sobre las que aquellos han de ponerse de acuerdo. Estos extremos de la negociación, por consiguiente, no se conciben como elementos dados e inamovibles impuestos unilateralmente por una de las partes a la otra.

15. Las partes, en principio, son libres a la hora de fijar el contenido de la negociación, ya que el art. 33 dispone que el proceso negociador "comprenderá, de entre las materias relacionadas en el artículo anterior, las que ambas partes estimen oportuno". Sin embargo, dicha libertad está sujeta a ciertas limitaciones. Por lo pronto, es claro que las partes están constreñidas a la hora de elegir los temas a negociar por la propia ley. A este respecto,

¹⁰⁷. En esta posición parece situarse, DEL REY GUANTER, S., "La nueva..", cit., pág. 14, al decir que los sindicatos más representativos, de acuerdo con los órganos de Administración correspondiente fijan la fecha de la negociación y las materias a negociar. En cambio, ESCUDERO RODRIGUEZ, R., "El nuevo..", cit., pág. 98, dice que la ley no exige que ambas partes, de común acuerdo, hayan de fijar el contenido a diferencia de lo dispuesto para la fecha de inicio del proceso, sino que el proceso comprenderá las materias que ellas estimen oportuno. Por ello, es posible interpretar la agregación de temas propuestos por cada una de las partes y, dentro de ellas, los presentados por los distintos sujetos que componen la representación sindical.

Los procedimientos

conviene notar que la habilitación general que contiene el texto constitucional en favor del Gobierno para ejercer la potestad reglamentaria no le permite hacer uso de ella de manera espontánea para desarrollar cualquier tipo de leyes sin la existencia previa de una fórmula de remisión¹⁰⁸. Así, la Administración no es libre para dictar en cualquier momento un reglamento, pues ha de esperar la clausula de remisión legislativa correspondiente, que puede ser tanto expresa como implícita¹⁰⁹. A partir de este momento no sólo no puede dictar el reglamento, sino que está obligada a ello, porque la omisión funcional de actuación positiva de potestad normativa puede dar lugar a una falta que fundamenté una responsabilidad administrativa¹¹⁰. Así pues, cuando el legislador imponga la regulación de una determinada materia, las partes están obligadas a incluirlas en el contenido de la negociación. Así, sucede, por ejemplo, con las retribuciones, las prestaciones y pensiones de clases pasiva y, en general, con todas aquellas materias que se deban incluir en las Leyes de Presupuestos Generales del Estado. Otro tanto ocurre con la preparación y diseño

¹⁰⁸. Así, LUCAS MURILLO, P., "Observaciones en torno a los límites de la potestad reglamentaria del Gobierno", en A.A.V.V., El Gobierno en la Constitución española y en los Estatutos de Autonomía, Barcelona, 1.985, págs. 181 y ss.

¹⁰⁹. En este sentido, CHINCHILLA, C., Desviación de poder, Madrid, 1.984, pág. 47, sostiene, en contra de la doctrina sostenida por el T.S. en una sentencia de 9 de marzo de 1.9867, que podría apreciarse desviación de poder cuando la Administración estuviese obligada por ley a dictar determinado Reglamento y se negare a hacerlo ante la solicitud de un administrado.

¹¹⁰. Vid. GARCIA DE ENTERRIA, E. y RAMON FERNANDEZ, R., Curso de Derecho Administrativo, Tomo I, Madrid, 1.987, pág. 258. Vid la S.T.S. de 12 de enero de 1.990.

Los procedimientos

de los planes de oferta de empleo público.

16. La intervención negociadora de las cúspides organizativas tiene además de los límites legales, límites sustanciales derivados del propio respeto a la autonomía de los miembros de la "supermesa general" y de las Mesas de negociación.

En efecto, al igual que en el ámbito laboral¹¹¹, los sindicatos más representativos a nivel estatal y autonómico y los representantes de la Administración del Estado pueden pactar la existencia de un deber de negociar determinadas materias o, en su caso, precluir la negociación de otras. Esta posibilidad está implícitamente confirmada por el art. 32.c), a cuyo tenor serán objeto de negociación las materias de índole sindical, y en general cuantas otras afecten al ámbito de relaciones de los funcionarios públicos y sus organizaciones sindicales con la Administración. Este precepto sirve de cobertura suficiente para que los miembros de la "supermesa general" puedan establecer un deber de negociación tendente a que una vez llegado a su fin el Pacto o Acuerdo, las partes se reúnan y comiencen la negociación de otro que los

¹¹¹. El deber de negociar exigido en el art. 89.1 del E.T. puede incorporarse igualmente a convenios marco, de acuerdo con el art. 83 del mismo E.T., reforzando así su carácter imperativo para los sujetos colectivos afiliados a las organizaciones sindicales, mientras permanezcan sometidos a su disciplina. En base a este mismo precepto, las organizaciones sindicales y empresariales más representativas puedan fijar "las materias que no podrán ser objeto de negociación en ámbitos inferiores". Vid. GARCIA BLASCO, J., "Obligación legal de negociar convenios colectivos de trabajo", A.L., núm. 38, 1.988, págs. 2.226 y ss; OJEDA AVILES, A., Derecho., cit., pág. 690; IGLESIA CABERO, M., "Algunas reflexiones en torno al deber de negociar", A.L., núm. 7, 1.989, pág. 77.

Los procedimientos

sustituya, de forma que ninguna de ellas pueda sustraerse al necesario acuerdo vencido, o incorporar un deber de negociar determinadas materias no incluidas en aquellos a cumplir necesariamente en la anualidad siguiente. Del mismo modo, los miembros de la "supermesa general" también pueden establecer circunstancias concretas que justifican la lícita negativa a la pretensión de la otra parte de incorporar determinadas materias al contenido del proceso negociador.

En cambio, y a diferencia de lo que sucede en el ámbito laboral¹¹², en principio, no parece posible que los niveles de negociación inferiores, general o sectoriales, puedan pactar en el propio Pacto o Acuerdo la existencia de un deber de negociación para las partes firmantes o precluir la negociación de determinadas materias, ya que el art. 33, como se ha visto, monopoliza la delimitación del contenido de las negociaciones exclusivamente en relación a las organizaciones sindicales de mayor representatividad.

Por contra, la delimitación del ámbito temporal de los Pactos y Acuerdos si corresponde a los miembros de las Mesas general y sectoriales de negociación. Por consiguiente, los miembros de la

¹¹². Vid GARCIA BLASCO, J., "Obligación legal de negociar en los convenios colectivos de trabajo", A.L., núm. 38, 1.988, pág. 2.226.

Los procedimientos

"supermesa general" no podrán pretender la revisión de un Pacto o Acuerdo que se encuentra en vigor, bien porque no ha llegado el termino final de su vigencia o porque se han incumplido los acuerdos relativos a las formalidades a observar en su denuncia. Para proceder a la revisión "ante temporis" de un Pacto y Acuerdo será preciso, como se verá más tarde, que así lo acuerden las partes que lo firmaron.

17. Hay que preguntarse, finalmente, cuál es el momento en que ha de fijarse el contenido de la negociación y, en concreto, si ha de realizarse, cuando se acuerda la fecha de apertura del proceso negociador, o bien en un momento posterior. Pues bien, desde una perspectiva meramente sistemática, parece que la determinación material del proceso negociador debe realizarse cuando se acuerda la fecha de apertura del proceso. Ahora bien, no parece que pueda considerarse como un trámite procesal rígido que impida jurídicamente la negociación de cuestiones nuevas a lo largo de la negociación por conculcar el principio de congruencia, ya que ello atentaría a una mínima libertad de negociación¹¹³. Nada impide, que las partes mencionadas en el art. 33, una vez constituida la mesa de negociación, incluyan otras materias en el contenido de la negociación. Sin embargo, es conveniente en aras de

¹¹³. En este sentido, ESCUDERO RODRIGUEZ, R., "el nuevo..", cit., pág. 98, señala que es posible fijar el contenido de la negociación en cualquier momento, porque lo único que se afirma en dicho precepto es que el proceso comprenderá las materias "que ambas partes estimen oportuno".

Los procedimientos

una mayor seguridad jurídica que el contenido se pormenore en el momento inicial del proceso negociador.

1.1.3. De actividad.

A) Tiempo.

18. El art. 33 de la L.O.R.A.P., como se ha visto, establece la apertura anual del proceso negociador. Tal solución proviene del A.N.C., si bien éste admitía, asimismo, la posibilidad de que el mismo se abriera cuando lo solicitaran ambas partes, el Gobierno y los sindicatos más representativos. Con el reconocimiento de una cadencia anual del proceso negociador se quiere acompasar las negociaciones a la dinámica generada por la aprobación de las normas presupuestarias y de la oferta de empleo público de las diferentes Administraciones Públicas¹¹⁴. Lo cual no obsta para que sea posible la existencia de vigencias desiguales en los Acuerdos o Pactos alcanzados en el ámbito de las Administraciones Públicas, por lo que es posible fijar, por ejemplo, la vigencia anual de las remuneraciones y plurianual en otras materias¹¹⁵; y, por supuesto, puede haber temas sobre los que la negociación no se pronuncie como

¹¹⁴. Así, ESCUDERO RODRIGUEZ, R., op. cit., pág. 96.

¹¹⁵. En el mismo sentido, DEL REY GUANTER, S., Comentarios..., cit., pág. 193; ESCUDERO RODRIGUEZ, R., op. cit., pág. 96.

Los procedimientos

ya se ha señalado.

B) Forma.

19. Los extremos antes reseñados serán fijados, de común acuerdo, por las partes mencionadas en el art. 33 de la L.O.R.A.P. conforme al procedimiento de adopción de los acuerdos negociales en el seno de la mesa negociadora¹¹⁶. Por ello, nos remitimos en este punto a lo que más tarde se dirá. La adopción de este criterio se basa en el hecho de que la fijación de la fecha de negociación y, sobre todo, la determinación material del proceso negociador requiere, por su trascendencia similar a los mismos acuerdos negociales, iguales requisitos que éstos.

20. Ello podría dar lugar a un desacuerdo previo entre ellas -o, incluso, entre los diferentes sindicatos- motivado por las divergencias sobre la fecha de iniciación de las negociaciones y sobre los temas que han de ser objeto de la misma. Si bien la falta de acuerdo sobre la fecha de inicio de las negociaciones puede que sea un tema relativamente menor, lo cierto es que el desacuerdo sobre las materias a negociar si es problemático, ya que se está decidiendo sobre el ámbito sustancial concreto en el que ha de

¹¹⁶. En sentido diverso, ESCUDERO RODRIGUEZ, R., "El nuevo marco..", cit., pág. 97, señala que no se precisa la voluntad concorde de todos los sindicatos, bastando con la de uno de ellos.

Los procedimientos

desarrollarse el derecho a la negociación colectiva de los funcionarios públicos. Las partes podrán recurrir a la mediación de un tercero conforme a lo establecido en el art. 38 de la L.O.R.A.P. para resolver este conflicto. Es evidente que en la medida en que estas cuestiones forman parte del contenido de la negociación, también sobre ellas puede operar, producido el conflicto, el instrumento de la mediación.

Si la mediación no tiene éxito, el conflicto será resuelto, en virtud del art. 37.2 de la L.O.R.A.P., por el Gobierno. Ahora bien, la decisión administrativa, dado su carácter subsidiario de los acuerdos negociales, habrá de limitarse a señalar los temas a discutir en el proceso negociador. Es decir, la falta de acuerdo sobre estas cuestiones no permite a la Administración determinar que ha fracasado la negociación y regular unilateralmente las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos. Cuestión distinta es que los sindicatos negociadores, ante la imposición unilateral del contenido de la negociación, decidan no acudir a las sesiones de la mesa negociadora, en cuyo caso si quedará expedita la vía de la regulación unilateral de las condiciones de trabajo.

21. Finalmente, hay que indicar que el acuerdo que se adopte al respecto, deberá someterse a la aprobación del Gobierno. En efecto, el art. 33 de la ley le atribuye la competencia para que,

Los procedimientos

de acuerdo con las organizaciones sindicales, encuadre temporal y materialmente el proceso negociador y, precisamente, los acuerdos que versen sobre materias competencia de este órgano precisan su aprobación expresa y formal (art. 35 L.O.R.A.P.).

22. Llegados a este punto hay que destacar una diferencia fundamental entre el E.T. y la L.O.R.A.P. Según el primero pesa sobre la parte promotora de la negociación la carga de remitir una copia de la comunicación de iniciación a la Autoridad laboral. La intervención administrativa se producirá tan sólo "a efectos de registro", sin que pueda la Administración intervenir en esta fase inicial aún cuando dedujese de la comunicación remitida que el futuro convenio previsiblemente conculcará la legalidad vigente o causará lesión grave de intereses de terceros¹¹⁷. Nada similar prevé la L.O.R.A.P., y ello es fácilmente comprensible si se atiende a la finalidad que dicha regla persigue. La doctrina laboral ha señalado que con ello se pretende facilitar a la Administración el ejercicio de la potestad sancionadora en relación con quienes incumplen los deberes que la ley impone en referencia con la negociación colectiva, esto es, el deber de negociar¹¹⁸. Sin embargo, de haber sido ésta la intención del legislador también

¹¹⁷. SALA FRANCO, T. y ALBIOL MONTESINOS, I., op. cit., pág. 381.

¹¹⁸. Así, SEMPERE NAVARRO, A.V., "Tribunal Constitucional. Competencia de la Administración en materia de convenio colectivos", R.P.S., núm. 141, 1.984, pág. 244.

Los procedimientos

habría exigido el registro de la contestación de la parte receptora a la propuesta negocial, para controlar, de este modo, si ha incumplido o no su obligación de negociar. Esta exigencia parece obedecer más, pues, a la circunstancia de que todo sindicato y asociación empresarial con legitimación negocial tienen derecho a formar parte de la comisión negociadora, y, por consiguiente, es necesario garantizar la publicidad del inicio de las negociaciones, pues ni la parte promotora ni la receptora de la propuesta de negociaciones están obligadas a poner en conocimiento del resto de sindicatos y asociaciones empresariales con legitimación negocial tal evento. En cambio, aquí este trámite no es necesario porque, como se verá, se garantiza a todos los sindicatos el conocimiento del inicio del proceso negocial.

1.2. Los efectos.

23. El "acuerdo de iniciación" determinará la existencia del procedimiento de negociación con los efectos que del mismo se deriven.

1.2.1. El deber de negociar.

24. El efecto general más importante del proceso negociador, una vez iniciado, es el deber de negociar. No obstante, esta

Los procedimientos

afirmación requiere una reflexión más detenida. Y, a este respecto, puede ser conveniente observar lo que ocurre en el sistema de negociación colectiva laboral. El proceso negociador estatutario no queda válidamente iniciado hasta que la parte receptora de la propuesta negocial no la asuma. Ello no obstante, el legislador con el fin de apoyar a las partes y, en especial, a los sindicatos le impone el deber de negociar¹¹⁹. Este deber, según la consideración de la doctrina, implica para el destinatario de la propuesta negocial no sólo la obligación de manifestar su aquiescencia a la iniciación de las negociaciones dentro del plazo establecido, sino que obliga también a adoptar todas las medidas necesarias para que la negociación sea haga realidad, esto es, cumplir con el iter procedimental que el art. 87.2 del E.T. establece¹²⁰. Es decir, cumplir con la exigencia de constituir la comisión negociadora y de establecer el calendario o plan de negociación. En palabras de OJEDA "el deber de iniciar la negociación cuando se dá, impulsa el proceso constituyente hasta dejar a las partes sentadas en la mesa discutiendo el primer artículo del convenio; a partir de aquí, el impulso llegará del deber de buena fe en la negociación"¹²¹.

25. Esta breve síntesis de la doctrina del deber de negociar

¹¹⁹. Ver, por todos, SALA FRANCO, T. y ALBIOL MONTESINOS, I., op. cit., pág. 381.

¹²⁰. Vid, por todos, GARCIA BLASCO, J., "Obligación..", cit., págs. 2.225 y ss.

¹²¹. OJEDA AVILES, A., Derecho..., cit., pág. 690.

Los procedimientos

puede servir para iniciar el examen de la cuestión en la Función Pública y tratar, después, de obtener algunas consecuencias sobre la vigencia de este principio en el ámbito funcional. Así, una vez delimitado el concepto de "deber de negociar", procede, a continuación, el análisis de la normativa vigente en busca de cualquier previsión que permita solucionar el problema planteado.

26. Descartado el encaje constitucional de la obligación de negociar, se ha afirmado por la doctrina que los arts. 2.2.d), 6.3.c) y 8.2.b) de la L.O.L.I.S., al reconocer el derecho de negociación colectiva a los sindicatos funcionariales, han creado una obligación de negociar en la Función Pública¹²². Debe señalarse, sin embargo, que la expresión "derecho a la negociación colectiva" no alude a un específico derecho subjetivo de negociación que genere una correlativa obligación de negociar. Excluida la ubicación en el texto de la L.O.L.I.S. de una obligación de negociar, cabe cuestionarse si la L.O.R.A.P. ha establecido tal obligación. En esta línea, se ha defendido que el art. 32 de esta ley, al decir que "serán objeto de negociación en su ámbito respectivo y en relación con las competencias de cada Administración" una serie de materias, establece una obligación de

¹²² MARTINEZ ABASCAL, V.A., "Contenido de la negociación colectiva. Materias de consulta obligatoria y de consulta potestativa", Seminario de relaciones colectivas en la Función Pública, Sevilla, 1.989, pág. 353.

Los procedimientos

negociar que recae sobre las partes respecto de tales materias¹²³. Que esa obligación queda establecida en este precepto, se añade, vendría a refrendarlo el art. 34.1 que, al excluir de la consulta o negociación determinadas materias, emplea la siguiente expresión: "quedan excluidas de la obligatoriedad..". Tal dicción parece revelar la obligación de negociar que recae sobre las partes.

Los preceptos arriba mencionados lo que establecen es la obligatoriedad de la negociación respecto de la Administración Pública. Dicho de forma sintética, la Administración no puede regular unilateralmente una de las materias que enumera la L.O.R.A.P. si previamente no las somete a la negociación con los sindicatos¹²⁴. Lo dicho no significa, sin embargo, que la Administración esté obligada a negociar frente a la propuesta sindical.

27. Ciertamente, la L.O.R.A.P. impone el deber de negociar. pero el fundamento de tal obligación no se encuentra en los arts. 32 y 34, sino en los 31.3 y 33; estos preceptos imponen a las partes negociadoras la obligación de negociar respecto de las materias determinadas por los miembros de la "supermesa general".

¹²³. MARTINEZ ABASCAL, V.A., "Contenido..", cit., pág. 353.

¹²⁴. Subrayan el carácter obligatorio de la negociación para la Administración LOPEZ GANDIA, J., "La negociación..", cit., pág. 16; SALA FRANCO, T. y ALBIOL MONTESIONS, I., op. cit., pág. 594.

Los procedimientos

Y ello es así por las siguientes razones:

En primer lugar, porque el "acuerdo de iniciación" determina la apertura del procedimiento negociador. Y, precisamente, la existencia de un procedimiento determina la necesidad de que el mismo siga por sus trámites preceptivos hasta la resolución que ponga fin al mismo. En efecto, iniciado un procedimiento, tanto si se incoa de oficio como a instancia de parte, surge para los interesados el derecho a participar activamente en su desarrollo y tramitación y el deber de la Administración de impulsarlo hasta llegar a su resolución (art. 74.1 L.P.A.) y de resolver conforme se establece con carácter general en los arts. 39 y 70.1 de la L.R.J.A.E. y de la L.P.A., respectivamente. En uno y otro caso la Administración debe tramitar el procedimiento y resolver¹²⁵.

En segundo lugar, porque imponen la obligación bilateral de reunirse, como mínimo, una vez al año y tantas veces cuantas las decida la Administración Pública correspondiente, todas las organizaciones sindicales presentes en la respectiva mesa o el acuerdo entre Administración y sindicatos. A partir de una interpretación literal del mencionado precepto, cabría sostener que sólo obliga a las partes a reunirse, pero no a negociar.

¹²⁵ Ver. GARCIA DE ENTERRIA, E. y RAMON FERNANDEZ, T., Curso de Derecho Administrativo, Tomo II, Madrid, 1.987. pág. 418; GONZALEZ PEREZ, J., Comentarios..., cit., pág. 520.

Los procedimientos

Ciertamente, ambas expresiones carecen de significados totalmente equivalentes, y, prueba de ello es la distinción entre las obligaciones de negociar y de asistir a las deliberaciones operada en el sistema legislativo precedente en el sector laboral, sistema que presenta bastantes similitudes con el hoy vigente en la Función Pública. El concepto de deber de negociar es más amplio, pues comprende la obligación de verificar todos los trámites conducentes a la constitución del órgano negociador y, además, la de asistir a las reuniones de éste. Por ello, aunque el E.T. nada dice acerca de la comparecencia a las sesiones de las partes, la obligación de negociar impuesta a las partes y de hacerlo, además, de acuerdo con el principio de la buena fe comporta la obligación de asistir a las deliberaciones¹²⁶. Sin embargo, si el fin del iter procedimental, cuya realización impone el deber de negociar, es la constitución del órgano negociador y la comparecencia de las partes a sus reuniones, cabe concluir que la L.O.R.A.P., al obligar, directamente, a las partes a constituir la mesa negociadora y a asistir a sus reuniones, está imponiendo, de modo implícito, la obligación de negociar¹²⁷.

¹²⁶. En este sentido, SALA FRANCO, T. Y ALBIOL MONTESINOS, I., op. cit., pág. 420.

¹²⁷. DEL REY GUANTER, S., Comentarios..., cit., pág. 193, afirma, en este sentido, que el legislador, al establecer una serie de supuestos en los que recae sobre las partes en la Mesas general y en las Mesas sectoriales un deber de "reunirse", contempla lo que se podría denominar una obligación "formal de negociar o de consulta", que impulsa el proceso constituyente hasta dejar a las partes sentadas en la mesa.

Los procedimientos

28. En base a estos dos argumentos se puede concluir que, una vez iniciado el proceso negociador, ambas partes y, especialmente, la Administración Pública, dada su obligación general de tramitar y resolver todo procedimiento, están obligadas a negociar. De esta forma, iniciado el proceso negociador ambas partes quedan obligadas a realizar todos los trámites necesarios para la formación del órgano negociador.

29. Adoptado el "acuerdo de iniciación", el proceso negociador se entiende iniciado a todos los efectos y surge para las partes mencionadas en el art. 31.2 el deber de negociar. Pero ¿qué ocurre cuando el acuerdo infringe los requisitos subjetivos, objetivos y formales antes expuestos?.

30. En el sector laboral, la propuesta negocial no produce efectos sino es aceptada por la otra parte, sobre quien, en principio, pesa la obligación de aceptarla, esto es, el deber de negociar. Sin embargo, cuando se dá alguna de las situaciones descritas el legislador le exonera de tal obligación. En efecto, el art. 89. 1 del E.T. no formula un deber de negociación con carácter absoluto, sino que establece dos causas excluyentes del mismo. La posibilidad de negarse u oponerse a la iniciativa negocial puede derivar tanto de una causa legal como de una causa convencional. El legislador se refiere a ellas con una fórmula amplia y ambigua, que

Los procedimientos

ha de ser concretada acudiendo a la propia ley y a las cláusulas que las partes puedan establecer al respecto¹²⁸. En términos generales, la causa legal o convencional como motivo justificado de oposición viene referida, la mayor parte de las veces, a vicios o defectos relacionados con las exigencias subjetivas, procedimentales y materiales a las que está sujeta la negociación colectiva estatutaria en virtud de lo dispuesto en la ley o en los convenios colectivos¹²⁹. Así, son supuestos de negativa justificada, entre otros muchos, los vicios de forma o de fondo en la comunicación del escrito de iniciación, la falta de legitimación para negociar en cualquiera de la partes, la propuesta de negociar materias sobre las que se ha vedado la negociación,..etc.

31. Volviendo al ámbito de la Función Pública, debe recordarse que el "acuerdo de iniciación" para que produzca los efectos que le son propios ha de cumplimentar los requisitos subjetivos, objetivos y formales antes expuestos y los que las partes hayan establecido al respecto. Por consiguiente, el acuerdo adoptado incumpliendo los requisitos legales y convencionales no producirá el efecto que le es propio, esto es, la iniciación del

¹²⁸. GARCIA BLASCO, J., "El deber de negociación colectiva en el Derecho comparado y en el Derecho español", R.E.D.T., núm. 6, 1.981, pág. 207.

¹²⁹. Una pormenorizada exposición sobre las causas excluyentes del deber de negociar en GARCIA BLASCO, J., "Obligación...", cit., págs. 2.226 y ss; IGLESIAS CABERO, M., "Algunas reflexiones en torno al deber de negociar", A.L., núm. 7, 1.989, págs. 77 yss.

Los procedimientos

procedimiento negociador. De este modo, ni la Administración ni los sindicatos estarán obligados a negociar. Puede suceder, sin embargo, que la Administración prosiga las deliberaciones con uno o varios sindicatos o que entendiendo que se dan las circunstancias previstas en el art. 37.2, dicte un Reglamento. En estos casos no bastará, como sucede en el sector laboral, con contestar al requerimiento, manifestando las causas que fundamentan su negativa a negociar. Los sindicatos se verán obligados a hacer valer su oposición en los procedimientos de revisión oportunos.

Ahora bien, el "acuerdo de iniciación" es un acuerdo negocial de carácter procedimental o un acuerdo de trámite. Produce efectos dentro del procedimiento de negociación, concretamente el de determinar su iniciación. Si la jurisprudencia contencioso-administrativa procede a utilizar idénticos criterios a los formulados en relación con la impugnación de los actos administrativos de trámite que determinan la incoación de un procedimiento, "el acuerdo de iniciación" no será susceptible de impugnación autónoma ni en vía administrativa (art. 113.1 L.P.A.) ni en la contencioso-administrativa (art. 37 L.J.C.A.)¹³⁰. De esta

¹³⁰. Tanto de doctrina como la jurisprudencia vienen declarando que las resoluciones administrativas que disponen la incoación de un procedimiento son de trámite, no causan estado ni son susceptible de vulnerar derecho alguno del interesado, al que siempre queda a salvo la facultad de impugnar la resolución final o definitiva que en tal expediente se dicte, si en ella se lesionan sus derechos. Véase, por todos, GONZALEZ PEREZ, J., Comentarios..., cit., pág. 521; Manual..., cit., pág. 200. Vid. las S.s. T.S. de 23 de enero de 1.953 y 12 de marzo de 1.963.

Los procedimientos

forma, las organizaciones sindicales afectadas deberían esperar a la finalización del procedimiento negociador para impugnar el Acuerdo o el Pacto o, en su caso, el Reglamento, haciendo valer los vicios que concurren en el "acuerdo de iniciación". Mientras tanto los sindicatos podrían acudir eventualmente a la declaración de la huelga y otras medidas de conflicto colectivo como, por ejemplo, notas de prensa y comunicados, ruedas de prensa y denuncias, encierros y ocupación de las instalaciones..., etc¹³¹.

Por otra parte, puede pensarse que en determinadas circunstancias el "acuerdo de iniciación" pudiera ser considerado como uno de los actos de trámite "cualificados" que si son susceptibles de impugnación independiente. Como se sabe, esto último sucede con aquellos actos de trámite que determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, especialmente porque deciden de forma directa o indirecta el fondo del asunto, o producen indefensión (arts. 113.1 y 37.1 L.P.A. y L.J.C.A., respectivamente)¹³². Pues bien, una hipótesis de este tipo sería aplicable a aquel "acuerdo de iniciación" que boicotease la totalidad de la negociación colectiva, bien, porque sólo admitiera que se negociara, por ejemplo, "las materias de salud laboral"

¹³¹. Ver, PEREZ PEREZ, M., "Medidas de conflicto colectivo distintas de la huelga en la Función Pública", en A.A.V.V., Seminario sobre relaciones colectivas en la Función Pública, Sevilla, 1.989, págs. 387 y ss.

¹³². Sobre la impugnación autónoma de los actos administrativos que ordenan la incoación del procedimiento ver GONZALEZ PEREZ, J., Comentarios..., cit., pág. 520.

Los procedimientos

(art. 32.i), burlando el derecho de los sindicatos a negociar los temas importantes y, en especial, las retribuciones y las prestaciones de las clases pasivas, o bien porque determinara directamente la prórroga automática de los Pactos y Acuerdos anteriores. En estos casos, habría que aceptar la impugnación autónoma del "acuerdo de iniciación", porque, de lo contrario, la Administración y los sindicatos más representativos tendrían arbitrariamente la posibilidad de evitar cualquier impugnación ulterior, simplemente con el sistema de llegar a un acuerdo de trámite que imposibilitara la resolución final. Pero es que, además, en la medida en que se les impide el ejercicio de su derecho a negociar se lesiona su derecho a la libertad sindical, por lo que los sindicatos podrían impugnar el "acuerdo de iniciación" a través del proceso de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales.

32. Los efectos del incumplimiento del deber de negociar son comunes a los efectos del incumplimiento de la obligación legal de asistir a las reuniones de la mesa negociadora, por lo que se estudiarán después.

1.2.2. Otros efectos.

33. El principal efecto de la iniciación del procedimiento es

Los procedimientos

el deber de negociar, deber que, por lo demás, es recíproco, aunque evidentemente lo principales afectados son las Administraciones Públicas. Sin embargo, junto a esta obligación, la iniciación del procedimiento conlleva otros efectos distintos para la Administración y para los sindicatos. Así, iniciado el procedimiento, surge para el interesado los derechos a participar activamente en su tramitación y desarrollo, y para el órgano competente el deber de impulsarlo hasta su finalización.

A) Para los sindicatos.

34. Las entidades representativas de intereses no son en sentido estricto parte interesada en el procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general, por lo que no gozan de los amplios derechos que la ley atribuye a los "interesados" en el procedimiento común, sino de los más limitados que prevé el art. 130.4 de la L.P.A.

Sin embargo, el legislador, al reconocer a los sindicatos el derecho negociar, les viene a reconocer, implícitamente, la condición de "interesados principales" en el proceso negociador. El interesado principal, según señala la doctrina, es el que incoa o frente al que se incoa el procedimiento (art. 23 L.P.A.) Es la persona que se relaciona directamente con la Administración en el

Los procedimientos

procedimiento. Y los sindicatos gozan de esta condición con independencia de la actitud activa o pasiva, que adopten en la fase de iniciación. De este modo, estos, al ser parte interesada en el proceso negociador, ocupan una posición similar a la de los "interesados" en el procedimiento comun. Y en este sentido, conviene traer a consideración la observación que se hace en el apartado VIII 3 de la Exposición de Motivos de la L.P.A., que, aunque referida, primariamente, al procedimiento sancionador que la propia ley regula, tiene un indudable valor general¹³³: "Las normas de garantía del interesado en la ley, se aplicarán cuando no estén consignadas en las de un procedimiento especial". Ello supone que los sindicatos detentan también los derechos que la L.P.A. reconoce a los interesados, y sólo a ellos, en orden a la tramitación y desenvolvimiento del procedimiento. A estos derechos se ha hecho ya alguna alusión con anterioridad y a ellos se hace referencia con detalle más tarde al estudiar otras fases del procedimiento a cuyo momento se remite ahora el análisis.

B) Para la Administración.

35. Iniciado el procedimiento, surge para el órgano competente para negociar el deber de impulsarlo hasta llegar a su

¹³³. En este sentido. GARCIA DE ENTERRIA, E. y RAMON FERNANDEZ, T., Curso de Derecho administrativo, tomo II, Madrid, 1.987, pág. 393.

Los procedimientos

fin (art. 74.1 L.P.A.). Ello significa que la Administración está específicamente obligada a desarrollar la actividad necesaria para llevar a cabo la negociación, sin necesidad de que sea excitada en este sentido por los sindicatos. A este deber se hace alusión más tarde al analizar el desarrollo del procedimiento.

2. La iniciación del procedimiento.

35. Una vez se ha fijado la fecha de inicio de las negociaciones y las materias a negociar es cuando se entra propiamente en la fase de iniciación del proceso negociador, fase de iniciación en la que cabe distinguir dos momentos fundamentales: la convocatoria de la mesa negociadora y la constitución de la misma.

2.1. La convocatoria de la mesa negociadora.

36. El art. 31.3 de la Ley establece, con carácter de norma básica según lo dispuesto en la Disposición final de la L.O.R.A.P., que la Mesa general y las Mesas sectoriales de negociación se reunirán una vez al año o cuando lo decida la Administración, por acuerdo entre ésta y las organizaciones sindicales, y por solicitud de todas las organizaciones sindicales de la respectiva mesa. Aunque no se indica el objetivo específico de estas reuniones, se

Los procedimientos

sobreentiende, por el contexto en que se inscribe esta disposición, por su contenido y, si se quiere, por mera lógica, que ha de estar relacionado con el desarrollo del proceso negociador a que se refiere el art. 33, con la consulta del art. 34, o con la resolución de los conflictos de aplicación e interpretación de lo acordado a que se refiere el art. 38¹³⁴. Así, el objetivo puede ser negociar, una vez iniciado el proceso negociador, las materias acordadas por los miembros de la mesa negociadora, proceder a la consulta en las materias en que ello sea obligado o potestativo, o resolver conflictos de aplicación o interpretación de los Acuerdos o Pactos. Con cualquiera de estos objetivos, una parte legitimada para ello puede convocar a la otra, recayendo sobre la misma una obligación de "reunirse"¹³⁵.

En fin, aunque el objetivo de estas reuniones es más amplio, es evidente que está relacionado con la negociación de las materias fijadas de común acuerdo por el Gobierno y los sindicatos más representativos.

2.1.1. Los requisitos.

A) Subjetivos.

¹³⁴. Así, DEL REY GUANTER, S., Comentarios..., cit., pág. 193.

¹³⁵. DEL REY GUANTER, S., Comentarios..., cit., pág. 193.

Los procedimientos

a) Sujetos convocantes.

38. El art. 31.3 establece, como se ha visto, un régimen de reuniones obligadas de las mesas de negociación, obligándose a reunirse, como mínimo, una vez al año y tantas veces las decida la Administración correspondiente, todas las organizaciones sindicales presentes en la respectiva mesa¹³⁶ o el acuerdo entre Administración y sindicatos¹³⁷. El legislador reconoce así la legitimación para convocar las reuniones de las mesas de negociación a una pluralidad de sujetos, pero no especifica a cuál de ellos corresponde la convocatoria de la reunión que con carácter anual debe celebrarse para negociar las materias acordadas por el art. 33 de la L.O.R.A.P. El art. 31.3 de la ley no lo prejuzga porque estas reuniones están previstas no sólo para negociar los Pactos y Acuerdos, sino también para resolver los conflictos que surjan en torno a su aplicación e interpretación. No obstante, teniendo en cuenta que la Administración Pública, en virtud del principio general de oficialidad, está obligada a impulsar de oficio el proceso negociador en todos sus trámites, hay que

¹³⁶. La convocatoria unilateral exige el acuerdo de todas las organizaciones sindicales presentes en la correspondiente Mesa. En este sentido, DEL REY GUANTER, S., Comentarios..., cit., pág. 194, afirma que hubiera sido más adecuado exigir simplemente un porcentaje mínimo de representatividad entre las organizaciones sindicales.

¹³⁷. La convocatoria por consenso no requiere, por el lado sindical, la unanimidad, aunque tampoco está claro cuántas o qué organizaciones han de estar de acuerdo con la Administración, existiendo distintas posibilidades - mayoría de organizaciones, representatividad de la o las organizaciones favorables mayor a un 50 por 100, etc...-. Así, DEL REY GUANTER, S., Comentarios..., cit., pág. 194.

Los procedimientos

concluir que es ella y, más concretamente, sus representantes, quienes están específicamente obligados a efectuar la convocatoria de la mesa negociadora.

b) Destinatarios de la convocatoria.

39. Los destinatarios de la convocatoria serán todas y cada una de las organizaciones sindicales legitimadas para formar parte de la mesa negociadora correspondiente. Pese al silencio legal, la Administración deberá convocar a todas las organizaciones sindicales con legitimación negocial¹³⁸, y no sólo a las más representativas. La L.O.R.A.P. les reconoce el derecho de negociación, derecho que resulta directamente afectado por la apertura del proceso negocial, por lo que son "interesados" en el mismo (art. 23.b) L.P.A.). La titularidad de tal derecho les confiere esta condición desde el momento mismo de iniciarse el procedimiento, condición que no depende de su participación en la apertura del proceso ni de su comparecencia "motu proprio" en éste

¹³⁸. A este respecto, conviene traer a colación las palabras del Tribunal Constitucional en su sentencia 109/1.989, de 8 de junio. En ella, el citado tribunal afirma que "el respeto a la igualdad ante la ley se impone a los órganos del poder público, pero no a los sujetos privados, cuya autonomía está limitada sólo por la prohibición de incurrir en discriminaciones contrarias al orden público constitucional, como son, entre otras, las que expresamente se indican en el art. 14 C.E.". Por ello, declarará que el hecho de que una organización sindical con legitimación negocial no sea convocada a las reuniones de la comisión negociadora no entraña una lesión a los derechos de igualdad y de libertad sindical.

Los procedimientos

una vez iniciado¹³⁹. De este modo, y dado que en el momento de la iniciación del proceso ya están perfectamente delimitados los sindicatos con legitimación negocial, se les debe notificar todos los actos que les afecten (art. 79 L.P.A.). Así, para que el proceso se desarrolle válidamente y sea válida la norma que ponga fin al mismo, la Administración deberá llamarlos expresamente al proceso que no puede ser tramitado a sus espaldas (arts. 23.b) y 26 L.P.A.).

40. Se aprecia, de este modo, una diferencia fundamental con la regulación contenida en el art. 89.1 del E.T., pues la obligación que éste impone a quien promueve la negociación de comunicarlo a la otra parte que estima idónea para la negociación, no exige trasladar esa iniciativa a otros sujetos o representaciones que pudieran estar legitimadas para negociar¹⁴⁰, con independencia de que parezca conveniente hacerlo para que, si lo estiman oportuno se adhieran a la negociación propuesta. Así, si bien las partes, receptoras y promotora de la iniciativa negocial, no pueden negar al resto de sindicatos y asociaciones empresariales legitimados el derecho a integrarse en la comisión negociadora, no están obligadas a comunicarles el inicio de las negociaciones. En

¹³⁹. Sobre la condición de interesados ver GARCIA DE ENTERRIA, E. y RAMON FERNANDEZ, T., Curso de Derecho Administrativo, Tomo II, Madrid, 1.987, pág. 411.

¹⁴⁰. Vi. la S.T.C.T. de 14 de julio de 1.987.

Los procedimientos

la Función Pública, en cambio, la Administración no sólo no puede negar el acceso a la composición de la mesa negociadoras a ninguno de los sindicatos legitimados, sino que, además, debe poner en conocimiento de todos ellos la apertura del proceso negociador.

41. Una convocatoria parcial, no hecha a la totalidad de las organizaciones sindicales que ostentan legitimación para formar parte de la mesa negociadora, determinaría la transgresión del derecho de libertad sindical de aquel sindicato, que, estando legitimado para negociar, no ha sido llamado a la mesa negociadora¹⁴¹. Ello determinaría que la mesa negociadora no quedase válidamente constituida y, por tanto, la nulidad de las actuaciones y de la norma que pusiera fin al procedimiento negociador. No obstante, y de acuerdo con el principio general de economía procesal, cabría defender la subsanación de este defecto, si durante el transcurso de las negociaciones, aquel sindicato que no fue convocado a la reunión de la mesa negociadora, comparece en la misma y tiene la oportunidad de participar en la determinación de las condiciones de trabajo¹⁴².

¹⁴¹. En este sentido, la S.T.S. de 24 de julio de 1.990.

¹⁴². En apoyo de esta solución se podría aducir vía analógica lo dispuesto en el art. 10.3 de la L.P.A., a cuyo tenor "quedará válidamente constituido un órgano colegiado, aún cuando no se hubieran cumplido los requisitos de la convocatoria, cuando se hallen reunidos todos sus miembros y así lo acuerden por unanimidad". No obstante, este acuerdo se presume cuando estando presentes todos los titulares y discutido un asunto, se adopte acuerdo por unanimidad, aunque no hubiese existido el previo acuerdo expreso sobre la constitución universal del órgano. Así, GONZALEZ PEREZ, J., Comentarios..., cit., pág. 152.

Los procedimientos

41. Finalmente, hay que indicar que la convocatoria, como acto de trámite, no será susceptible de impugnación autónoma (art. 113 L.P.A. y 37 L.J.C.A.). No obstante, su omisión respecto a un sindicato, dará lugar a que se negocie el Pacto o Acuerdo prescindiendo total y absolutamente del procedimiento respecto de ese sindicato, en cuanto no tiene la menor intervención en el mismo y, además, produce su indefensión. Por consiguiente, será susceptible de impugnación (art. 113 L.P.A.). Pero, al faltar el acto administrativo legitimador, el sindicato deberá excitar previamente la actuación administrativa y, después, una vez agotada la vía administrativa previa, podrá actuar su pretensión procesal frente a la Administración ante los Tribunales. No obstante, como la omisión de la convocatoria determina la lesión del derecho de libertad sindical, el sindicato podrá acudir directamente ante los tribunales si utiliza el procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales.

B) Objetivos.

43. La convocatoria es una citación a fin de que se reúnan los miembros del "órgano negociador" en un momento y lugar determinados para negociar las materias fijadas por las partes. De esta elemental noción se desprenden lógicamente cuáles han de ser los requisitos en cuanto a su contenido.

Los procedimientos

a) Por lo pronto, para que los miembros de la mesa negociadora conozcan dónde y cuándo tendrá lugar la reunión, el lugar en que ha de celebrarse y la fecha, día y hora en que tendrá lugar.

b) Para saber de que se ha de tratar, se acompañará el orden del día, que enumerará las materias o asuntos que serán objeto de delimitación.

Aunque en el art. 31.1 de la L.O.R.A.P. no se establece nada en cuanto a la fecha y temas concretos objeto de negociación o consulta en la reunión, se sobreentiende que la fecha y el orden del día serán los acordados por los sindicatos más representativos y el Gobierno. En relación con las reuniones subsiguientes, habrá que entender que el orden del día será fijado de mutuo acuerdo entre las partes o por la parte convocante, según los casos¹⁴³. En cualquier caso, este se confeccionará conforme al calendario o plan de negociación acordado por las partes al comienzo del proceso negociador.

C) Formales.

44. La convocatoria deberá hacerse por escrito y ser notificada a los miembros de la mesa negociadora, ya que todo acto

¹⁴³. Vid SALA FRANCO, T., y ALBIOL MONTESINOS, I., op. cit., pág. 593.

Los procedimientos

que afecte a los interesados -sea definitivo o de trámite- debe ser notificado (art. 79.1 L.P.A.)¹⁴⁴. No se establece ningún plazo mínimo de tiempo entre el momento en que se notifica la convocatoria y el comienzo de la reunión. No obstante, la convocatoria deberá realizarse con la antelación suficiente para garantizar una negociación exenta de precipitación y en el plazo razonable, sobre todo cuando se trate de negociar aquellas materias como, por ejemplo, los incrementos retributivos, que se han de incluir en el Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado, a presentar anualmente por el Gobierno ante el Parlamento¹⁴⁵.

2.1.2. Los efectos.

45. La convocatoria debidamente notificada a los miembros de la mesa negociadora produce un efecto jurídico: el deber de "reunirse"¹⁴⁶. De este modo, y sin precedente en sentido estricto en el sector laboral, se impone la existencia de una obligación de asistencia a las deliberaciones de la mesa negociadora.

¹⁴⁴. Aunque el art. 79.1 L.P.A. se refiere a las "resoluciones", deben notificarse tanto las resoluciones como los actos de trámite en cuanto afecten a los interesados. En este sentido, GONZALEZ PEREZ, J., Comentarios..., cit., pág. 590.

¹⁴⁵. A este respecto, conviene subrayar que la Ley 7/1.99 no ha recogido la regla del A.N.C. relativa a la obligación del Gobierno de convocar a las partes al menos con cuatro meses de antelación a la entrada del Proyecto de Ley correspondiente en el Parlamento.

¹⁴⁶. DEL REY GUANTER, S., Comentarios..., cit., pág. 192.

Los procedimientos

46. ¿Qué ocurre cuando una de las partes no asiste a las sesiones de la mesa negociadora?. En el sector laboral, la negativa de una de las partes a entablar negociaciones y/o a asistir a las deliberaciones de la comisión negociadora constituye, una infracción del ordenamiento laboral susceptible de sanción administrativa¹⁴⁷. También la parte promotora podrá utilizar la vía del conflicto colectivo con base en el R.D.L.R.T. Sin embargo, dado que se trata de un conflicto colectivo económico o de intereses, al haber sido declarado inconstitucional el apartado b) del art. 25 del R.D.L.R.T., por la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1.981, si las partes no llegan a un acuerdo ni deciden someterlo a un arbitraje ni la autoridad laboral puede dictar un laudo de obligado cumplimiento ni remitir las actuaciones a los tribunales, que carecen de competencia para resolver conflictos de esta naturaleza¹⁴⁸. En el caso de que sea la parte empresarial la que se niegue a negociar, los trabajadores podrán acudir eventualmente a la declaración de la huelga con base en la misma disposición legal.

¹⁴⁷. En efecto, el art. 7.9 de la Ley 8/1.988, de 7 de abril, sobre infracción y sanciones en el orden social, faculta a la Administración laboral para sancionar "los actos u omisiones que fueran contrarios a los derechos de los trabajadores reconocidos en el art. 4 del E.T." y, entre ellos, el derecho a la negociación colectiva. Así, ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M^a.E., op. cit., pág. 723; GARCIA BLASCO, J., "El deber..", cit., pág. 1.213; SALA FRANCO, T. y ALBIOL MONTESINOS, I., op. cit., pág. 415, quienes, sin embargo, denuncian la falta de tipificación expresa de esta infracción en la ley 8/1.988.

¹⁴⁸. Ver., por todos, IGLESIAS CABERO, M., "Algunas...", cit., pág. 81. Vid. La S. del T.S de 10 de abril de 1.989 y la S. del T.S.J. de Cantabria de 12 de julio de 1.989.

Los procedimientos

Pero, además, la violación de las obligaciones de negociar y de asistir a las deliberaciones es causa suficiente para justificar la interposición de una demanda ante la jurisdicción social con base a la propia negativa a negociar¹⁴⁹. Así, cabe la imposición judicial de la obligación de negociar. Sin embargo, la dificultad se encuentra en que, al tratarse de una sentencia declarativa, únicamente reconocerá la existencia del deber de negociar, la obligación de la otra parte de responder afirmativamente a la iniciativa de negociación, que consiste en una obligación de hacer cuya característica es su incoercibilidad¹⁵⁰. Aún así, si la sentencia reconoce el deber de negociar para la parte que se opone y éste sigue negándose a entablar negociaciones, la sentencia legitima el ejercicio de la huelga y sirve de apoyo para la imposición de sanciones por la autoridad laboral. Además, se abre la vía para reclamar los daños y perjuicios que genere el incumplimiento, con la correspondiente indemnización¹⁵¹.

¹⁴⁹. ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M^a.E., op. cit., pág. 723. GARCIA BLASCO, J., "Obligación legal de negociar en los convenios colectivos de trabajo", A.L., núm. 39, 1.988, pág. 2.278, señala que el incumplimiento del deber de negociar justifica el ejercicio de una acción meramente declarativa en el procedimiento de conflicto colectivo (único supuesto en el que cabe dicha acción en el proceso laboral). Cabe imponer judicialmente la obligación de negociar, conclusión que se impone en vista del art. 37.1 de la Constitución, que expresamente trae a colación por la S.T.C.T. de 26 de enero de 1.981. De la Constitución partía la S.T.C.T. de 3 de mayo de 1.982, aunque no impusiera en el caso la obligación de negociar.

¹⁵⁰. Así, GARCIA BLASCO, J., op. ult. cit., pág. 2.278.

¹⁵¹. Así, BLASCO GARCIA, J., op. ult. cit., pág. 2.278, quien señala que tal reclamación debe hacerse mediante otra demanda diferente a la anterior. Se tratará de un nuevo proceso, que ya no es de naturaleza colectiva, en el que la parte que resulta damnificada por el incumplimiento "goza de una postura de privilegio procesal a partir de una pretensión ya constatada judicialmente y que, en situaciones extremas, puede verse reforzada por una acción adicional, aunque atípica, de resarcimiento de la nocividad inferida por la inobservancia de la contraparte" (S.T.C.T.).

Los procedimientos

Por otra parte, la negativa injustificada a negociar puede constituir un atentado a la libertad sindical en los términos previstos en la L.O.L.I.S. (art. 6.3.b.) y 13). Se abren así la vía jurídica a los mecanismos previstos en dicha ley para reprimir las conductas del empresario o de otras instancias que violen el derecho fundamental y de cuyo contenido forma parte el de negociación¹⁵².

Finalmente, también se ha aceptado la intervención de la Administración, bien aplicando por extensión un convenio en vigor (art. 92.2 E.T.)¹⁵³, bien dictando una Ordenanza laboral (Dispo. Adicional 1 del E.T.)¹⁵⁴.

47. Los arts. 33 y 31.3 de la L.O.R.A.P. imponen, con mayor o menor precisión, la doble obligación de negociar y de asistir a las reuniones de la mesa negociadora. Hay que destacar, sin embargo, que la ley no establece ningún mecanismo específico para el caso de incumplimiento de estas obligaciones, lo que no obstará

de 10 de noviembre de 1.987).

¹⁵². Así, GARCIA BLASCO, J., op. ult. cit., pág. 2.279; SALA FRANCO, T. y ALBIOL MONTESINOS, I., op. cit., pág. 383.

¹⁵³. S.T.C.T. de 26 de febrero de 1.983 autoriza al M.T.S. para la extensión de otro convenio.

¹⁵⁴. Así, OJEDA AVILES, A., Derecho... cit., pág. 691. GARCIA LASCO, J., op. ult. cit., pág. 2.279, señala, en cambio, que ambas soluciones sólo son admisibles cuando la situación generada por la negativa fuera extrema y no hubiera otra fórmula más respetuosa con la autonomía colectiva que las anteriores.

Los procedimientos

para que jueguen los mecanismos garantizadores de tales preceptos.

48. En principio, y por diferencia a la negociación colectiva laboral, la Autoridad laboral no podrá sancionar administrativamente a la parte incumplidora, ya que no fiscaliza los incumplimientos de la legislación sobre funcionarios públicos.

49. Por otra parte, y ante la ausencia de regulación de medios de solución de conflictos colectivos, el único medio pacífico extrajudicial posible para resolver el conflicto sería la designación un mediador (art. 38 L.O.R.A.P.). Así, en esta situación cabría pensar en la posibilidad de que las partes acordasen la intervención de un tercero designado de común acuerdo. Sin embargo, si la Administración se niega a negociar, es poco probable que se someta a la mediación de un tercero, figura que encaja más para aquellos supuestos en los que las partes quieren negociar, pero no se avienen en cuanto al contenido o los términos de la negociación.

50. Así, el único medio pacífico para resolver este conflicto es el judicial. Hay que destacar, sin embargo, que los efectos o consecuencias, que pueden sobrevenir cuando las partes obligadas a negociar y a asistir a las reuniones de las mesas negociadoras, desatienden cualquiera de estas obligaciones, difieren según cual

Los procedimientos

sea el sujeto infractor. Y ello es así por la diferente posición que tienen la Administración y los sindicatos. Mientras la primera no necesita de una sentencia para que se reconozcan y definan sus derechos; los sindicatos, en cambio, tienen que acudir a la vía procesal para, por medio del oportuno proceso, hacer efectivos los derechos lesionados por la Administración¹⁵⁵.

Como consecuencia de lo anterior, la no concurrencia a las deliberaciones de la representación sindical es reconducible a la situación de falta de avenencia entre las partes en el seno de la mesa negociadora, en cuyo caso y a tenor de lo dispuesto en el art. 37.2 de la L.O.R.A.P., procede la regulación unilateral de las condiciones de trabajo por parte del Gobierno a través de una disposición reglamentaria. Dada la posición de prerrogativa de la Administración, es ella misma quien verifica si la representación sindical incumple o no su deber de negociar, y, si entiende que así es, puede regular unilateralmente la materia.

51. En cambio, cuando sea la Administración la parte que desatiende estas obligaciones, los sindicatos no tendrán otra opción que acudir al juez para que, previo el correspondiente proceso declarativo y verificación de la conformidad de su pretensión frente a la Administración Pública con el ordenamiento

¹⁵⁵. Sobre el particular ve GONZALEZ PEREZ, J., Manual..., cit., págs. 57 y ss.

Los procedimientos

jurídico, dicte una sentencia accediendo a lo pedido.

No obstante, esta vía plantea el problema de dilucidar si la parte sindical puede acudir directamente a la jurisdicción contencioso-administrativa. En principio, los sindicatos, de acuerdo con la regla sentada en el art. 37 de la L.J.C.A., tendrían que agotar la vía administrativa con carácter previo a la interposición del recurso contencioso-administrativo, que, de otro modo, resultaría inadmisibile. De ser así, la situación sería realmente dramática, y a resultas de una justicia tardía se volatizaría el derecho a la negociación colectiva. Una excepción a la regla general sentada en el citado precepto se dá, no obstante, en materia de derechos fundamentales a los que les es aplicable la Ley 62/1.978, de 26 de diciembre, en cuyo art. 7.1 se establece que no será necesario agotar la vía administrativa para la admisibilidad del "recurso contencioso-administrativo" en ella regulado. Se trata, por tanto, de determinar si en este supuesto está en juego un derecho fundamental.

A este respecto, conviene traer de nuevo a colación la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional, según la cual cuando se impide o se frena el ejercicio del derecho a la negociación colectiva de los sindicatos se produce una lesión del derecho de libre sindicación. En concreto, se vulnera este derecho

Los procedimientos

cuando a la organización sindical se le obstaculiza el ejercicio del derecho a la negociación. Así, si a propósito de la negociación colectiva, está en juego la actividad de los sindicatos, y se aprecia un ataque al derecho de libertad sindical, éstos podrán instar ante los tribunales ordinarios la protección especial que proporciona el proceso basado en los principios de preferencia y sumariedad regulado en la L.P.J.D.F. De acuerdo con ello, la negativa de la Administración a negociar o a asistir a las deliberaciones es susceptible de impugnación en la vía contencioso-administrativa sin necesidad de cualquier recurso administrativo previo en los diez días siguientes a la notificación expresa o, una vez transcurridos veinte días desde la solicitud de los sindicatos en caso de silencio administrativo, sin que sea preciso en este supuesto denunciar la mora (art. 8.1 L.P.J.D.F.).

En lo que concierne al contenido de la sentencia, el ámbito del fallo viene, además, predeterminado por la pretensión de los sindicatos¹⁵⁶. Si ésta ha sido la simple anulación de la resolución, el pronunciamiento estimatorio habrá de ceñirse a declarar la no conformidad a Derecho y consiguiente nulidad de la resolución denegatoria (art. 84.a) L.J.C.A.). Pero lo normal es que pretendan, además, el reconocimiento de su derecho a negociar, en

¹⁵⁶. La ley 62/1.978 apenas contiene indicaciones sobre el contenido de la sentencia cuando se utiliza la garantía contencioso-administrativa, por lo que resultan aplicables las normas de la L.J.C.A.. Así, ALBIOL MONTESINOS, I., La tutela de la libertad sindical, Madrid, 1.987, pág. 127.

Los procedimientos

cuyo caso la sentencia estimatoria anulará el acto y reconocerá el derecho de los sindicatos a negociar, y condenará a la Administración a adoptar las medidas necesarias para asegurar la plena efectividad de dichas declaraciones (art. 84.b) L.J.C.A.). Finalmente, según se desprende del art. 15 de la L.O.L.I.S - "decretar el cese inmediato"-, la sentencia es inmediatamente ejecutiva sin esperar a que sea firme¹⁵⁷. El problema se plantea porque la obligación de negociar al ser una obligación de hacer es incoercible¹⁵⁸

52. Pero al margen de todo ello, es evidente que los sindicatos también pueden recurrir a la huelga. En efecto, en tanto que la motivación de la huelga es la de presionar en la negociación colectiva, no estando vigente un Pacto o Acuerdo aplicable, la huelga es perfectamente legal.

53. En definitiva, la Administración se encuentra en una situación de clara ventaja respecto a los sindicatos, precisamente, por el hecho de que tiene atribuidas las facultades de constatar el incumplimiento sindical de las obligaciones de negociar y de

¹⁵⁷. Así, ALBIOL MONTESINOS. I., La tutela..., cit., pág. 128; CASTIÑEIRA FERNANDEZ, J., "La tutela de la libertad sindical", en A.A.V.V., Comentarios a la Ley de Libertad Sindical, 1.986, pág. 363.

¹⁵⁸. Así, MARTINEZ ABASCAL, V.A., "Contenido..", cit., pág. 357, quien ante este hecho señala la conveniencia de articular algún precepto de carácter sancionatorio del incumplimiento injustificado de esta obligación.

Los procedimientos

comparecer a las sesiones de la mesa negociadora, y, en su caso, de dictar la decisión administrativa subsidiaria del Pacto o Acuerdo. Por el contrario, la Ley no contiene reglas que permitan la plena efectividad del derecho a negociar de los sindicatos. Ante el silencio legal, éstos si la Administración se niega a negociar o no asiste a las deliberaciones de la mesa negociadora, sólo podrán hacer valer su derecho en un procedimiento pacífico de solución del conflicto, judicial o extrajudicial, y a través de la presión por medio de una huelga. Se trata, por tanto, de una tímida y débil regulación del deber de negociar de la Administración.

2.2. Constitución de la mesa negociadora.

54. Una vez efectuada la convocatoria de la reunión, se procede a formar la mesa negociadora. Sin embargo, el legislador deja una especie de paréntesis abierto entre el momento en que se inicia el proceso negociador y la constitución de la mesa negociadora, paréntesis que resulta muy difícil de llenar. La constitución del órgano negociador plantea dos órdenes de cuestiones: de una parte, su estructura o composición; de otra, las reglas de funcionamiento.

55. Por lo que se refiere al primer problema señalado -la composición de la mesa negociadora- hay que indicar que el mismo

Los procedimientos

plantea, a su vez, dos tipos de problemas: en primer lugar, determinar la composición de las representaciones sindical y pública, esto es, los sindicatos con derecho a formar parte de ella, el número de miembros que la componen, las reglas de reparto de los puestos entre las distintas organizaciones sindicales, los requisitos para la válida constitución de la mesa negociadora, los órganos que negocian en representación de la Administración., etc.; en segundo lugar, dilucidar si es posible la designación de asesores, presidente y secretario, así como determinar el régimen jurídico aplicable a los mismos.

El primer bloque de cuestiones señaladas ya fueron examinadas a propósito de la determinación de los sujetos negociadores, lo que explica el no hacerlo aquí. Tal vez hubiera sido más correcto haber aplazado aquel análisis, por cuanto que es en este momento procedimental cuando se plantean los problemas allí analizados. Sin embargo, se ha considerado que la perspectiva que valora de modo global los diferentes requisitos que conforman la delimitación de los sujetos capacitados para negociar es la más acertada, pues con ella se sitúan en sus justos términos las insuficiencias o deficiencias del sistema de negociación del sector público. De seguirse la óptica antes planteada, se desnaturaliza el problema al parcializarse, esto es, al abordarse como un todo lo que no es más que una parte de un entramado más amplio.

Los procedimientos

56. En lo que concierne al funcionamiento de la mesa negociadora, los problemas también pueden dividirse en dos bloques: de un lado, determinar el procedimiento a seguir para la válida adopción de los acuerdos en el seno de la mesa negociadora; de otro, precisar las reglas de actuación de los miembros de la mesa, esto es, el régimen de sesiones, a quién corresponde fijar el orden del día, ...etc. El primero será objeto de examen al abordar la fase de terminación del proceso negociador a cuyo momento se remite ahora el análisis.

2.2.1. Asesores, presidente y secretario de la mesa de negociación.

57. Para un desarrollo regular y fructífero de las negociaciones en el seno de la mesa negociadora se hace necesaria la presencia de algunos sujetos, a quienes puede corresponder, entre otras, las siguientes funciones: 1º) Prestar apoyo y asesoramiento a los miembros de la mesa en los temas técnicos y técnicos-jurídicos de una forma inmediata y directa (asesores); 2º) Moderar las sesiones: convocar y notificar a los miembros de la mesa la celebración de las reuniones; suspender y levantar las sesiones en cualquier caso por causa justificada; conceder y retirar el uso de la palabra cuando los miembros lo soliciten, señalar el orden de las intervenciones; velar porque las deliberaciones se desarrollen con orden, corrección y

Los procedimientos

respeto,...,etc. (presidente); y 3º) Prestar una labor fedataria y de documentación con respecto a los acuerdos alcanzados por las partes (secretario).

58. Aunque la L.O.R.A.P., a diferencia del E.T.¹⁵⁹, no prevé expresamente la posibilidad de nombrar asesores, presidente y secretario, la conveniencia e, incluso, la necesidad de su nombramiento parece desprenderse, al menos, por lo que respecta a los dos últimos, de la posibilidad de nombrar de mutuo acuerdo un mediador que resuelva los conflictos surgidos durante el transcurso de las negociaciones (art. 38 L.O.R.A.P.) y de la exigencia general de escrituración de los Pactos y Acuerdos.

59. Por lo que se refiere al régimen jurídico aplicable a estos sujetos, en principio, cabría propugnar la aplicación supletoria de la regulación contenida en los arts. 9 y ss de la L.P.A. Sin embargo, esta solución no parece adecuada por las siguientes razones: en primer lugar, por la sencilla razón de que la mesa negociadora no es un órgano administrativo de carácter colegial; en segundo lugar, porque esta regulación no resulta apropiada para la mesa negociadora, ya que el presidente y el secretario, que son miembros del órgano colegiado con voz y voto,

¹⁵⁹. El E.T. no prevé expresamente el necesario nombramiento de un Secretario, pero, como señalan SALA FRANCO, T y ALBIOL MONTESINOS, I., op. cit., pág. 386, tal exigencia parece deducirse del párrafo 4 in fine del art. 88 del E.T., así como del requisito general de escritura de los convenios colectivos (art. 90.1).

Los procedimientos

aparte de las funciones de moderar las sesiones y de prestar una labor fedataria y de documentación respecto de los acuerdos alcanzados por el órgano, tienen atribuidas otras funciones o facultades (el presidente fija el orden del día y dirime los empates..., etc.) que les confiere una posición privilegiada respecto del resto de miembros, que no es aconsejable en el caso de la mesa negociadora, donde la paridad de sus miembros es fundamental.

Otra solución podría consistir en aplicar vía analógica lo previsto en el art. 88 del E.T. en relación con los asesores y el presidente de la comisión negociadora de los convenios colectivos. Pero las previsiones contenidas en el citado precepto son bien escasas, por lo que cabe concluir que estos temas habrán de solventarse por consenso entre ambas partes¹⁶⁰. Se trata, por tanto, de un tema susceptible de negociación. Así, las partes negociadoras podran exigir a traves de Pactos y Acuerdos su nombramiento, así como establecer el sistema a seguir para su designación y las funciones de los mismos, o, en su caso, llegar a acuerdos específicos para cada negociación. Esta solución no dejará de plantear tensiones en una mesa donde pueden muy bien estar presentes un cierto número de organizaciones. Cuando así suceda, esto es, cuando surgan conflictos o desacuerdos entre las partes,

¹⁶⁰. Así, OJEDA AVILES, A., "Los derechos..", cit., pág. 24.

Los procedimientos

parece razonable que se resuelvan por medio de la designación de un mediador, sin que sea aconsejable aquí la intervención de la jurisdicción competente. Por otra parte, la intervención de asesores o vocales en la negociación no requiere mutuo acuerdo, sino que basta la decisión de la parte que pretenda utilizarlos para que los que designe asistan a las deliberaciones con voz, pero sin voto¹⁶¹.

En lo que concierne al presidente, las partes, como en el sector laboral¹⁶², podrán optar entre varios sistemas: bien en designar un tercero ajeno a las partes -con voz y sin voto-; bien en consignar en el acta constitutiva de la mesa negociadora otro procedimiento para moderar las sesiones, como, por ejemplo, la rotación de la presidencia entre los miembros, la sumisión a un código de conducta previamente establecido...etc. De igual libertad disponen las partes a la hora de nombrar el secretario¹⁶³. Por lo demás, los asesores, presidente y secretario, salvo que sean miembros de la mesa negociadora, podrán intervenir con voz, pero sin voto.

¹⁶¹. Así, la S.T.C.T. de 10 de febrero de 1.988 establece este criterio en relación con la negociación colectiva laboral. En sentido contrario. SUAREZ GONZALEZ, para quien la exigencia de "mutuo acuerdo" del art. 88.3 del E.T. también viene referida al nombramiento de asesores, con el objeto de evitar abusos por una de las partes. En este sentido. GARCIA BLASCO, J., "Constitución del órgano negociador de los convenios colectivos y adopción de los acuerdos: revisión de los criterios jurisprudenciales", T.L., núm. 13, 1.987, pág. 42, sostiene que los desacuerdos sobre la designación de vocales de la comisión negociadora deben resolverse en vía jurisdiccional.

¹⁶². Vid. OJEDA AVILES, A., Derecho..., cit., pág. 692.

¹⁶³. OJEDA AVILES, A., op. cit., pág. 581.

Los procedimientos

2.2.2. El régimen de sesiones.

60. Una vez constituida la mesa negociadora, comienzan las negociaciones, las cuales tendrán lugar con arreglo al "orden del día" o "calendario fijado".

En principio, habrán de determinarse por consenso de ambas partes las cuestiones referentes al espacio geográfico en el que han de tener lugar las sesiones, o los gastos que originen los desplazamientos de los miembros para asistir a las deliberaciones, así como el pago de la labor que desarrollan el presidente y el secretario¹⁶⁴, si bien, de acuerdo con el art. 11 de la L.O.L.I.S., pueden establecer cláusulas de canon de negociación para atender económicamente a la gestión de los sindicatos representados en la mesa negociadora¹⁶⁵.

61. Aunque la L.O.R.A.P. no exige la redacción de un acta donde se acredite fehacientemente la constitución de la mesa negociadora, tanto por la aplicación supletoria del art. 13.1 de la L.P.A. como por la aplicación via analógica del art. 88.4 del E.T., cabe concluir en la exigibilidad de este requisito. Así, se habrá

¹⁶⁴. En esta línea, la cláusula 4 del Capítulo XII del Título IV del A.M.A. establece que la "Administración facilitará a los sindicatos firmantes los medios personales y materiales necesarios para el desarrollo de las tareas propias de la negociación colectiva. La concesión de tales medios será objeto de acuerdo específico con las Organizaciones Sindicales, individual o conjuntamente".

¹⁶⁵. Así, DEL REY GUANTER, S., Comentarios..., cit., pág. 275.

Los procedimientos

de redactar un acta en la que habrán de constar la identidad de los componentes de la mesa; la competencia de los que representan a la Administración, la representación y legitimación de los sindicatos, el lugar y tiempo en que tienen lugar la reunión, los acuerdos alcanzados..., etc.

3. El deber de negociar de buena fe.

62. Como se ha señalado, la doble obligación legal de negociar y de asistir a las reuniones de la mesa negociadora impulsa el proceso negociador hasta que los miembros de la mesa negociadora están sentados discutiendo. Sin embargo, éstos podrían limitarse a asistir a las reuniones y decir "no" a las propuestas de la contraparte. De esta forma, tras la constitución de la mesa, se barrenaría el proceso negociador sin haber entrado en materia. Es en este momento cuando debe entrar en juego el principio de negociar de buena fé. Pero, la L.O.R.A.P., a diferencia del art. 89.1 del E.t., no alude expresamente a la obligación de las partes de negociar de buena fé. Ello plantea el problema de determinar si este principio ha de presidir o no las negociaciones en el ámbito funcional.

3.1. Vigencia.

63. La aplicación del principio de buena fe en las relaciones

Los procedimientos

entre las partes durante la tramitación del proceso negociador se encuentra con algunos obstáculos de principio¹⁶⁶. Es relativamente habitual alegar la desigualdad de base con la Administración y la vinculación de ésta al principio de legalidad como razones que excluyen la vigencia de la buena fe en el ámbito del Derecho administrativo. Sin embargo, examinados cada uno de estos argumentos, hay que concluir que no impiden sino más bien exigen la aplicación del principio de la buena fé, si cabe más enérgica que en el sector laboral.

64. La posición de la Administración en el procedimiento de negociación es, ciertamente, distinta de la propia de los sindicatos, pues se reserva la facultad de aprobar o desaprobar el Acuerdo, y, además, en caso de que éste no alcance la aprobación o no se llegue a un acuerdo, de regular unilateralmente las condiciones de trabajo mediante un reglamento. Pero ello no es debido a que tenga una naturaleza cualitativamente superior a la de aquellos, sino a la necesidad de preservar el interés público que eventualmente pueda verse afectado en los conflictos en la negociación colectiva funcionarial. Siendo esto así, es evidente que la posición preeminente de la Administración no sólo no excluye sino que exige su máxima vigencia, incluso con mayor firmeza que en

¹⁶⁶. Vid. SAINZ MORENO, F., "La buena fe en las relaciones de la Administración con los administrados", R.A.P., núm. 89, 1.979, págs. 293 y ss.

Los procedimientos

el sector laboral, donde ninguna de las partes puede imponer sobre la otra su voluntad.

65. El segundo argumento señalado, esto es, que la buena fé no es exigible en las relaciones que mantienen la Administración y los sindicatos en el proceso negociador porque tales relaciones se hayan sometidas al principio de legalidad, lo que supone que las controversias que aquí puedan surgir deben resolverse exclusivamente por las normas que rigen la actividad de la Administración en las que no se impone la buena fe, tampoco es de recibo y ello por dos razones.

66. La primera objeción que cabe oponer al señalado argumento es que, si bien es cierta la afirmación de que el principio de legalidad rige la actividad de la Administración, no hay que olvidar que el bloque de legalidad al que ésta se somete no está formado, exclusivamente, por el Derecho administrativo, sino que comprende también otros cuerpos legales, donde si se consagra el principio de la buena fé y que resultan también aplicables. En ese sentido, DEL REY afirma que "las partes- al igual que en el caso del artículo 89.1 del E.T. estarán obligadas a negociar bajo el principio de buena fe", siquiera sea por aplicación supletoria del Código Civil- vid- arts. 3.1 y 7"¹⁶⁷. Por su parte, BLASCO afirma

¹⁶⁷. DEL REY GUANTER, S., Comentarios..., cit., pág. 243.

Los procedimientos

que las partes están obligadas a negociar de buena fe en virtud de lo dispuesto en el art. 89.1 del E.T.¹⁶⁸. El resto de la doctrina se manifiesta partidario de la existencia de la obligación de negociar de buena fe, si bien no indican el fundamento jurídico de dicho deber¹⁶⁹.

Estas afirmaciones requieren, no obstante, un examen más detenido. Ciertamente, el art. 7 del C.c. puede entrar en juego para integrar la laguna señalada, pues el Código Civil cumple la función de Derecho Común y es supletorio respecto de los demás sectores del ordenamiento jurídico, y, por supuesto, del administrativo¹⁷⁰. De este modo, la buena fe no sólo juega en el campo de las relaciones jurídico-privadas, sino también en el de las jurídico-administrativas. Por consiguiente, el derecho a negociar y el correlativo deber de negociar han de ejercitarse conforme a las exigencias del señalado principio, y ello porque el art. 7 del Código, aunque únicamente se refiere al ejercicio de los derechos, tiene una aplicación general. El principio de la buena fe es exigible en toda actuación que, en cualquier forma, afecte a

¹⁶⁸. BLASCO ESTEVE, A., "La negociación ..", cit., pág. 2.170.

¹⁶⁹. Así, CARRERA ORTIZ, C., op. cit., pág. 275; OJEDA AVILES, A., "Los derechos...", cit., pág. 28; LOPEZ GANDIA, J., "La negociación..", cit., pág. 23.

¹⁷⁰. Véase GONZALEZ PEREZ, J., El principio general de la buena fe en el Derecho Administrativo, Madrid, 1.983, págs. 34 y ss.

Los procedimientos

otro, esto es, en los actos jurídicos, en el ejercicio de los derechos y potestades, en la constitución de las relaciones y en el cumplimiento de las obligaciones¹⁷¹.

Por lo que se refiere al segundo argumento la solución es más controvertida. En principio, la aplicación del art. 89. 1 del E.T. no puede realizarse de forma directa, porque el legislador, como ya se ha indicado más atrás, excluye expresamente la relación de servicio de los funcionarios del campo de aplicación de esta disposición legal (art. 1.3 E.T), y, consiguientemente, la regulación que ésta contiene no resulta aplicable en el sector funcionarial. Ello no obstante, el art. 89.1 del E.T., con apoyo en el art. 4. 1 del C.c., es aplicable por analogía, dada la similitud o semejanza que guardan ambos supuestos de hecho.

67. Ambos argumentos, con la matización señalada, permiten concluir que la buena fe es exigible durante la tramitación del proceso negociador. Sin embargo, no es necesario acudir ni al Código civil ni al E.T. para integrar la reseñada laguna. En efecto, y ésta es la segunda objeción que cabe oponer al argumento objeto de crítica, la cobertura legal condiciona la actividad administrativa, pero no agota, en modo alguno, la regulación

¹⁷¹. Ver GONZALEZ PEREZ, J., El principio..., cit., pág. 79.

Los procedimientos

integra de dicha actuación¹⁷². A este respecto, el art. 9.1 de la Constitución dispone la sujeción general de los poderes públicos y, por tanto, de la Administración, que es uno de ellos, a la Constitución y al ordenamiento jurídico. Es más, el art. 103.3 del citado texto, que no es sino una especificación de este presupuesto fundamental de la Constitución, proclama explícitamente para esta última el "sometimiento pleno a la ley y al Derecho". Un derecho distinto al expresado en la ley vincula, pues, "plenamente" toda la actividad de la Administración, incluido el ejercicio del poder reglamentario, y ese derecho dominante no es otro que el expresado en los principios generales del Derecho¹⁷³. Así, toda la actividad de la Administración se halla sometida a los principios generales que pautan una acción no arbitraria de los poderes públicos, y, entre ellos, al de la buena fe¹⁷⁴, con independencia de su consagración expresa en una norma jurídica positiva¹⁷⁵. A mayor

¹⁷². SAINZ MORENO, F., "La buena..", cit., pág. 312.

¹⁷³. La posición de la doctrina es unánime al respecto. Vid., por todos, SAINZ MORENO, F., "la buena..", cit., pág. 312. Ver, entre otras, las S.S.T.S. de 17 de julio y 18 de diciembre de 1.985, y 10 de octubre de 1.987.

¹⁷⁴. Véase, por todos, GONZALEZ PEREZ, J., El principio.., cit., , págs. 32 y ss; SAINZ MORENO, F., "La buena..", cit., págs. 312 y ss. Vid., entre otras muchas, las S.S.T.S. de 1 de marzo de 1.980, 1 de febrero de 1.982, 19 de abril de 1.983 y 8 de mayo de 1.986.

¹⁷⁵. GONZALEZ PEREZ, J., El principio.., cit., pág. 20.

Los procedimientos

abundamiento, el art. 9.3 garantiza de una manera específica "la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos", y, por tanto, de la Administración.

68. En definitiva, los principios generales del Derecho administrativo constituyen elementos suficientes en el orden aplicativo supletorio para integrar la laguna legal¹⁷⁶ y afirmar que la negociación de los Pactos y Acuerdos está subordinada al principio general de la buena fe. Y esta conducta conforme a la buena fe es exigible tanto a la Administración como a los sindicatos¹⁷⁷. La ausencia de una referencia explícita a la obligación de negociar de buena fe, no supone que tal deber no riga en el sector funcionarial. En este sentido, conviene recordar que el art. 89.1 constituye, como ha señalado la doctrina laboral, "un pleonismo, ..., sin mayor trascendencia, que el legislador trae a colación para refrescar la memoria de las partes en la obtención de

¹⁷⁶. En palabras de BASSOLS COMA, M., "Reflexiones sobre el nuevo Título preliminar del Código civil", R.E.D.A., núm. 11, 1.976, pág. 605, "los Principios Generales del Derecho Administrativo y el recurso a la integración analógica de sus propias normas han de constituir elementos suficientes en el orden aplicativo supletorio, sin necesidad de acudir, salvo remisión expresa del propio ordenamiento administrativo, al Código Civil"

¹⁷⁷. Vid. SAINZ MORENO, F., "La buena..", cit., pág. 308, afirma que la conducta conforme a la buena fe es exigible tanto a la Administración como a los administrados. No obstante ello, los agentes negociadores han creído conveniente subrayar este hecho, y, en este sentido, la causula primera del Cap. XII del Tít. IV del A.M.A. reitera el compromiso de las partes firmantes de negociar "bajo los principios de buena fe, mutua lealtad y cooperación".

Los procedimientos

un "fair play" discursivo", pues se trata de una regla consabida e implícita en todo el Derecho de contratos"¹⁷⁸.

3.2. Contenido.

69. Una vez queda patente la vigencia del deber de negociar de buena fe, es necesario determinar su ámbito objetivo, a fin de precisarlo en sus justos términos, tanto respecto de la actuación de la Administración como de los sindicatos. En el ámbito laboral, la doctrina ha afirmado que no es suficiente con la trasposición automática de las elaboraciones realizadas por los civilistas en torno a la buena fe en la celebración de los contratos -centradas en castigar el dolo y la culpa en el cumplimiento de las obligaciones-, sino que el deber de negociar de buena fe ha de comprender bastante más que en el Derecho común, o se estaría haciendo caso omiso al reiterado interés manifestado por el legislador en fomentar la negociación colectiva¹⁷⁹. Así, las manifestaciones en que se concreta el referido deber, prosigue el citado autor, son las tres siguientes: 1º) El deber de negociación misma; 2º) El deber de información a la contraparte; 3º) La

¹⁷⁸. GARCIA BLASCO, J., "Obligación legal de negociar en los convenios colectivos de trabajo", A.L., núm. 39, 1.988, pág. 2.279; OJEDA AVILES, A., Derecho..., cit., pág. 696.

¹⁷⁹. OJEDA AVILES, A., op. ult cit., pág. 584. En el mismo sentido, GARCIA BLASCO, J., op. ult. cit., págs. 2.280 y ss.

Los procedimientos

Prohibición de violencia. La cuestión, sin embargo, consiste en determinar si la doctrina del deber de negociar de buena fe que actúa en el ámbito laboral sirve también en el funcionarial. Dada la identidad entre los supuestos de hecho es indudable la aplicabilidad de las formulaciones elaboradas por la doctrina laboral sobre el mismo en el ámbito de la función pública.

3.2.1. El deber de negociación misma.

70. Como se ha señalado, una vez las partes están sentadas en la mesa negociadora, el motor que impulsa el procedimiento es el principio de la buena fe, pues obliga a las partes a "realizar un esfuerzo sincero de aproximación mutua para obtener un acuerdo"¹⁸⁰. El deber de negociar de buena fe constituye una obligación de medio con un contenido positivo y otro negativo. Del lado positivo, supone la obligación de las partes de observar una conducta que haga posible la conclusión del Pacto o, en su caso, del Acuerdo, esto es, de realizar todos los esfuerzos que estén en su mano para llegar a un compromiso, transigiendo hasta el límite de sus posibilidades y justificando las negativa con datos precisos¹⁸¹. Desde el segundo, la buena fé supone evitar las obstrucciones, esto

¹⁸⁰. ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M^a.E., op. cit., pág. 785.

¹⁸¹. OJEDA AVILES, A., Derecho..., cit., pág. 696.

Los procedimientos

es, "no simular que se negocia cuando no se está dispuesto a convenir, dilatar las negociaciones, no suministrar razones convincentes o no ofrecer una contrapuesta razonable"¹⁸². Implica no usar de intimidación, maquinaciones dolosas ni claro aprovechamiento por una de las partes del error en que la otra pueda incurrir. Comporta también evitar por ambas partes posiciones absurdas, negativas o tendentes a desestabilizar la propia negociación.

71. Al igual que sucede en el sistema de negociación laboral¹⁸³, el deber de negociar y de hacerlo, además, de acuerdo con el principio de buena fe no obliga a las partes a llegar a un acuerdo¹⁸⁴, y prueba de ello es la expresa previsión legal de mecanismos para suplir los fracasos de la negociación. Obliga, más simplemente, a mantener una actitud "abierta" a la posibilidad de

¹⁸². RIVERO LAMAS, J., "Pluralismo sindical y negociación colectiva", en "Hacia un modelo democrático de relaciones laborales", Instituto de Relaciones Laborales, Zaragoza, 1.980, pág. 113:

¹⁸³. La posición de la doctrina es unánime en este punto. Vid., por todos, IGLESIAS CABERO, M., "Algunas reflexiones en torno al deber de negociar", A.L., núm. 7, 1.989, pág. 79. Vid. la S.T.C.O. 108/1.989, de 8 de junio; las S.S.T.C.T. de 25 de abril de 1.985, 19 de junio de 1.987 y 25 de enero de 1.989 y las S.S.A.N. de 28 de enero y 16 de septiembre de 1.991.

¹⁸⁴. En idéntico sentido, DEL REY GUANTER, S., Comentarios..., cit., pág. 243; MARTINEZ ABASCAL, V.A., "Contenido...", cit., pág. 351.

Los procedimientos

compromiso. Sin embargo, la trascendencia de esta obligación es evidente si se relaciona con la posibilidad de regulación unilateral que, en base al este apartado 2º del artículo 37, se le abre a la Administración, de forma que aquella sólo puede ser considerada como un recurso extremo. Sino, bastaría que la Administración mantuviera una actitud inflexible durante el proceso de negociación, a sabiendas de que al final se le abrirá aquella posibilidad, quedando vacío prácticamente de contenido el derecho a la negociación colectiva en la Función Pública.

72. En lo que concierne al ámbito de aplicación, el deber de negociar de buena fe se exige tanto en la fase de iniciación del proceso negociador como en su desenvolvimiento y finalización, aunque no cabe duda que es partir del momento en que comienzan las deliberaciones cuando está llamado a desempeñar su papel principal. Iniciado el proceso negociador, los sindicatos y la Administración vienen obligados a observar una conducta clara, inequívoca y veraz al realizar cada uno de los actos que integran el proceso, cualquiera que sea su finalidad. Pero no sólo tiene aplicación en el proceso negociador propiamente dicho -en que existe un acuerdo de voluntades-, sino también en la fase de "aprobación expresa y formal" por parte del Consejo de Ministros, pues, aun cuando ésta emana unilateralmente de la Administración, presupone la actuación de los sindicatos a quienes, a su vez, se refieren los efectos de

Los procedimientos

aquella¹⁸⁵. No acabando sólo aquí, sino que debe presidir también las relaciones de las partes una vez se han firmado y aprobado los Pactos y Acuerdos, respectivamente, con el fin de resolver los conflictos que se puedan plantear con posterioridad¹⁸⁶.

3.2.2. El deber de información a la contraparte.

73. El deber de información a la contraparte deriva del deber de negociar de buena fe, al tener cada parte que justificar razonablemente sus posturas, especialmente las negativas¹⁸⁷. Es un deber recíproco, por mucho que lógicamente la parte más afectada sea la empleadora. También los sindicatos han de responder, por ejemplo, a demandas sobre su organización interna, si ello justifica una postura reticente a la discusión.

¹⁸⁵. Vid., GONZALEZ PEREZ, J., El principio..., cit., pág. 81; Para MARTINEZ ABASCAL, V.A., "Contenido...", cit., pág. 357, la obligación de negociar de buena fe se circunscribe a la fase estrictamente negocial.

¹⁸⁶. En el ámbito laboral, GARCIA BLASCO, J., "El deber...", cit., pág. 211; VALDES DAL-RE, "Las comisiones paritarias de los convenios colectivos", R.P.S., núm. 109, 1.976, pág. 60. En este sentido, es muy significativa la cláusula primera del Acuerdo sobre negociación colectiva de los empleados públicos, donde se exige a las partes una actuación conforme a los principios de buena fe y mutua lealtad no sólo respecto de los "procesos de negociación" sino también en relación con los "acuerdos resultantes".

¹⁸⁷. OJEDA AVILES, A., Derecho..., cit., pág. 698.

Los procedimientos

Las prerrogativas de obtener información, sobre todo económica, plantean difíciles cuestiones de contenido y límites en la negociación colectiva laboral, pues los principales afectados, los empresarios, no conciben que la buena fe pueda llegar tan lejos¹⁸⁸. Lo mismo puede suceder en el ámbito funcional, pues el secreto es una de las constantes que caracterizan a través del tiempo la acción administrativa. Por eso vale la pena llevar a cabo un examen de los planteamientos normativos que se refieren a la transparencia y publicidad de las actuaciones administrativas, tratando de poner de relieve los preceptos en torno a los cuales los sindicatos pueden articular su pretensión de obtener de la Administración Pública la información necesaria para el desarrollo de la negociación.

74. En el plano constitucional, cabe destacar, en primer lugar, el art. 20 de la Constitución, donde figura el reconocimiento y protección de la libre expresión y del derecho a la información, que se convierte en condición indispensable para una efectiva operatividad del principio de transparencia mediante el instrumento de los medios de comunicación social¹⁸⁹. Más este precepto no garantiza en forma directa un derecho individual del

¹⁸⁸. OJEDA AVILES, A., op. ult. cit., pág. 698.

¹⁸⁹. Así, BERMEJO VERA, J., "El secreto en las Administraciones públicas. Principios básicos y regulaciones específicas del Ordenamiento jurídico español", R.E.D.A., núm. 57, 1.988, pág. 21.

Los procedimientos

ciudadano contra el secreto administrativo¹⁹⁰.

Mucho más importante en el plano de la garantía de los directamente afectados es la disposición que se contiene en el art. 105.b), donde se reconoce implícitamente el derecho de acceso a la documentación de la Administración¹⁹¹. Según el referido precepto la "ley regulará .. el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas". Se declara, de este modo, la publicidad de archivos y registros, esto es, de todas las instancias concretas que agotan prácticamente el circuito por el que discurren y se guardan los documentos públicos¹⁹². Este derecho de información se refiere a "todo objeto material, fundamentalmente escrito, que obra en poder de la Administración y que sea elemento o medio de conocimiento de la actividad administrativa"¹⁹³, a excepción de una serie de documentos calificados por el art. 105.b) de la

¹⁹⁰. BERMEJO VERA, J., op. ult. cit., pág. 21.

¹⁹¹. ALVAREZ RICO, M., "El derecho de acceso a los documentos administrativos", D.A., núm 183, 1.979, pág. 111.

¹⁹². Vid. CASTELLS ARTECHE, J.M., "El derecho de acceso a la documentación de la Administración Pública", R.V.A.P., núm. 10, 1.984, pág. 146.

¹⁹³. ALVAREZ RICO, M., "El derecho...", cit., pág. 115.

Los procedimientos

Constitución como "secretos", entre los que no se incluyen, deliberadamente, los relativos a la protección de los intereses económicos públicos¹⁹⁴, que son, en realidad, los que mayores problemas plantearan a la hora de negociar.

Sin embargo, este precepto no parece una asidero seguro para la pretensión de quienes, como las organizaciones sindicales presentes en las mesas de negociación, pretenden acceder a la documentación administrativa. En primer término, porque, aunque el derecho a la información administrativa se conforma en el art. 105.b) de la Constitución, la exigencia de que habrá de ser estructurado y diseñado por una ley posterior paraliza la eficacia de este precepto hasta se logre su desarrollo legal¹⁹⁵. En segundo

¹⁹⁴. CASTELLS ARTECHE, J.M., "El derecho...", cit., pág. 147.

¹⁹⁵. En esta línea, se sitúa la jurisprudencia ordinaria y constitucional. Vid. la S.T.S. de 16 de octubre de 1.979 y las S.S.T.C.O. 18/1.981, de 8 de junio, f.j., nº 5 y de 8 de mayo de 1.985 (B.O.E. de 5 de junio). Posición jurisprudencial que ha sido objeto de fuerte contestación doctrinal, si descontamos el asentimiento de ALVAREZ RICO, M., "El derecho de acceso a los documentos administrativos", D.A., núm. 183, 1.979, pág. 120. La doctrina mayoritaria se enmarca en la línea contraria. Ver, por todos, SAINZ MORENO, F., "El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos", R.E.D.A., núm. 24, 1.980, págs. 19 y ss., para quien, aunque este precepto ha de ser estructurado y diseñado por una ley posterior, en cuanto realiza una concreción del derecho de libertad de expresión (art. 20 C.E.), es inmediatamente aplicable sin previo desarrollo legislativo. Por consiguiente, en tanto que la ley especial se dicta, el ejercicio de este derecho no tiene más límites que los que resultan de la misma Constitución y del resto del Ordenamiento jurídico vigente (en especial de la legislación sobre secretos oficiales) en la medida en que, éstos últimos, sean compatibles con el contenido

Los procedimientos

lugar, y sobre todo, porque dicho precepto tiene como destinatario de los derechos en el consagrados a los ciudadanos y no a otros entes o sujetos como, en este caso, los sindicatos¹⁹⁶.

75. En el plano legal, el art. 1 de la Ley 9/1.968, de 5 de abril, de Secretos Oficiales -modificada por Ley 48/1.987, de 7 de octubre- proclama de una manera un tanto abstracta el principio de publicidad administrativa, al establecer que los órganos del Estado estarán sometidos en su actividad al principio de publicidad de acuerdo con las normas que rijan su actuación. A continuación, permite al Consejo de Ministros clasificar como secretas las materias relativas a "asuntos, actos, documentos, informaciones, datos y objetos cuyo conocimiento por personas no autorizadas pueda dañar o poner en riesgo la seguridad y defensa del Estado" (arts. 2 y 4). Sin embargo, la técnica de las "materias clasificadas" ha

esencial del derecho reconocido por el citado artículo

¹⁹⁶. En esta línea, CASTELL ARTECHE, J.M., "El derecho..", cit., pág 146 señala que el término "ciudadano" permite la posibilidad de exclusión mediante una interpretación estricta, de los extranjeros y de las personas jurídicas como detentadores del derecho. El Tribunal Constitucional no se ha pronunciado sobre este extremo. Sin embargo, debe señalarse que ha precisado que el art. 23, donde se reconoce el derecho de los ciudadanos a acceder a las funciones y cargos públicos, "tiene como único destinatario de los derechos en él consagrados a los ciudadanos, y no a otros entes o sujetos como, en este caso, los sindicatos" (S.S.T.C.O. 23/1.984, f.j.4. y 39/1.986, de 31 de marzo). Por consiguiente, y dado que estos preceptos recogen una modalidad del derecho de participación y que este, a su vez, se encuadra estrictamente vinculado al derecho de información, y que ambos vienen referidos al "ciudadano", hay que presumir que su posición también sería ésta.

Los procedimientos

de situarse en el contexto antes descrito, por lo que aquel debe atenerse estrictamente al mandato constitucional en cuanto a sus posibilidades y a la reserva legal¹⁹⁷. De este modo, no estando las materias susceptibles de negociación en los límites que la Constitución y la ley de Secretos Oficiales fijan, habría que dar a conocer a los sindicatos toda la información necesaria¹⁹⁸.

Hay que subrayar, sin embargo, que se trata de un precepto puramente nominal y sin valor efectivo suficiente para garantizar la publicidad administrativa en el proceso negociador. En efecto, este precepto no establece un derecho en favor de los ciudadanos, sino la sumisión de los órganos administrativos al principio de publicidad de acuerdo con las normas que rijan su actuación¹⁹⁹. Además, tiene un valor meramente retórico al dejar en vigor la legislación anterior y al hacer una remisión a la normativa específica de actuación de cada órgano que, por lo general, impone el secreto.

¹⁹⁷. CASTELL ARTECHE, J.M., op. ult. cit., pág. 147.

¹⁹⁸. Sin embargo, al amparo de la Ley de Secretos Oficiales se han declarado como materias reservadas muchos asuntos que nada tienen que ver con los supuestos de hecho contemplados por ella. Una referencia de los supuestos en que la ley ha sido aplicada en GOMEZ REINO y CARLOTA, E., "El principio de publicidad de la acción del Estado y la técnica de los secretos oficiales", R.E.D.A., núm. 8, 1.976, págs. 130 y ss.

¹⁹⁹. Así, BERMEJO VERA, J., "El secreto..", cit., pág. 19.

Los procedimientos

76. Así, en el ámbito del procedimiento de elaboración de las disposiciones de carácter general, la L.P.A. impone el secreto en las actuaciones de los órganos administrativos. Ciertamente, esta disposición legal obliga a formar un expediente en el que "junto con la moción, providencia o propuesta de quien tenga la iniciativa de la disposición de que se trate (se conservaran) los dictámenes y consultas evacuados, las observaciones y enmiendas que se formulen y cuantos datos y documentos ofrezcan interés para conocer el proceso de elaboración de la norma o puedan facilitar su interpretación" (art. 129.2). Pero, como las entidades representativas no son en sentido propio interesadas en el procedimiento de elaboración de disposiciones administrativas, no obliga a la Administración Pública a poner dicho expediente a la disposición de éstas, a quienes sólo se les ha de remitir el "proyecto "de disposición (art. 129.4). De este modo, la L.P.A., aplicable supletoriamente, no garantiza a los sindicatos negociadores el conocimiento de las piezas que forman el expediente.

77. Sin embargo, conviene recordar que las normas de garantía del interesado previstas en la L.P.A. son también aplicables a los sindicatos, ya que éstos son parte interesada en el proceso negociador. Por lo tanto, los sindicatos negociadores pueden fundamentar su pretensión de acceder a la documentación e información necesaria en aquellos preceptos que consagran la

Los procedimientos

publicidad del procedimiento común en favor de los interesados.

Así, pueden alegar el art. 62 de la L.P.A., según el cual, en tanto llega el momento de darles vista y audiencia de los expedientes ya instruidos, los interesados tienen derecho a conocer el estado de la tramitación del procedimiento. Sin embargo, la funcionalidad de este precepto a los efectos aquí propuestos es bien escasa. En efecto, este derecho se explica porque en el procedimiento común la intervención de los interesados se reduce al trámite de vista y audiencia, por lo que en tanto llega este momento no conocen cuál es el estado de la tramitación. Pero los sindicatos si lo conocen, pues intervienen durante todo su desarrollo, y, en consecuencia, este derecho sólo es operativo respecto del tramo final del procedimiento de elaboración del Acuerdo. Además, los interesados sólo tienen derecho a conocer la fase en la que se encuentra el procedimiento, pero no el contenido concreto de los trámites instruidos²⁰⁰.

Mayor interés presenta el art. 91 que asegura al interesado el conocimiento de la totalidad del expediente²⁰¹. Por consiguiente, si se concede alguna sustantividad a la supuesta equivalencia entre

²⁰⁰. BERMEJO VERA, J., "El secreto..", cit., pág. 20; GONZALEZ BERENGUER, J.L., "El particular y el expediente administrativo según la Ley de procedimiento", D.A., núm. 28, 1.960, pág. 23.

²⁰¹. GONZALEZ PEREZ, J., Comentarios..., cit., pág. 680.

Los procedimientos

éstos y los sindicatos negociadores, cabe sostener paralelamente a lo establecido en relación a los primeros, que los sindicatos tienen derecho a conocer todas las piezas y elementos de la tramitación de los Pactos y Acuerdos. Es más, como la finalidad de este derecho es garantizar al interesado el conocimiento de todos aquellos extremos necesarios para que puedan realizar una defensa eficaz y completa de sus intereses, la vista del expediente debe tener lugar durante toda el proceso negociador. No puede limitarse al momento previsto en el art. 91 de la L.P.A., esto es, al trámite de audiencia, ya que los sindicatos, a diferencia de los interesados en el procedimiento común, participan durante todo el procedimiento, a excepción de la fase de aprobación del Acuerdo por parte del Consejo de Ministros.

Los problemas podrían surgir si la Administración pretendiera reducir las garantías de los sindicatos en base a lo dispuesto en el art. 3 de la Orden de 22 de octubre de 1.958, a tenor del cual el trámite del art. 91 no alcanza al cuaderno de extractos, cuya formación es discrecional, salvo cuando tiene que informar el Consejo de Estado, pues este cuaderno, además del resumen de los documentos del expediente, puede contener propuestas e "informes y documentos cuya exhibición pudiera causar perjuicios a los intereses generales o de terceros". Por esta vía, la Administración podría negar a los sindicatos el acceso a determinados informes y

Los procedimientos

documentos²⁰². Sin embargo, hay que rechazar de plano esta posibilidad porque el reseñado precepto constituye una mutilación inadmisibles, material y formalmente, de las garantías de defensa consagradas por la ley, ya que el art. 91 prevé que se pongan de manifiesto a los interesados los "expedientes", sin señalar ninguna excepción²⁰³. Además, aun admitiendo la legalidad del citado art. 31, dada la naturaleza de las materias objeto de negociación, es poco probable que se den las circunstancias que permiten la exclusión.

En resumen, los sindicatos negociadores podrán fundamentar su pretensión de acceder a la información y documentación sobre las materias objeto de negociación en el principio de la buena fe comercial y en la L.P.A., donde se establecen unas técnicas mediante las cuales los interesados pueden adquirir conocimientos sobre los expedientes que les afectan.

78. Un interrogante especialmente importante es el relativo a si pueden o deben hacerse públicas las instrucciones que el

²⁰². En este sentido, GONZALEZ BERENGUER, J.L., "El particular..", cit., pág. 24, sin discutir la legalidad de la orden, dice que: "la restricción derivada del cuaderno de extractos...puede reducir a nada las garantías".

²⁰³. Cuestionan la legalidad de la Orden GARCIA DE ENTERRIA, E. y RAMON FERNADEZ, T., Curso de Derecho Administrativo, Tomo II, Madrid, 1.987, pág. 427; GONZALEZ PEREZ, J., Comentarios.., cit., pág. 681.

Los procedimientos

Gobierno señala a los representantes de la Administración del Estado. En principio, habría que distinguir entre una publicidad general y una publicidad particular.

Por lo que se refiere a la primera, hay que indicar que, en principio, la publicidad es normalmente el peor enemigo de la negociación. Sin embargo, el hacer públicas las posiciones de las partes podría ser conveniente en el ámbito funcional, ya que la opinión pública podría jugar un papel de presión importante sobre las partes, especialmente en el sentido de obligarlas a hacer el máximo esfuerzo para terminar el conflicto en los impases negociales y llegar a un acuerdo. Más específicamente, mediante la publicidad, la opinión pública puede llegar a la identificación de la parte irrazonable o menos razonable, lo cual podría posibilitar el que dicha opinión ejerza presión sobre la misma para que disminuya sus expectativas en el proceso negocial. Pues bien, con estas observaciones de partida, hay que tener en cuenta que el criterio de la L.R.J.A.E. es que, a diferencia de lo que sucede con los Decretos (art. 29 L.R.J.A.E.), la eficacia de los acuerdos del Consejo de Ministros que no revistan aquella forma no requieren la publicación en el B.O.E.²⁰⁴. Normalmente las decisiones del Consejo se hacen públicas a través de los medios de difusión, pero no es imposible que se acuerde la reserva, bien por la gravedad del

²⁰⁴. Vid. DE MIGUEL GARCIA, P., op. cit., pág. 229.

Los procedimientos

asunto, bien porque la publicidad inmediata puede dar lugar a reacciones que frustren la efectividad de la medida.

En lo que concierne a la publicidad particular, el acuerdo del Consejo de Ministros, dada su trascendencia para la elaboración de los Acuerdos, habrá de incluirse en el expediente, ya que la enumeración que hace el art. 129 no es exhaustiva, sino que todo lo que sirve de base o contribuye en cualquier forma, tanto positiva como negativamente, a la formulación de la disposición general debe ser conservado, formando un expediente que terminará con la norma tal como esté destinada a su publicación²⁰⁵. De este modo, los sindicatos, al amparo de la normativa antes reseñada y, fundamentalmente, por la exigencia de negociar de buena fé podrán conocerlas.

79. En conclusión, tanto la buena fé como la aplicación de los preceptos señalados exigen la puesta a disposición de los sindicatos de la información necesaria para el desarrollo de las negociaciones²⁰⁶.

²⁰⁵. DESANTES GUANTER, J.M., "La elaboración de disposiciones generales en la L.P.A.", D.A., núms. 8-9, 1.958, págs. 43 y ss.

²⁰⁶. Las partes, sin embargo, han creído conveniente subrayar este hecho. Así, la cláusula tercera del Cap. XII del Tít. XV del A.M.A. establece que "la Administración se compromete a poner en conocimiento de los Sindicatos la información y documentación técnica que se le solicite por los mismos con el fin de facilitar el desarrollo de la negociación".

Los procedimientos

3.2.3. La prohibición de violencia.

80. La L.O.R.A.P., a diferencia del E.T.²⁰⁷, no condena el uso de la violencia en las negociaciones. Ello no obstante, es obvio que el deber de negociar bona fide precluye el ejercicio de la violencia por cualquiera de las partes. Prohibición que, como en el sector laboral²⁰⁸, comprende tanto la ejercitada tanto sobre las personas como sobre las cosas.

81. Acerca de lo que deba entenderse por violencia pueden ser igualmente válidas las formulaciones que la doctrina laboral ha realizado sobre el art. 89.1 del E.T. Así, puede afirmarse con toda seguridad que las acciones colectivas consideradas lícitas por la Constitución (arts. 37.2 relativo a los conflictos colectivos y 28.2 relativo a la huelga) no constituirán "violencia" en ningún caso²⁰⁹. El panorama de fondo de la negociación puede ser de

²⁰⁷. El E.T., inmediatamente después de imponer el deber de negociar de buena fé, se refiere a las "violencias sobre las personas o bienes", indicando que en el supuesto que se den y "ambas partes comprueben su existencia" se suspenderá de inmediato la negociación en curso hasta la desaparición de aquellas

²⁰⁸. ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M^a.E., op. cit., pág. 728. En cambio, para OJEDA AVILES, A., Derecho.., cit., pág. 587, "la estructura de la norma, el supuesto de hecho parece pedir conjuntamente violencias personales y materiales.

²⁰⁹. ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M^a.E., op. cit., pág. 728.

Los procedimientos

tensión e, incluso, de conflicto abierto, en forma de huelga, lo que no invalida la negociación ni sus resultados, salvo que la presión degenera en violencia sobre las personas y bienes. Inexistente el Pacto o Acuerdo, la representación funcional puede hacer uso de la huelga como medio de presión negocial²¹⁰.

3.3. Incumplimiento de la obligación de negociar de buena fe.

3.3.1. Los supuestos de incumplimiento

82. El deber de negociar de buena fe puede ser desconocido por quienes están especial y directamente obligados a su cumplimiento. Ello tendrá lugar cuando se lesione el valor ético social de la confianza jurídicamente válida, haya sido o no maliciosamente causada, pues un acto es contrario a la buena fe cuando se produce esa lesión, cualquiera que sea la intención del causante²¹¹.

²¹⁰. De acuerdo con el art. 11.c) del R.D.L.R.T. la huelga es ilegal "cuando tenga por objeto alterar, dentro de su periodo de vigencia, lo pactado en un convenio colectivo o lo establecido por un laudo", por lo que es lícita la huelga como presión negocial. También está esto confirmado indirectamente por el E.T., art. 86.3, al establecer la "pérdida de vigencia ..(de las)..cláusulas obligacionales", esto es, del deber de paz, implícito en las mismas, del convenio colectivo denunciado, al expirar su vigencia, en tanto no se pacte otro. Ver, por todos, OJEDA AVILES, A., Derecho..., cit., pág. 480.

²¹¹. GONZALEZ PEREZ, J., El principio..., cit., pág. 47; SAINZ MORENO, F., "La buena...", cit., pág. 314.

Los procedimientos

83. Como este deber es exigible en todas las fases del proceso negociador, se infringe la buena fe negocial, entre otros, en los siguientes supuestos: 1º) Cuando la Administración no convoque a los miembros de la mesa negociadora con la suficiente antelación para garantizar una negociación exenta de precipitación y apremio²¹²; 2º) Cuando las partes y sobre todo los representantes de la Administración Pública, no faciliten la información que permita ejercer, real y efectivamente, el derecho a la negociación colectiva o la suministrada sea errónea o induzca a confusión; 3º) Cuando se incumplan alguno de los trámites preceptivos según la L.P.A. cuya realización corresponda a la Administración y ello determine la regulación unilateral de la materia²¹³.; 4º) Cuando se utilice la violencia, el dolo, coacción o intimidación; 5º) Cuando la conducta de las partes sea confusa, equívoca o maliciosa, como, por ejemplo, cuando las instrucciones que el Gobierno da a los

²¹². Precisamente, para evitar situaciones de este tipo, la cláusula sexta del Acuerdo sobre negociación, que tampoco ha sido asumida en el proyecto de ley, establece que "para la negociación de las retribuciones y de todas aquellas cuestiones que dependan, en algún sentido, de los Presupuestos Generales del Estado, el Gobierno convocará a las partes al menos con cuatro meses de antelación a la entrada del proyecto de ley correspondiente en el parlamento y en los demás casos con la suficiente antelación para garantizar una negociación exenta de precipitación y apremio en el plazo de tiempo razonable antes de tomar la medida o medidas previstas".

²¹³. Vid. las S del T.S. de 15 de marzo de 1.978, de 5 de julio de 1.979 que sostienen que la Administración lesiona la buena fe cuando abusa de la nulidad por motivos formales.

Los procedimientos

representantes sean ambiguas y éste desapruera el Acuerdo alegando la desviación de sus representantes²¹⁴; 6º) Cuando la Administración adopte una actitud intransigente, a sabiendas de que si los sindicatos no aceptan su propuesta, será ella misma quien, finalmente, regule la materia; 7º) Cuando la Administración concierte con uno o más sindicatos amarillos abusando de la innecesariedad de la legitimación complementaria y de la mayoría cualificada para la constitución de la mesa negociadora y para la adopción de los acuerdos en el seno de la mesa negociadora; y 8º) Cuando la Administración, actuando contra sus propios actos, desautorice la gestión llevada a cabo por sus representantes de conformidad con las instrucciones.

3.3.2. Los efectos.

84. ¿Cómo pueden reaccionar las partes negociadoras ante la actuación contraria a la buena fe negocial?. En el sector laboral, los supuestos de incumplimiento empresarial o laboral de su obligación de negociar de buena fe tienen, prácticamente, las

²¹⁴. GONZALEZ PEREZ, J., "El principio..", cit., pág. 81. Vid. las S. del T.S. de 12 de marzo de 1.975, de 6 marzo de 1.978; 31 de marzo de 1.978 y 1 de marzo de 1.980, donde se afirma que la Administración infringe la buena fe cuando se ampara en una conducta confusa, equívoca o maliciosa.

Los procedimientos

mismas consecuencias que el incumplimiento del deber de negociar²¹⁵. Así, la autoridad laboral podrá intervenir en orden a imponer sanciones a la parte incumplidora, si bien aquí sucede lo mismo que en las infracciones del deber de negociar, esto es, la falta de tipificación expresa de esta infracción en la ley 8/1.988. Cabrá también la utilización del procedimiento de conflicto colectivo del R.D.L.R.T., pudiendo llegar a la declaración de la huelga legal por la parte trabajadora.

85. En el sector funcionarial, el incumplimiento del deber de negociar de buena fe tiene efectos o consecuencias diferentes según cual sea el sujeto infractor. La infracción del deber de negociar de buena fe por la representación sindical, permitirá a la Administración suspender las deliberaciones y entender que concurre la circunstancia descrita en el art. 37.2 de la L.O.R.A.P., esto es, la falta de acuerdo entre las partes. En este caso es la propia Administración quien verifica si la actuación de los sindicatos comporta un atentado o no a la buena fe, y, en consecuencia, decide proseguir las negociaciones o interrumpirlas.

86. Si es la Administración la que desatiende las exigencias de la buena fe negocial, los sindicatos sólo podrán hacer frente a esta conducta a través de los procedimientos de revisión en cada

²¹⁵. Ver, por todos, SALA FRANCO, T. y ALBIOL MONTESINOS, I., op. cit., pág. 387.

Los procedimientos

caso admisibles²¹⁶. Dada la diversidad de formas de manifestarse tal infracción, resulta imposible resumir en una fórmula simplista sus consecuencias jurídicas. En principio, hay que señalar que cuando la infracción del principio de la buena fe comercial se produzca en el procedimiento de elaboración de los Pactos y Acuerdos, los sindicatos no podrán impugnar el acto de trámite en cuestión por separado salvo que pueda ser considerado como uno de los denominados actos de trámite cualificados. Así, una hipótesis de este tipo sería aplicable a aquellos actos que deniegan a los sindicatos la información necesaria para la negociación, puesto que en este caso se produce la indefensión de éstos al privarles de los elementos necesarios para que puedan realizar una defensa eficaz y completa de sus intereses. También en aquellos casos en que la Administración adopte una actitud inflexible en la negociación, por cuanto que dicha actitud supone el fin del procedimiento. En este caso, por lo demás, en la medida en que se entorpece u obstaculiza el derecho a negociar, se produce, como cuando la Administración se niega a negociar sin justa causa, una lesión del derecho fundamental a la libertad sindical, por lo que aquellos podrán recabar la tutela de su derecho a negociar a través del procedimiento preferente y sumario, y luego a través de la vía de amparo. En los demás casos, los sindicatos habrán de esperar al Acuerdo o Pacto o, en su caso, al Reglamento para, a través de la

²¹⁶. Ver, por todos, GONZALEZ PEREZ, J., El principio..., cit., págs. 68 y ss.

Los procedimientos

impugnación de los mismos, poder plantear las eventuales infracciones del principio de la buena fe durante el procedimiento.

En cuanto a los efectos que produce el Pacto o Acuerdo o, en su caso, Reglamento subsidiario elaborado en contravención del principio, hay que decir que si el ordenamiento jurídico prohíbe toda actuación contraria a la buena fe negocial, todo instrumento negocial o reglamentario en que tal actuación se concrete será contrario a Derecho, ilícito y, por tanto, nulo.

E, independientemente de estas actuaciones, es evidente que cabrá el recurso a la huelga y otras medidas de conflicto colectivo por la representación funcionarial, que, en realidad, serán las vías más eficaces para resolver las diferencias entre los sindicatos y la Administración en cuanto al proceder de esta última durante la negociación.

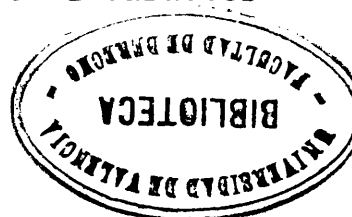
4. La conclusión de la negociación.

87. El proceso negociador puede terminar normal o anormalmente. La terminación normal es aquella en la que las partes llegan a un acuerdo en la negociación colectiva. La anormal encaja dentro de los supuestos en que no se produce tal acuerdo (art. 37 L.O.R.A.P.).

4.1. Terminación normal: acuerdo entre las partes.

88. La terminación normal del proceso negociador plantea el problema de dilucidar cuál es el régimen de adopción de los acuerdos negociales. La L.O.R.A.P. silencia cualquier referencia sobre este tema. Por ello, y ante la imposibilidad de que las propias partes puedan concertar una solución al respecto, desde una perspectiva de lege ferenda la única propuesta que cabe realizar es la de la imprescindible intervención del legislador para cubrir laguna tal fundamental. Lo que podría haberse hecho a través de la Ley 7/1.990. Esta disposición legal, sin embargo, no aporta ninguna novedad sobre este tema.

89. Mientras no se produzca esta actuación legislativa, es necesario determinar los criterios a seguir con vistas a suplir el vacío legal. A este respecto, conviene traer de nuevo a primer término lo que ya ha quedado expuesto más atrás sobre el carácter



Los procedimientos

o la naturaleza de la mesa negociadora. Esta es un órgano de composición mixta con presencia de representantes tanto de los sindicatos funcionariales como de la Administración Pública. Sin embargo, no es un órgano administrativo de carácter colegial, por lo que los acuerdos negociales adoptados en su seno no son el resultado o la suma de las voluntades individuales de sus miembros. El órgano negociador, que representa, como se ha dicho, intereses de categoría contrapuestos, no opera a base de voluntades individuales indiferenciadas. Sus pronunciamientos son fruto de dos únicas voluntades que expresan a su vez, la voluntad de cada representación. Resulta, así, que el proceso de formación de la voluntad de la mesa negociadora, al igual que el de la comisión negociadora, se construye a través de un iter complejo: a) La formación de la voluntad de cada una de las representaciones; b) La formación de la voluntad de la mesa.

4.1.1. La formación de la voluntad de cada una de las representaciones.

90. Los acuerdos adoptados en el seno de la mesa negociadora, al igual que los adoptados en la comisión negociadora²¹⁷, requieren el asentimiento de ambas representaciones. Sin embargo, y a diferencia de lo que ocurre en esta última, donde la regla del 60

²¹⁷. Así, ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M^a.E., op. cit., pág. 789; SALA FRANCO, T., y ALBIOL MONTESINOS, I., op. cit., pág. 388.

Los procedimientos

por 100 rige para ambas representaciones²¹⁸, el proceso de conformación de la voluntad negocial de cada una de las representaciones presentes en la mesa de negociación es diferente, habida cuenta la diferente naturaleza que éstas tienen.

A) Representación sindical.

91. ¿Cuál es el régimen de votaciones a efectos de la aprobación de los Pactos y Acuerdos por parte de las organizaciones sindicales?. En materia de delimitación de las reglas a seguir para la formación de la voluntad de los representantes sindicales, la cuestión es más compleja que en relación con la Administración Pública, habida cuenta del carácter de los mismos, puesto que -a diferencia de ésta-, ostentan una representación parcial que obstaculiza la conclusión de Pactos y Acuerdos de eficacia general. En principio, dado que se trata de un proceso negociador que forma parte del sector público, cabría propugnar la aplicación supletoria de las reglas fijadas en el art. 12 de la L.P.A. para la válida adopción de los acuerdos en el seno de los órganos colegiados²¹⁹. Este precepto condiciona la validez de los acuerdos a que los

²¹⁸. ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M^a. E., op. cit., pág. 789; ESCUDERO RODRIGUEZ, R., Los sujetos de los convenios de empresa, Representaciones unitarias y representaciones sindicales, Madrid, 1.985, pág. 78.

²¹⁹. En este sentido, OJEDA AVILES, A., "Los derechos..", cit., pág. 21, pese a que en principio parecía no darle excesiva importancia jurídica al tema desde la consideración de los Acuerdos como no eficaces directamente. Sin embargo, posteriormente se alinea con la tesis del criterio mayoritario OJEDA AVILES, A., Derecho..., cit., pág. 662.

Los procedimientos

mismos sean adoptados por "la mayoría absoluta de los asistentes", que como mínimo deberán ser la mayoría absoluta de los componentes o la tercera parte de éstos, según se trate de primera o segunda convocatoria.

92. Otra solución, puesto que los Pactos y Acuerdos tienen, al igual que los convenios colectivos estatutarios, eficacia personal general o erga omnes, sería la aplicación vía analógica de lo previsto en el art. 89.3 del E.T. para la válida adopción de los acuerdos en el seno de la comisión negociadora²²⁰. Este precepto condiciona la validez de lo negociado y pactado por la comisión negociadora a que los acuerdos procedan, en cualquier caso, "del voto favorable del 60 por 100 de cada una de las dos representaciones".

Aunque la determinación del sentido que deba darse al término legal "representaciones" ha dado lugar a una amplia litigiosidad tanto en la doctrina²²¹ como en la jurisprudencia, en el actualidad

²²⁰. En esta línea, CARRERA ORTIZ, C., op. cit., pags. 270 y ss.

²²¹. Un sector de la doctrina ha defendido el cómputo por cabeza. Vid., por todos, ESCUDERO RODRIGUEZ, R., Los sujetos..., cit., pág. 78; VALDES DAL-RE, F., "Algunas cuestiones en materia de legitimación para negociar convenios de eficacia general"; D.L., núm. 12, 1.984, págs. 40 y ss. Otro sector, por el contrario, entiende que es más justo el criterio de la representatividad. En este sentido, ALONSO OLEA, M y CASAS BAAMONDE, M^a.E., op. cit., pág. 789; GARCIA BLASCO, J. y VALLEJO D'ACOSTA, R., "Los criterios jurisprudenciales recientes sobre composición y actuación del organo negociador de los convenios colectivos", Aranzadi Social, 1.991-5, págs. 84 y ss; GARCIA PERROTE, I., "Porcentajes representativos en la comisión negociadora", R.L., 1.986, núm 7, págs. 63 y ss; RODRIGUEZ PÑERO, M., "Mayorías y minorías en la negociación colectiva", R.L., núm. 11, 1.985, pág 1 y ss; SEMPERE NAVARRO, A., "La Ley 32/1.984 y la materia de convenios colectivos. Antecedentes y alcance de una reforma", R.L., núm. 5, 1.985, págs. 830 y ss.

Los procedimientos

y a partir de la jurisprudencia del T.C.T²²² se puede defender un doble criterio según la comisión negociadora se haya constituido en proporción a la representatividad real de cada sindicato o no²²³. Mientras en el primer supuesto el cómputo del 60 por 100 debe hacerse sobre las personas que componen la comisión negociadora; en el segundo, en cambio, dicho cómputo ha de ir referido a los porcentajes representativos que acrediten los sindicatos a los que pertenecen esas personas.

Así, de aceptarse este planteamiento, para la válida adopción de los acuerdos sería necesario el voto favorable del 60 por 100 de las personas que forman la representación sindical o de los porcentajes representativos de éstas, según ésta se haya constituido de acuerdo con el criterio de proporcionalidad o no. A favor de dicha posibilidad, hay que indicar que es lógico exigir una mayoría cualificada para la toma de los acuerdos en el seno de la mesa negociadora, que garantice la suficiencia representativa de los sindicatos pactantes, puesto que los Pactos y Acuerdos despliegan sus efectos sobre todos los funcionarios incluidos en su

²²². Vid., entre otras muchas, las S.S.T.C.T. de 24 de septiembre de 1.984, 3 y 27 de diciembre de 1.985, 16 de octubre de 1.986, y 9 de febrero de 1.987. No obstante, las S.S.A.N. de 27 de junio y 23 de septiembre de 1.989 insisten en que el poder convencional de los miembros de la comisión se debe corresponder con la importancia relativa de la legitimación en virtud de la cual han acudido a dicho órgano. A este respecto, hay que subrayar que la S.T.C.O. 137/1.991, de 20 de junio rehusa pronunciarse sobre si el cómputo del 60 por 100 ex art. 89.3 E.T. ha de hacerse sobre los miembros de la comisión negociadora o sobre los porcentajes representativos.

²²³. En idéntico sentido, GARCIA BLASCO, J., "Constitución..", cit., págs. 42 y ss; SEMPERE NAVARRO, A., "La ley..", cit., págs. 830 y ss.

ámbito de aplicación²²⁴.

93. Sin embargo, ninguna de estas soluciones parecen aceptables. Por lo que se refiere a la primera, hay que recordar que la mesa negociadora no es un órgano colegiado, lo que supone la virtual inaplicación de las reglas previstas en los arts. 9 y ss de la L.P.A. para la formación de la voluntad de los órganos colegiados. Pero es que, además, y en esto coinciden ambas soluciones, esto es, tanto la aplicación vía supletoria como vía analógica de los criterios sentados en los arts. 11 y 88 de la L.P.A. y del E.T., respectivamente, supondrían en determinados casos la negación del mismo derecho de negociación²²⁵. En efecto, de aceptarse cualquiera de estos planteamientos, un sindicato con un determinado nivel de representatividad podría bloquear la consecución de la mayoría absoluta de los asistentes o del voto favorable del 60 por 100 de la representación sindical, según se siga la primera o la segunda de las soluciones propuestas, lo que a la postre supondría la ruptura de las negociaciones. De esta forma, y a diferencia de lo que sucede en el sector laboral donde

²²⁴. En este sentido, CARRERA ORTIZ, C., op. cit., pág. 274, afirma que: " Y consustancial a los procesos democráticos es el principio mayoritario, de donde podemos concluir que, sin forzar el alcance de la norma y colmando una importante laguna, es dable exigir -y aquí la analogía con el art. 88.1.2º párrafo E.T. es perfectamente utilizable- que los Sindicatos firmantes del Acuerdo o Pacto representen, al menos, la mayoría absoluta de los representantes elegidos en las elecciones del sector público o de las A.P. "

²²⁵. Para la S.T.C.O. 235/1.988, de 5 de diciembre, en riguroso obiter, las reglas estatutarias sobre los acuerdos negociales son excesivamente rígidas e inadecuadas a la realidad del sistema español de relaciones laborales "y con cierta frecuencia dificultan, por el juego de las sucesivas mayorías, la consecución de acuerdos de eficacia general" (f.j. nº 4). En esta posición, parece situarse la S.T.S.J. del País Vasco de 11 de octubre de 1.990.

Los procedimientos

esta circunstancia determina la utilización de la vía extraestatutaria²²⁶, ello supondría el fin del proceso negociador, quedando el campo libre para que la Administración regulase unilateralmente las condiciones de trabajo de los funcionarios.

Además, estas exigencias carecen de sentido en el sistema de negociación colectiva funcionarial, donde, como se ha visto más atrás, no es necesario un quorum determinado o una representatividad mínima de conjunto para la válida constitución de la mesa. En el sector laboral, el E.T. no sólo realiza una selección cualitativa de los sindicatos negociadores sino que además impone para su válida actuación unos condicionamientos a fin de asegurar que el plus de la eficacia general sirve realmente a los intereses mayoritarios del colectivo afectado por el convenio²²⁷. Así, para que la comisión negociadora quede válidamente constituida exige que los sindicatos negociadores reúnan como mínimo la mayoría absoluta de los órganos unitarios del ámbito de aplicación del convenio. Y, a la doble exigencia de una representatividad sindical singularizada y de una representatividad de conjunto de los sindicatos, añade una mayoría cualificada -el 60 por 100- en la toma de acuerdos en el seno de la comisión negociadora. Con ello se pretende garantizar la cualificada

²²⁶. SALA FRANCO, T., "Los convenios colectivos extraestatutarios", en A.A.V.V., Manifestaciones de la autonomía colectiva, A.C.A.R.L., Madrid, 1.989., pág. 53.

²²⁷. Vid., por todos, VALDES DAL-RE, F., "Algunas..", cit., pág. 40.

Los procedimientos

representación de los trabajadores no sólo en los momentos iniciales de la actividad contractual, sino durante todo el proceso negociador²²⁸. La superposición de requisitos es clara y articula progresivamente la composición de la comisión negociadora y la posterior adopción de acuerdos, configurando un auténtico in crescendo como gráficamente ha señalado OJEDA AVILES²²⁹.

Pero, ¿qué utilidad tiene exigir el voto favorable del 60 por 100 de la representación sindical cuando está muy bien puede estar formada por los representantes de un sólo sindicato que escasamente alcanza el 10 por 100 de representatividad o que, incluso, carece de este porcentaje mínimo porque ha accedido a la composición de la mesa en virtud de su cualidad de más representativo por afiliación?. Desde el momento en que para la válida constitución de la mesa negociadora no es necesario acreditar una representatividad mínima de conjunto, es evidente que la exigencia de una mayoría cualificada en la toma de acuerdos no cumple la finalidad a la que esta tendencialmente dirigida.

94. A la vista de cuanto queda dicho y, en conclusión, parece prudente afirmar, en la confusa situación actual del ordenamiento jurídico, que la única solución admisible es la observancia del

²²⁸. Véase, por todos, ESCUDERO RODRIGUEZ, F., Los sujetos..., cit., pág. 79.

²²⁹. OJEDA AVILES, A., Derecho..., cit., pág. 581.

Los procedimientos

criterio de carácter mayoritario²³⁰. Por lo tanto, habrá que entender aprobados los Pactos y Acuerdos cuando así lo decidan los sindicatos por mayoría simple. Una solución distinta sería, como ha quedado de manifiesto, muy difícil de compatibilizar con el derecho de negociación.

Esta solución presenta ventajas al evitar situaciones como las que antes se han descrito, y, especialmente, al impedir que las discrepancias entre los diferentes sindicatos con derecho a estar presentes en la correspondiente mesa negociadora sirvan de pretexto para que la Administración resuelva finalmente el conflicto por medio de un reglamento. Pero también presenta riesgos y peligros nada desdeñables, que en líneas generales vienen a coincidir con los ya señalados al comentar la circunstancia de que para la válida constitución de la mesa negociadora no sea necesaria una representatividad mínima de conjunto. Así, los funcionarios pueden verse afectados por un Pacto o un Acuerdo cubiertos por el manto protector que les dispensa el hecho de ser el resultado de un proceso negociador, pero que muy bien pueden haber sido negociados por un solo sindicato e, incluso, por un sindicato que ni siquiera tiene una mínima implantación en el ámbito funcional.

²³⁰. Así, CASA/BAYLOS/ESCUADERO, "El Estatuto de los trabajadores. Diez años después: pervivencias, insuficiencias, desviaciones y reformas", R.L., núms. 6-7, 1.990, pág. 61; ESCUDERO RODRIGUEZ, R., "Comentario a la Ley 9/1.987", R.L., núm. 15, 1.987, pág. 87.

Los procedimientos

95. En definitiva, el panorama normativo es realmente desalentador. El legislador consciente de que cualquier solución es controvertida, admite esta solución como un mal menor a fin de evitar que las discrepancias entre los sindicatos se resuelvan a través de la decisión administrativa. Tal vez debería haber sido más exigente en la toma de los acuerdos en el seno de la mesa negociadora, arbitrando en contrapartida procedimientos independientes e imparciales, tales como el arbitraje voluntario u obligatorio, para superar los eventuales impases del proceso negociador. Es decir, debería haber sido más exigente en el transcurso de las negociaciones y más flexible, en cambio, en la recta final de la negociación.

B) Representación pública.

96. Por parte de la Administración, al ser la representación unitaria se plantean menos problemas, salvo el de la determinación del procedimiento a seguir en orden a la formación de su voluntad negocial y a la extereorización de la misma. En esta línea, dada la supletoriedad general de la L.P.A. sobre esta disposición legal y teniendo en cuenta que los Acuerdos son Reglamentos o Proyectos de ley negociados y los Pactos convenios colectivos dotados de eficacia jurídica normativa habrán de seguirse las reglas previstas en los arts. 129 y ss en orden a la formación de la voluntad normativa de los órganos de la Administración del Estado.

Los procedimientos

Recuérdese a este respecto, que estos artículos establecen el procedimiento al que ha de atenerse la actividad normativa de la Administración en su más amplio sentido, tanto al ejercer la potestad reglamentaria, como al llevar a cabo una función legislativa, bien preparatoria de la de los órganos legislativos o bien función legislativa delegada.

97. De acuerdo con los citados artículos, con la finalidad de asegurar la "legalidad, acierto y oportunidad de la disposición" el órgano competente para aprobar o, en su caso, preparar la disposición de que se trate debe consultar a los particulares afectados y recabar una serie de informes y dictámenes. Son trámites de instrucción, según dispone el art. 130 de la L.P.A., la audiencia a las entidades representativas de los intereses de los afectados, la información pública, el informe de la Secretaría General Técnica y, cuando la disposición que se elabora versa sobre la materia funcionarial, la aprobación de la Presidencia del Gobierno. Pero la ley no tasa ni mucho menos los estudios, informes, dictámenes o consultas que se pueden realizar. A este respecto, el párrafo tercero del mencionado precepto establece que "cuando alguna disposición así lo establezca.. el proyecto se sometera a dictamen del órgano consultivo que proceda". En esta línea, otras disposiciones han establecido otros trámites: el informe del C.S.F.P. (art. 6.2 L.M.R.F.P.); el informe de la Comisión Superior de Personal (art. 2 y 5 R.D. 453/1.986, de 6 de

Los procedimientos

marzo, sobre composición y funciones de la Comisión Superior de personal); la autorización del Ministro de Economía y Hacienda (art. 5 L.M.R.F.P.) y el dictamen del Consejo de Estado (art. 22.3 Ley orgánica 3/1.980, de 22 de abril, del Consejo de Estado). Además, el párrafo reseñado faculta al Ministro para solicitar los dictámenes que estime procedentes²³¹.

98. El primer problema a resolver es el de dilucidar si esta fase de instrucción se ha de incardinar o no en el contexto del proceso de formación de la voluntad de los representantes de la Administración Pública. No obstante ello, el silencio de la L.O.R.A.P. al respecto podría ser interpretado en el sentido de que los informes y dictámenes a que se refiere la L.P.A. y normas concordantes no son requisitos necesarios para la válida formación de la voluntad del órgano que negocia en representación de la Administración Pública. Existen, sin embargo, diversos argumentos que fundamentan la tesis contraria.

En primer lugar, que la regulación del procedimiento de elaboración de disposiciones reglamentarias es aplicable con carácter supletorio, siempre que resulte compatible con lo dispuesto en la L.O.R.A.P. y no suponga una negación del derecho a

²³¹. GONZALEZ REREZ, J., Comentarios..., cit., pág. 1.157, señala que no parece que rija en el procedimiento para elaborar disposiciones de carácter general la norma del art. 84 L.P.A. que limita la petición de informes a los "que se juzguen absolutamente necesarios"

Los procedimientos

la negociación colectiva. La ley, aunque originariamente su intención no iba más allá de desarrollar las vías de participación de los funcionarios dentro de aquel procedimiento, viene a configurar un procedimiento especial al que ha de ajustarse la actividad normativa de la Administración en materia funcional. Sin embargo, en materia de informes y dictámenes, existe una laguna legal, por lo que hay que entender que en este tema rigen las reglas generales contenidas en los arts. 129 y ss de la L.P.A.

En segundo lugar, existen varias disposiciones que indican que la intención del legislador no es la de exonerar a la Administración de la obligación de solicitar el asesoramiento de los órganos consultivos reseñados, ni siquiera el de aquellos que en su composición obedecen a criterios representativos, en orden a la formación de su voluntad cuando la disposición reglamentaria es negociada con la representación sindical. Así, el art. 6 de la L.M.R.F.P., a tenor del cual corresponde al C.S.F.P. "informar.. sobre aquellas disposiciones o decisiones relevantes en materia de personal, que le sean consultadas por el Gobierno de las Comunidades Autónomas o las Corporaciones a través de sus representantes". La previsión de este informe, aunque se trate de un informe particular no previsto en la L.P.A. y, además, facultativo, es muy significativa, pues esta disposición legal ya contempla el fenómeno de la negociación colectiva. De este modo, aun cuando el modelo allí perfilado no coincide plenamente con el

Los procedimientos

definitivamente consagrado en la L.O.R.A.P., revela que la intervención de los sindicatos no excluye la de los órganos consultivos. También, y más decisivos a este respecto, los arts. 9 y 2 de la L.M.R.F.P. y del R.D. 4553/1.985, que contemplan el informe preceptivo de la C.S.P. en la elaboración de las normas sobre la materia. Por último, el propio art. 40.1 de la L.O.R.A.P., donde se reconoce la posibilidad de que las otras Administraciones establezcan órganos similares al C.S.F.P. "para la participación ...en las materias relacionadas con el sistema retributivo y el régimen de personal a su servicio".

En tercer lugar, porque al venir exigido el dictamen del Consejo de Estado en una ley orgánica, la Cortes Generales no pueden excepcionar este requisito procedimental mediante una ley ordinaria como la L.O.R.A.P.²³²

Así pues, en base a los fundamentos señalados, se puede concluir que los trámites de instrucción previstos con carácter general constituyen requisitos necesarios para la válida formación de la voluntad del órgano que negocia en representación de la Administración Pública y del Consejo de Ministros²³³. Estos no

²³². Vid. RODRIGUEZ OLIVER, J.M., "Las competencias consultivas del Consejo de Estado y las Comunidades Autónomas", R.E.D.A., núm. 33, 1.982, pág. 262.

²³³. Así, por ejemplo, los R.D. 574/1.991 y 575/1.991, negociados previamente con las organizaciones sindicales, señalan expresamente que cuentan con los informes previos de la C.S.P., el Consejo Escolar del Estado y del Consejo de Estado. El R.D. 1.377/1.991, negociado en la Mesa sectorial, también señala que cuenta con el

Los procedimientos

pueden aprobar los Pactos y Acuerdos y, de este forma, conferirles la fuerza normativa sin contar con el apoyo y la asistencia de los informes y dictámenes señalados. La finalidad de estos informes y dictámenes es la de aconsejar, asesorar y suministrar elementos de juicio al órgano activo que manifiesta la voluntad resolutoria de la Administración²³⁴.

99. Frente a ello los sindicatos podrían objetar, no tanto que entraña una limitación o ingerencia en la autonomía colectiva, pues la competencia de la mesa negociadora queda a salvo, cuanto que ocasiona un retraso considerable en el despacho del asunto. En efecto, la remisión del expediente a los órganos que deben informar conlleva un retraso no sólo por el plazo que éstos tienen para emitir su parecer, que, por lo demás, salvo excepciones no es excesivo y no siempre se agota, sino por las demoras adicionales que los trámites llevan consigo²³⁵. Sin embargo, este coste produce "seguridad jurídica" y, en consecuencia, evita numerosos procesos ante la jurisdicción contencioso-administrativa. En efecto, los actos de instrucción constituyen una garantía preventiva frente a la impugnación de los Pactos y Acuerdos. Téngase en cuenta, que no existe sobre los mismos, a diferencia de lo que sucede en relación

informe previo del Consejo General del Poder Judicial.

²³⁴. Ver. FONT I LLOVET, T., "Organos consultivos", R.A.P., núm. 106-108, 1.985, págs. 55 y ss.

²³⁵. REREZ TENESSA, A., "Perspectivas del Consejo de Estado", R.E.D.A., núm. 22, 1.979, pág. 341.

Los procedimientos

con los convenios colectivos, un control previo sobre su legalidad.

a) Trámites de instrucción: enunciación y análisis.

100. La aseveración arriba formulada se presta, por lo demás, a las siguientes puntualizaciones: la primera, que, al versar los Pactos y Acuerdos sobre materias de "... estructura orgánica, regimen de personal...", no se puede prescindir, como admite el art. 130. 6 de la L.P.A. para el resto de materias, de los trámites regulados en los párrafos 1 a 5 del art. 130 de la L.P.A. "por razones de urgencia y mediante acuerdo motivado del Ministro".

No obstante ello, y esta es la segunda puntualización que cabe realizar, se dan una serie de trámites de inexcusable cumplimiento y otros cuya observancia es discrecional para la Administración Pública. Además, esta instrucción sólo constituye un esquema general formado por una serie de trámites en buena medida fungibles. Es decir, pueden ser sustituidos por otros, siempre que sean idóneos para cumplir la finalidad que en cada caso les esté asignada.

De ahí, y sobre todo porque afirmar que los representantes de la Administración Pública debe recabar estos informes y dictámenes no es decir mucho si no se concretan sus consecuencias, la necesidad de analizarlos por separado a fin de precisar la

Los procedimientos

necesidad o, en su caso, la conveniencia de su inserción en el proceso de formación de la voluntad de los representantes de la Administración Pública.

Para lo cual se agrupan, inicialmente, en dos bloques: de un lado, la información pública y la audiencia a las entidades representativas, y, de otro, el resto de informes y dictámenes citados²³⁶.

2º- La audiencia a las entidades representativas y la información pública.

- La audiencia.

101. Como se ha visto más atrás, el art. 130.4 de la L.P.A. contempla la audiencia de las entidades representativas de los intereses de los administrados afectados por la disposición que se trata de elaborar. El citado artículo se refiere a "la Organización sindical y demás entidades que por ley ostenten la representación

²³⁶. Y ello porque, aunque todos ellos son actos de instrucción, nada en común tienen unos y otros: a) Los informes y dictámenes son emitidos por funcionarios, al tiempo que las alegaciones realizadas a través de la audiencia y de la información proceden de los administrados o de las entidades privadas representativas de sus intereses, esto es, de personas no integradas en la organización administrativa, por lo que no son imputables a ningún sujeto público; b) Los informes y dictámenes consisten en afirmaciones de conocimiento prestados por funcionarios portadores de especiales conocimientos jurídico-administrativos y técnicos o de una particular experiencia administrativa, mientras que la información y la audiencia aportan alegaciones de los particulares afectados por la disposición y, como tales, subjetivadas.

Los procedimientos

o defensa de los intereses de carácter general o corporativo afectados por dicha disposición". He aquí, por tanto, dos tipos de requisitos²³⁷: uno relativo a la naturaleza de las organizaciones que pueden ser, con carácter general, participes necesarios en el procedimiento de elaboración de disposiciones administrativas. Y, en este sentido, ha de tratarse de "entidades que por ley" ostenten la representación y defensa de determinados intereses, lo que hace referencia a los sindicatos, corporaciones y colegios profesionales. Otro referente a la relación que debe unir, en cada caso concreto, a tales organizaciones con la disposición general. Esta segunda condición que se desprende de la exigencia de que las entidades sean representativas de los "intereses afectados por dicha disposición", ha sido estudiada por el Tribunal Supremo. Concretamente, para este tribunal podría afirmarse que "la índole de la disposición aconseja la audiencia cuando afecte de manera "seria", "importante" y "directa" a ciertos intereses generalizados.

102. De este modo, en virtud del señalado precepto los sindicatos más representativos a nivel estatal y autonómico tendrían la oportunidad de emitir su parecer sobre los Pactos y Acuerdos en razonado informe a la vista del proyecto y no de cualquier otro documento.

²³⁷. Sobre el particular ver, por todos, REBOLLO PUIG, M., "La participación..", cit., pág. 150 y ss.

Los procedimientos

Sin embargo, dada la finalidad asignada a la audiencia de las entidades representativas de intereses y puesto que los sindicatos funcionariales a los que habría que consultar tienen reconocido el derecho a negociar, cabe mantener que no será necesario abrir este trámite, ni siquiera en los casos en que uno o más sindicatos legitimados no hayan ejercitado tal derecho. En este sentido, es conveniente traer a colación lo dicho más atrás en relación con la legitimación negocial del sindicato más representativo a nivel de Comunidad Autónoma. En aquella ocasión se destacó la novedad que introducía la L.O.R.A.P. sobre la L.O.L.I.S., al reconocerles también el derecho a formar parte de las mesas negociadoras de la Administración del Estado. Modificación que se justificaba, entre otras razones, en la circunstancia de que tales sindicatos ostentan, como manifestación de su derecho a la participación institucional, el derecho de información pasiva en la elaboración de las disposiciones estatales en materia de personal. De este modo, al otorgarles también la legitimación negocial en este ámbito, el trámite de audiencia carece de sentido, pues todos los sindicatos comprendidos en el art. 130.4 de la L.P.A. tienen la oportunidad, no sólo de emitir su opinión sobre los Pactos y Acuerdos, sino de participar en su elaboración y aprobación a través de la negociación.

103. Ahora bien, la negociación de determinadas materias, tales como la preparación y diseño de los planes de oferta de

Los procedimientos

empleo público, los sistemas de ingreso, provisión y promoción profesional de los funcionarios o el sistema de incompatibilidades, aunque directamente afecta exclusivamente al personal al servicio de la Administración Pública, indirectamente trasciende a los aspirantes a ser funcionarios y, en general, a las condiciones generales de las funciones profesionales. Los Pactos y Acuerdos no sólo afectan a los intereses representados por los sindicatos, sino también a los intereses representados por los colegios profesionales, por lo que habría que abrir el trámite de audiencia para oír su opinión al respecto. A mayor abundamiento, debe tenerse en cuenta que el art. 2.2 de la Ley de Colegios Profesionales de 1.974, parcialmente modificada por la de 26 de diciembre de 1.978 exige la información de los Consejos Generales y, en su caso, de los Colegios de ámbito nacional en los proyectos de ley o disposiciones de cualquier órgano que se refieran a las condiciones generales de las funciones profesionales²³⁸.

- La información pública.

104. Según el art. 130.5 de la L.P.A. "cuando, a juicio del Ministro, la naturaleza de la disposición lo aconseje, será sometida a información pública durante el plazo en que cada caso se

²³⁸. En esta línea, la S.T.S. de 20 de diciembre de 1.990 reconoce el derecho de los Consejos Generales y de los Colegios profesionales de ámbito nacional en la elaboración de las normas sobre incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas.

Los procedimientos

señale". Mediante este trámite se permite a los administrados presentar sus alegaciones sobre el proyecto de disposición que se trata de elaborar. La observancia de este trámite es, por lo demás, discrecional para la Administración, salvo en aquellos casos en que se presume la existencia de posibles afectados indeterminados²³⁹.

Por lo que se refiere al sometimiento de los Pactos y Acuerdos al trámite de información pública, cabe mantener que, en principio, no es necesario ni siquiera conveniente, ya que éstos son aprobados definitiva o provisionalmente según los casos por la mesa negociadora, cuya composición garantiza suficientemente la representación y tutela de los intereses funcionariales²⁴⁰. La selección cualitativa de los sindicatos negociadores, así como los criterios en base a los cuales ésta se lleva a cabo hacen innecesaria la audiencia directa de los funcionarios afectados.

105. Ahora bien, cuando los sindicatos presentes en la mesa negociadora no ostenten la representación o defensa de los intereses funcionariales afectados por los Pactos y Acuerdos,

²³⁹. En este sentido, ALONSO CORTES-CONCEJO, A., "El trámite de las informaciones públicas", D.A., núm. 87-88, 1.965, pág. 60, afirma que "debería imponerse como obligatoria la práctica de la información pública cuando se aprecie o sea notoria la existencia de administrados posibles afectados que estén indeterminados".

²⁴⁰. No existe, pues, diferencia alguna con el sector laboral, donde, como señalan las S.S.T.C.T. de 19 de octubre de 1.983 y 23 de septiembre de 1.985, el refrendo por los trabajadores de los convenios colectivos puede ser síntoma de un buen ejercicio de la acción sindical, pero no está exigido por la ley. En la doctrina, GARCIA-PERROTE ESCARTIN, I., "Dos comentarios jurisprudenciales sobre la negociación colectiva", R.T., núm. 79, 1.985, pág. 122.

Los procedimientos

podría defenderse la solución contraria. Esta circunstancia se dará en los siguientes casos: en primer lugar, cuando por las razones que sean aquellos no representen en su conjunto la mayoría absoluta de los representantes unitarios incluidos en el ámbito de afectación material de los Pactos y Acuerdos; en segundo lugar, cuando, acreditando el referido porcentaje de audiencia electoral en términos absolutos, se produzca un trasvase de representantes unitarios entre los sindicatos, correlativos a movimientos de la base de afiliados²⁴¹; en tercer lugar, cuando los Pactos y Acuerdos afecten a los funcionarios autonómicos y locales y no se solicite el informe del C.S.F.P.

En todos estos casos la normativa vigente no garantiza la suficiencia representativa de los sindicatos negociadores, por lo que podría ser conveniente e, incluso, necesario, abrir un periodo de información pública para conocer la opinión de los funcionarios implicados, y suplir, por esta vía, las deficiencias que presentan la mayor y la suficiente representatividad como criterios de selección de la legitimación negocial.

106. En definitiva, se puede concluir que los trámites de audiencia e información pública son, salvo las excepciones señaladas, innecesarios porque el proceso negociador regulado en la

²⁴¹. Estas modificaciones, como se ha visto, no inciden sobre la representatividad de los sindicatos que se define y concreta para los cuatro años siguientes en virtud del cómputo de los resultados electorales

Los procedimientos

L.O.R.A.P. garantiza suficientemente la finalidad prefijada para los mismos en la L.P.A., esto es, canalizar la participación de los funcionarios en la elaboración de las normas por las que han de regirse.

2º- Los informes y dictámenes de los órganos consultivos.

- El informe del C.S.F.P.

107. La L.M.R.F.P., después de configurar al C.S.F.P. como el "el órgano superior colegiado de coordinación y consulta de la política de Función pública, así como de participación del personal al servicio de las Administraciones Públicas", le asigna, entre otras, la competencia de "informar en el plazo de dos meses sobre aquellas disposiciones o decisiones relevantes en materia de personal, que le sean consultadas por el Gobierno, las Comunidades Autónomas o las Corporaciones locales a través de sus representantes" (art. 6.2.b)). Tal informe, que en todo caso se deja a la discrecionalidad de la Administración, puede darse, a la luz de esta disposición legal con anterioridad a la negociación -en la formación de las "instrucciones" como con posterioridad a la misma. Por las mismas razones que se ha considerado aconsejable la intervención de este órgano en la fase previa a la negociación, cabe defender la conveniencia de que este órgano emita su informe sobre los Pactos y Acuerdos alcanzados en sede negocial.

Los procedimientos

- El Informe de la C.S.P.

108. El art. 9 de la L.M.R.F.P. configura a la C.S.P. como "un organo colegiado de coordinación, documentación y asesoramiento para la elaboración de la política de personal al servicio del Estado". En su desarrollo el R.D. 453/1.985 prevé el informe preceptivo²⁴² de este órgano sobre los proyectos de normas de general aplicación a la Función Pública, de disposiciones de carácter general que afecten al personal incluido en el art. 1º.1 de la L.M.R.F.P., de normas de desarrollo de estas últimas, dictadas por el Gobierno y el Ministro de la presidencia (Hoy Ministro para las Administraciones públicas)...etc. De este modo, y con independencia de que este órgano haya podido intervenir con anterioridad a la negociación, en el periodo de formación de las instrucciones que el Gobierno ha de dar a los representantes de la Administración Pública, los Pactos y Acuerdos que vengán a ocupar el lugar de estas normas habrán de ser informados por éste órgano.

- El informe de la Secretaria General Técnica.

109. Según el art. 130.1 de la L.P.A. los "proyectos de disposiciones de carácter general, antes de ser sometidos al órgano competente para promulgarlos, habrán de ser informados por la

²⁴². Vid., entre otras, las S.S.T.S. de 29 y 30 de enero de 1.987.

Los procedimientos

Secretaría General técnica". Se trata, como se desprende de la expresión empleada en el texto legislativo, de un trámite preceptivo²⁴³, cuya finalidad es garantizar la legalidad y acierto de la disposición. Por consiguiente, también lo es en relación con los Pactos y Acuerdos.

110. Cabría objetar, no obstante, que, aparte de la incongruencia que supone el hecho de que un órgano de condición jerárquica inferior supervise lo que otro de mayor rango ha hecho, resulta algo incomprensible que los Pactos y Acuerdos, al igual que las disposiciones reglamentarias, deban ser informados por la Secretaría General Técnica, siendo ésta un órgano staff o auxiliar y de asesoramiento inmediato del Ministro²⁴⁴, a quien se atribuye, entre otras, las funciones de asistencia técnica y administrativa de éste (art. 19.2 de la L.R.J.A.E.). La Secretaría General Técnica viene a ser la imaginación de la Administración activa, impulsándola a través de mociones, propuestas, sugerencias, estudios y proyectos²⁴⁵. Desde esta perspectiva, cabe cuestionar la necesidad de su informe, puesto que ya ha intervenido previamente en la formación de la voluntad de la Administración en la

²⁴³. Así, entre otras, las S.S.T.S. de 23 de mayo, 20 de abril de 1.985 y de 7 de marzo de 1.990.

²⁴⁴. Vid. CARRO MARTINEZ, A., "Secretarías Generales Técnicas", en el Volumen colectivo, Estudios de Derecho Administrativo, Libro jubilar del Consejo de Estado, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1.972, págs. 259 y ss.

²⁴⁵. CARRO MARTINEZ, A., "Secretarías..", cit., pág. 267.

Los procedimientos

negociación de los Pactos y Acuerdos. Por ello, cabe mantener que cuando haya participado en la negociación no será necesario su informe²⁴⁶.

- La aprobación de la Presidencia del Gobierno.

111. El apartado 2 del art. 130 de la L.P.A. exige la aprobación de la Presidencia del Gobierno- hoy Ministro de las Administraciones Públicas (art. 7 Ley 10/1.983, de 16 de agosto, sobre Organización de la Administración Central del Estado; y art. 3 R.D. 1519/1.986, de 25 de julio, de reestructuración de departamentos Ministeriales) cuando la disposición que se elabora verse acerca de las materias señaladas en el apartado 7 del art. 13 de la L.R.J.A.E. Se habla de todas aquellas disposiciones que afectan a la estructura orgánica, los métodos de trabajo, el procedimiento y el personal de la Administración pública²⁴⁷. No se trata de un informe o dictamen; la ley exige algo más: exige la aprobación. Sin embargo, la llamada aprobación no es tal en rigor técnico, sino un acto interno de un procedimiento de fiscalización, previo a la formación y perfección del acto, esto es, una verdadera

²⁴⁶. En esta línea, la S.T.S. de 15 de diciembre de 1.972 afirma que: "que en el expediente consta que el proyecto... fué elaborado por la Secretaría General Técnica, como ya se deja señalado, por lo que el informe de dicho organismo, preceptivamente exigido por el art. 130.1, se contiene implícitamente emitido a través de la propia elaboración del proyecto por la Secretaría General Técnica". (En el mismo sentido, la S.T.S. de 7 de marzo de 1.990).

²⁴⁷. Se trata, como señalan las S.S.T.S. de 13 de mayo 1.983 y 24 de enero de 1.986, de un trámite preceptivo

Los procedimientos

autorización con plazo de silencio positivo²⁴⁸.

112. Una vez precisada la naturaleza de este trámite, la cuestión consiste en dilucidar si los Pactos y Acuerdos negociados en las Mesas sectoriales requieren la aprobación del Ministro para las A.A.P.P. En principio, dado que los Pactos y Acuerdos sectoriales versan sobre materia de personal, estos requerirán la aprobación del citado Ministro y, más concretamente, de la Mesa general de negociación, ya que las facultades que éste dispone en relación con la determinación de las condiciones de trabajo de los funcionarios deben ser compartidas en lo sucesivo con la representación sindical. La solución a este problema es mucho más clara si se tiene en cuenta la evolución legislativa sobre este tema. En un principio, el art. 13.7 de la L.R.J.A.E. consideraba de la competencia del Presidente del Gobierno "proponer, conocer y elaborar cuantas disposiciones se dicten sobre la estructura orgánica y personal de la Administración pública, así como velar el cumplimiento de las vigentes". La Presidencia del Gobierno ocupaba, de este modo, una posición de supremacía respecto del resto de Departamentos ministeriales al controlar la actividad reglamentaria sobre los aspectos indicados. El propósito del legislador era favorecer el control y actuación fiscalizadora de aquel Departamento sobre los restantes para encauzar, limitar y unificar

²⁴⁸. GARCIA-TREVIJANO, J.A., Tratado de Derecho Administrativo, Madrid, 1.984, pág. 120-122.

Los procedimientos

la actividad reglamentaria en materia de personal²⁴⁹.

Más tarde, la L.P.A. con la misma intención viene a derogar este sistema y a exigir en su lugar la aprobación de la Presidencia del Gobierno. Esta modificación, aunque supone un cierto condicionamiento y merma de las facultades de iniciativa de aquel Departamento²⁵⁰, en realidad, conlleva un robustecimiento de las facultades de control²⁵¹.

En este contexto hay que situar el art. 31.1 de la L.O.R.A.P., según el cual la Mesa general, de la que forma parte el Ministro para las Administraciones Públicas, es competente para fijar aquellas materias que son exclusiva competencia suya, y que, por tanto, quedan excluidas del ámbito negocial de las mesas sectoriales, así como los criterios de coordinación y articulación entre los dos niveles de negociación. El legislador establece una relación de jerarquía funcional entre las Mesas general y sectoriales a fin de alcanzar la unidad y unificación de las normas en materia de personal. En este sentido, conviene traer a

²⁴⁹. En este sentido, GONZALEZ NAVARRO, F., "Algunos problemas jurídicos de los servicios de información administrativa", Actas y Documentos, Madrid, 1.965, págs. 87-89.

²⁵⁰. En este sentido, DE MIGUEL GARCIA, P., "Reuniones..", cit., pág. 214., señala que en los casos en que el proyecto no tiene su origen en la propia Presidencia, ésta interviene a posteriori, lo que supone un condicionamiento y merma de sus facultades de iniciativa. Para DESANTES GUANTER, J.M., "La elaboración..", cit., pag. 47, en cambio, la propuesta y elaboración de las disposiciones sobre las materias del art. 13.7 siguen atribuidas a la Presidencia después de la L.P.A.

²⁵¹. GONZALEZ NAVARRO, F., "Algunas..", cit., pág. 89.

Los procedimientos

consideración la afirmación contenida en la Memoria que acompañaba al Proyecto de ley, a tenor de la cual "esta prohibición o limitación de los temas a tratar por las Mesas sectoriales trata de evitar que al socaire del principio de la especialidad, se originen cadenas de sucesivas negociaciones en temas ya pactados o, lo que es peor, posibilidad de acuerdos contradictorios en las decisiones de las distintas mesas". Así, este precepto garantiza suficientemente la finalidad asignada al trámite de aprobación, por lo que cabe entender que viene a sustituirlo. Es más, la L.O.R.A.P. supone un reforzamiento de la posición de este Departamento. En principio, podría parecer que este cambio conlleva una merma sus facultades de control, ya que la intervención de la Mesa general se reduce o limita a determinar los aspectos que pueden ser objeto de regulación y los criterios a seguir en dicha labor. Pero, una vez precisados estos términos, son las Mesas sectoriales quienes los regulan, sin que le corresponda a aquella, a diferencia de lo que sucedería de seguir vigente la normativa anterior, el conocimiento decisorio sobre los Pactos y Acuerdos concluidos en los niveles sectoriales. Sin embargo, hay que tener en cuenta que antes los departamentos ministeriales podían regular todas aquellas materias que fueran de su competencia; en cambio, a partir de la L.O.R.A.P. la supremacía de la Mesa general es total, ya que las mesas sectoriales sólo podrán "tocar" aquello que no haya sido acordado por aquella y en los términos fijados por ella. Además, la efectividad del trámite de aprobación quedaba desvirtuada en la

Los procedimientos

práctica, pues, el Ministro para las A.A.P.P. en el ejercicio de sus funciones aprobatorias se encontraba amenazado por el silencio positivo en el supuesto de que dejase transcurrir ocho días sin haber formulado objeción alguna²⁵².

En definitiva, y a modo de conclusión, los Pactos y Acuerdos de las Mesas sectoriales no requieren la aprobación de la Mesa general²⁵³. La finalidad prevista por la ley para este trámite, se viene a cumplir, en la actualidad, mediante el sistema de reparto de competencias entre las Mesas general y sectoriales operado por la L.O.R.A.P.

- La autorización del Ministro de Economía y Hacienda.

113. De acuerdo con el art. 5 de la L.M.R.F.P. corresponde a este Ministro "proponer al Gobierno en el marco de la política general económica y presupuestaria, las directrices a que deberán ajustarse los gastos de personal de la Administración del Estado, así como autorizar cualquier medida relativa al personal que pueda suponer modificaciones en el gasto"²⁵⁴. De este modo, y sin

²⁵². DE MIGUEL GARCIA, P., "Reuniones..", cit., pág. 218.

²⁵³. GONZALEZ PEREZ, J., Comentarios... cit., pág. 1.157, señala la exigencia del trámite de aprobación de la Presidencia del Gobierno en la elaboración de las disposiciones de carácter general sobre las materias del art 13.7 L.R.J.A.E. Sin embargo, hay que subrayar que este autor no alude en ningún momento a las novedades que la L.O.R.A.P. introduce en materia de procedimiento.

²⁵⁴. Vid. la S..T.S. de 24 de enero de 1.986.

Los procedimientos

perjuicio de que este Ministro haya participado en la configuración de las instrucciones económicas que el Gobierno haya dado a los representantes de la Administración del Estado en su negociación con los representantes sindicales o, incluso, haya estado representado en el seno de las mesas de negociación, le corresponde fiscalizar si los Acuerdos y Pactos se ajustan o no a tales instrucciones en materia económica. Y si éstos se salen en sus componentes económicos de las previsiones de las normas presupuestarias se exige la autorización del Ministerio de Economía y Hacienda²⁵⁵. La ley exige algo más que un simple informe o dictamen, exige la autorización. Este trámite constituye, como la anterior aprobación del Ministro para las Administraciones Públicas, un acto interno de un procedimiento de fiscalización previo a la formación y perfección de la voluntad del órgano administrativo²⁵⁶.

²⁵⁵. Así, del REY GUANTER, S., Estado..., cit., pág. 166, si bien este autor se refiere al sistema de negociación colectiva diseñado en la L.M.R.F.P.

²⁵⁶. Por consiguiente, nada en común tiene con los informes y dictámenes: - Los informes y dictámenes pretenden aportar nuevos datos al expediente o enjuiciar los existentes para que el órgano decisor pueda apreciar desde una nueva perspectiva la cuestión sobre la que ha de pronunciarse, al tiempo que la autorización del Ministro de Economía y Hacienda pretende remover un obstáculo que se opone al ejercicio del poder normativo de los restantes departamentos ministeriales en materia de personal; - Los informes y Dictámenes, aunque sean desfavorables al Pacto o Acuerdo objeto de consulta, no pueden impedir que la mesa negociadora los apruebe sin corregirlos o adecuarlos a las sugerencias en ellos formuladas, mientras que el Ministro de Economía y Hacienda si puede, por el contrario, impedir que el Pacto o Acuerdo, que considera inoportuno, cristalice, bastando para ello con negar la autorización. Sobre las diferencias que existen entre el informe y la autorización, ver. GONZALEZ NAVARRO, F., "Los informes administrativos como actos de instrucción del procedimiento administrativo", D.A., núm. 98, 1.966, págs. 15 y ss.

Los procedimientos

- El dictamen del Consejo de Estado

114. De acuerdo con los arts. 10.6 y 22.3 de la L.R.J.A.E. y de la ley orgánica 3/1.980, de 22 de abril, es preceptivo el dictamen de la comisión permanente del Consejo de Estado en la elaboración de los "Reglamentos o disposiciones de carácter general que se dicten en ejecución de una ley, así como sus modificaciones"²⁵⁷. Se establece, de este modo, un trámite de inexcusable cumplimiento en la elaboración de los Reglamentos denominados "ejecutivos", esto es, aquellos que desarrollan, complementan o ejecutan una ley, y ello aun cuando el Reglamento sea calificado de provisional, desarrolle parcialmente una ley o sea una modificación de uno anterior que ya fué informado por el Consejo de Estado²⁵⁸.

Por consiguiente, los Acuerdos que vengan a sustituir a un reglamento de tales características requerirán el dictamen de este órgano, y en los mismos supuestos antes señalados. También será exigible respecto de los Pactos, si bien, a la vista del objeto material de los mismos, es poco probable que reúnan tales características.

²⁵⁷. Vid, entre otras, las S.S.T.S. de 16 de diciembre de 1.986, 19 y 31 de enero de 1.987.

²⁵⁸. Ver, por todos, GONZALEZ PEREZ, J., Comentarios..., cit., págs. 1.159 y ss.

Los procedimientos

b) Régimen jurídico.

115. Dado que los trámites señalados son los previstos con carácter general para el procedimiento de elaboración de disposiciones reglamentarias, interesa destacar únicamente los temas referentes al sujeto competente para solicitar los informes y dictámenes, así como el momento procedimental oportuno para ello y la eficacia de los mismos.

1º- Sujetos.

116. Por lo que se refiere al tema indicado en primer término, hay que recordar que uno de los principios generales del procedimiento administrativo es el de la oficialidad. Obligada la Administración con carácter general a impulsar de oficio el procedimiento en todos sus trámites (art. 74.1 L.P.A.), lo está igualmente, en concreto, a desarrollar "de oficio o a petición del interesado los actos de instrucción adecuados para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales deba pronunciarse la resolución" (art. 81.1 L.P.A.). La Administración está obligada a desplegar por si misma, ex officio, toda la actividad necesaria para llegar a la decisión final, sin necesidad de que sea excitada en este sentido por los

Los procedimientos

particulares²⁵⁹. Ello significa o supone que la parte pública está específicamente obligada a solicitar los informes y dictámenes señalados. No obstante ello, conviene distinguir entre los preceptivos y los facultativos. Los primeros han de ser solicitados por la Administración, sea cual sea la actitud, activa o pasiva, que puedan adoptar los sindicatos negociadores. Los segundos podrán ser solicitados de oficio o a instancia de los sindicatos.

2º- Iter procedimental.

117. Mayor interés, pero también mayor complejidad presenta la cuestión relativa al momento procedimental oportuno. Los Pactos y Acuerdos pueden o deben, según los casos, ser sometidos a los trámites antes señalados. Pero no basta con decir que estos trámites son necesarios, es imprescindible, además, averiguar el preciso momento en que deben ser realizados, porque éste está estrechamente ligado a la finalidad que aquellos tienen dentro del procedimiento, de tal manera que ésta no se cumple si la consulta se realiza en un momento distinto al que le corresponde. Por esta razón, se analiza, a continuación, la temática referente a la cronología del procedimiento.

Como sería pueril predicar un tratamiento jurídico unitario

²⁵⁹. Véase, por todos, GARCIA DE ENTERRIA, E. y RAMON FERNANDEZ, T., Curso de Derecho Administrativo, Tomo II, Madrid, 1.987, pág. 402.

Los procedimientos

para unos trámites de tan diversa categoría y naturaleza, resulta necesario descubrir las reglas a seguir para determinar el momento procedimental oportuno en que deben producirse. La primera regla es, desde luego, que el dictamen ha de ser emitido en el momento exigido por la disposición que lo imponga²⁶⁰. Lo que ocurre es que la L.P.A. no establece el orden en que han de producirse los informes y dictámenes en ella previstos²⁶¹ y, por supuesto, tampoco prejuzga el momento en que han de ser emitidos los previstos en otras disposiciones legales²⁶².

Por esta razón, la cronología del procedimiento ha de ser delimitada a partir de la segunda regla interpretativa, según la cual la naturaleza del informe prejuzga el momento procedimental preciso en que debe ser emitido²⁶³. Así, los informes integrativos son necesariamente anteriores a la propuesta de resolución y los consultivos, es decir, aquellos que enjuician precisamente las actuaciones ya incorporadas al expediente, son necesariamente posteriores a la propuesta de resolución y, por tanto, a la

²⁶⁰. GARRIDO FALLA, F., "Informes y dictámenes en el Procedimiento administrativo", D.A., núm. 140, 1.971, pág. 26, quien afirma que "hay que admitir la congruencia de la norma: si exige la consulta es porque es conveniente y, además, lo es precisamente en ese momento y no en otro".

²⁶¹. REBOLLO PUIG, M., "La participación..", cit., pág. 162. Así, lo reconoce la sentencia del T.S. de 6 de julio de 1.982 "...el artículo 130 L.P.A. no establece un orden cronológico de obligatoria observancia y si una relación de actos y tiempos a seguir".

²⁶². GARRIDO FALLA, F., "Informes..", cit., pág. 26

²⁶³. Ver, por todos, GARRIDO FALLA, F., "Informes..", cit., pág. 21 y ss.

Los procedimientos

audiencia de los interesados.

118. Atendiendo a los criterios señalados, se concluye que los primeros trámites a realizar son los de información pública, la audiencia a las entidades representativas, la consulta al C.S.F.P. y a la C.S.P., que deberán tener lugar una vez se ha instruido el expediente y antes de que los Pactos y Acuerdos sean aprobados por la Mesa de negociación²⁶⁴. Una vez el órgano administrativo competente ha estudiado y, en su caso, ha asumido las alegaciones formuladas por los funcionarios, los Colegios Profesionales, el C.S.F.P. y la C.S.P., remite los Pactos y Acuerdos al Ministro de

²⁶⁴. Por lo que respecta a la información pública, esta conclusión se funda en la identidad de naturaleza entre este trámite y el de audiencia las entidades representativas de intereses. ALONSO-CORTES CONCEJO, A., "El trámite..", cit., pág. 57 y ss. subraya la sustancial equivalencia entre ambos trámites. En efecto, ambos permiten a los administrados, previo conocimiento de los supuestos que les afectan, presentar sus alegaciones. Esta sustancial equivalencia permite afirmar que el Pacto y el Acuerdo deben someterse a información pública en el mismo momento procedimental en que procedería el trámite de audiencia, si ésta fuera exigible. Así, debe producirse en un momento del procedimiento en que exista ya una redacción del proyecto e inmediatamente antes del informe de la Secretaría General Técnica y del dictamen del Consejo de Estado, permitiendo, de este modo, que las alegaciones realizadas por la vía del art. 130.5 L.P.A., sean tenidas en cuenta por estos órganos consultivos y por la Mesa antes de aprobarlo o, en su caso, de elevarlo al Consejo de Ministros, pues si sólo a éste quedase relegado considerar los informes emitidos en el trámite de información, no tendrían ninguna posibilidad de influir realmente sobre la norma. Para ALONSO-CORTES CONCEJO, A., "El trámite..", cit., pág. 58, la información pública puede realizarse en cualquier momento de la formación del expediente.

De la L.M.R.F.P. no se desprende cuál es el momento procedimental preciso para consultar al C.S.F.P., por lo que esta cuestión habrá de resolverse en atención a la naturaleza del informe. El C.S.F.P. es, como ha quedado dicho antes, un órgano consultivo muy peculiar, pues es un órgano de representación de intereses y de colaboración entre las A.A.P.P. La designación de sus miembros no se hace en razón de sus conocimientos cualificados o de su experiencia administrativa, sino que proceden de la elección llevada a cabo por las organizaciones sindicales y por las Administraciones. Consecuentemente, la finalidad de su informe es equiparable a la del trámite de audiencia de las entidades representativas de intereses, porque más que enjuiciar las actuaciones ya incorporadas al expediente, lo que pretende es integrar los intereses del funcionariado y de las Administraciones autonómica y local dentro del interés general al que sirve la Administración estatal. Por consiguiente, deben entenderse reproducidas aquí las observaciones que anteriormente se han hecho sobre el trámite de información pública.

Los procedimientos

Economía y Hacienda. Finalmente, los somete al juicio crítico de la Secretaría General Técnica y, en su caso, del Consejo de Estado²⁶⁵. Este último tiene eficacia excluyente, esto es, una vez ha dictaminado no se pueden someter a la consideración de otro órgano consultivo (art. 2.4 Ley Orgánica 3/1.980)²⁶⁶

En términos generales, este es el iter procedimental a seguir. Hay que advertir, no obstante, que se trata de unas reglas indicativas de un procedimiento normal de actuación que pueden acomodarse a las circunstancias específicas de cada momento.

3º- Eficacia.

119. Antes de analizar la eficacia de los informes y dictámenes, es conveniente determinar a quién corresponde su valoración y consideración. En principio, es evidente que tal cometido corresponde a los órganos de la Administración que negocian y aprueban los Pactos y Acuerdos. Ahora bien, hay que tener en cuenta que estos informes y dictámenes aportan un caudal de información y documentación sobre los aspectos jurídicos y jurídico-administrativos de la negociación. Por ello, y sin perjuicio de que los mismos constituyan requisitos necesarios para

²⁶⁵. Vid. GARRIDO FALLA, F., "Los informes..", cit., págs. 25 y ss.

²⁶⁶. Así, GONZALEZ NAVARRO, F., "Los informes..", cit., pág. 24.

Los procedimientos

la válida adopción de la voluntad del órgano administrativo, hay que reconocer el derecho de los sindicatos a acceder en pie de igualdad a estos materiales e, incluso, a intervenir en la formulación de las preguntas y cuestiones a plantear a los órganos administrativos.

Así pues, si se trata de un Pacto serán los miembros de la Mesa negociadora quienes tengan en cuenta los juicios y opiniones formulados por los órganos consultados, puesto que son ellos quienes desarrollan el procedimiento y quienes ponen punto y final al mismo. Si se trata, en cambio, de un Acuerdo, el tema es más complicado, por cuanto que éste requiere la "aprobación expresa y formal del Consejo de Ministros". Al intervenir en el procedimiento dos sujetos distintos, mesa negociadora y Consejo de Ministros, se plantea la duda acerca de cuál de ellos debe analizar los informes. Para hallar una solución satisfactoria es conveniente ver lo que sucede respecto de las disposiciones de carácter general que deben ser sometidas a la aprobación del Consejo de Ministros. En principio, la solución es diferente para la información pública y los informes del C.S.F.P. y de la C.S.P, por un lado, y para el informe de la Secretaría General Técnica y el dictamen del Consejo de Estado, de otro. Si se concede alguna sustantividad a la supuesta equivalencia entre los tres primeros y la audiencia a las entidades representativas de intereses que se ha afirmado anteriormente, cabe sostener paralelamente a lo establecido en este

Los procedimientos

último, que las alegaciones realizadas a su través han de ser tenidas en cuenta por el órgano que ha desarrollado el procedimiento antes de elevar el proyecto al Consejo de Ministros, pues si sólo a éste quedase relegado considerar los informes emitidos, no infrecuentemente verían mermada la posibilidad de influir realmente en la decisión administrativa. Por idéntica razón se ha de concluir que corresponde a la mesa negociadora el análisis de tales informes. Es más, esta es la única solución admisible porque el Consejo de Ministros, a diferencia de lo que sucede respecto del proyecto de disposición de carácter general, sobre el que puede realizar toda clase de variaciones, está obligado a aprobar el Acuerdo en los términos acordados por sus representantes, salvo ilegalidad del mismo o desviación de las instrucciones recibidas para la negociación, sin poder modificar su contenido. En consecuencia, las alegaciones de no ser tenidas en cuenta en el seno de la mesa negociadora, no tendrían ninguna posibilidad de influir sobre la nueva norma.

Los informes señalados en segundo lugar deben ser analizados por el Consejo de Ministros²⁶⁷. La aplicación de esta regla general al procedimiento de elaboración de los Acuerdos, supondría que la Mesa negociadora y, más concretamente, los representantes de la Administración una vez han consultado a aquellos órganos, deberían

²⁶⁷. Vid., por todos, GARRIDO FALLA, F., "Informes..", cit., pág. 25.

Los procedimientos

remitir el Acuerdo, acompañado de los informes emitidos, al Consejo de Ministros; éste se apoyaría en los juicios, apreciaciones y opiniones formulados en ellos sobre la legalidad del mismo para decidir si lo aprueba o no. Esta solución tiene, sin embargo, el inconveniente de que si el Consejo de Ministros, a la luz de lo dispuesto en tales dictámenes, desaprueba el Acuerdo, al no contemplar la L.O.R.A.P. una negociación en esta última fase para conseguir una "formalización" del Acuerdo ni la posibilidad de devolverlo a la Mesa, será el quien fije unilateralmente las condiciones de trabajo, con el consiguiente detrimento del derecho de negociación de los funcionarios. Para evitar esta situación es por lo que hay que reconocer a la mesa negociadora la oportunidad de conocer tales informes y de poder modificar el Acuerdo a la vista de lo dispuesto en éstos²⁶⁸. Hay que defender la posibilidad de que la mesa negociadora pueda modificar parcialmente el contenido del Acuerdo, para hacer desaparecer el peligro de ilegalidad denunciado por los órganos consultados. A continuación, debe remitir al Consejo de Ministros el Acuerdo junto con los informes, que constituirán el apoyo de éste para decidir si lo aprueba o no.

²⁶⁸. Esta tesis encuentra, por lo demás, fundamento en los siguientes argumentos. En primer lugar, la finalidad de la L.O.R.A.P. es que las condiciones de trabajo sean el resultado de un proceso negociador entre sindicatos y Administración. Por consiguiente, el ordenamiento jurídico ha de interpretarse sin perder de vista este principio. En segundo lugar, el procedimiento de los arts. 129 y ss. de la L.P.A. se inspira en el principio de flexibilidad. Por consiguiente, hay que adaptar su tramitación de la forma más respetuosa con el derecho de negociación de los funcionarios.

Los procedimientos

120. Los representantes de la Administración en el seno de la Mesa negociadora y el Consejo de Ministros no están obligados a proceder en el sentido propuesto por los órganos consultivos, de cuyos informes y dictámenes pueden apartarse válidamente²⁶⁹. En efecto, el art. 85.2 de la L.P.A. establece una presunción en contra del carácter vinculante de los informes, salvo disposición expresa que concretamente se lo otorgue²⁷⁰, hecho que no sucede en relación con los dictámenes e informes examinados, pues las normas que los contemplan no señalan nada al respecto.

121. Constituyen excepciones a esta regla general la autorización del Ministro de Economía y Hacienda y el dictamen del Consejo de Estado. En efecto, la autorización es un acto interno del procedimiento de formación y perfección de la voluntad del órgano administrativo que negocia. Así, la no autorización del citado Ministro tiene como efecto la resolución del proyecto para nuevo estudio.

Por su parte, el dictamen del Consejo de Estado tiene naturaleza obstativa para los Ministros, ya que según el art. 2.5 de la Ley Orgánica del Consejo de Estado "corresponderá en todo

²⁶⁹. No existe diferencia entre la información pública y el referendun entre los trabajadores de los convenios colectivos, ya que, como señala la S.T.C.T. de 23 de septiembre de 1.985, "la consulta no altera la capacidad de la comisión negociadora". En el mismo sentido, RODRIGUEZ PIÑERO, M., "Mayorías..", cit., págs. 6-7.

²⁷⁰. Ver, por todos, GARCIA DE ENTERRIA, E. y RAMON FERNANDEZ, T., Curso de Derecho Administrativo, Tomo II, Madrid, 1.987, pág. 421.

Los procedimientos

caso al Consejo de Ministros resolver en aquellos asuntos en que, siendo preceptiva la consulta al Consejo de Estado, el Ministro consultante disienta del parecer del Consejo" (En el mismo sentido, el art. 10.13 L.R.J.A.E.). Es decir, el Ministro está obligado a aceptar la opinión del Consejo de Estado, so pena de perder la competencia para resolver²⁷¹. De este modo, cuando el Ministro disiente de tal dictamen se produce una alteración del sistema de atribución de competencias, trasladándose la competencia resolutoria del Ministro al Consejo de Ministros²⁷². El tema tiene especial importancia en relación con los Pactos, puesto que, al versar sobre materias cuya competencia corresponde al Ministro para las Administraciones públicas o a los Ministros del ramo correspondiente, respectivamente, su aprobación compete a la Mesa general o a las Mesas sectoriales. La aplicación de este precepto supone que el Ministro presente en la mesa negociadora está obligado a aceptar el parecer del Consejo de Estado, so riesgo de perder la competencia para resolver. En este sentido, hay que recordar que la L.O.R.A.P. no ha supuesto la modificación del sistema de atribución de competencias normativas en materia de personal, que es el fijado por la L.R.J.A.E., la L.M.R.F.P. y, en relación a este aspecto en concreto, por el art. 2.5 de la citada Ley Orgánica. De esta forma, cuando el Ministro disiente del

²⁷¹. FONT y LLOVET, I., op. cit., págs. 71 y ss.

²⁷². FONT I LLOVET, op. cit., pág. 74.

Los procedimientos

parecer del Consejo de Estado, se produce un trasvase de la competencia material de éste al Consejo de Ministros, constituyendo uno de los supuestos contemplados en el art. 35 de la L.O.R.A.P. Así, será necesaria la "aprobación expresa y formal" del Consejo de Ministros, quien, desde luego, será libre para aceptar o no el parecer del Consejo de Estado²⁷³.

122. Una última cuestión se plantea en relación con los dictámenes e informes señalados, y es la que se refiere a la posibilidad de impugnarlos. La cuestión tiene especial interés en relación con los dictámenes e informes que sean desfavorables a los Pactos y Acuerdos y en base a los que la Administración rechace los instrumentos negociales. ¿Pueden las organizaciones sindicales recurrirlos?²⁷⁴

Los informes y dictámenes son verdaderos actos

²⁷³. El carácter obstativo del dictamen no desmiente la afirmación antes realizada en el sentido de que los trámites no entrañan una limitación a la autonomía colectiva. A este respecto, conviene destacar que este órgano es ajeno a toda relación organizativa de tipo jerárquico y desarrolla su función consultiva "con autonomía orgánica y funcional", circunstancia que garantiza su objetividad e independencia respecto de la Administración resolutoria (art. 1.2 de la ley Orgánica de 22 de abril de 1.980). Vid. FONT I LLOVET, I., op. cit., págs. 77 y ss..

²⁷⁴. El art. 28.4 de la L.J.C.A. establece la imposibilidad de que interpongan recurso contencioso-administrativo los órganos administrativos de la misma entidad que dictó el acto. Por ello, los representantes de la Administración que se vean obligados a rechazar los Pactos y Acuerdos alcanzados en sede negociada se salen en sus componentes económicos de las previsiones efectuadas en las normas presupuestarias y no obtienen la correspondiente autorización del Ministro de Economía y Hacienda no pueden interponer recurso alguno frente a este Ministerio.

Los procedimientos

administrativos²⁷⁵, por lo que están sometidos al régimen común a todos los actos administrativos. No obstante ello, y sin perjuicio de que pueda interponerse una reclamación en queja contra ellos, dada su calidad de actos de trámite, no pueden ser objeto de impugnación autónoma, salvo que produzcan indefensión o que determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento, especialmente porque deciden de forma directa o indirecta el fondo del asunto (arts. 113.1 y 37.1 L.P.A. y L.R.J.A.E.)²⁷⁶. Pues bien, a esta categoría de actos de trámite "cualificados" son reconducibles tanto la autorización del Ministro de economía y Hacienda como el Dictamen del Consejo de Estado²⁷⁷, puesto que ambos significan una decisión sobre el fondo del asunto. Ello supone que las organizaciones sindicales de la mesa negociadora pueden recurrirlos cuando no estén conformes con su contenido.

Por su parte, cuando el Consejo de Ministros desapruere el Acuerdo en base a lo dispuesto en los informes y dictámenes de los órganos consultados, los miembros de la mesa negociadora podrán recurrir la resolución denegatoria haciendo valer los vicios que concurran en aquellos.

²⁷⁵. FONT I LLOVET, J., op. cit., pág. 68; GARCIA DE ENTERRIA, E. y RAMON FERNANDEZ, T., Curso de Derecho Administrativo, Tomo I, Madrid, 1.987, pág. 527.

²⁷⁶. Vid. FONT I LLOVET, T., op. cit., pág. 68; GONZALEZ PEREZ, J., Comentarios..., cit., pág. 303. Ver la S. del T.S. de 19 de noviembre de 1.985.

²⁷⁷. FONT I LLOVET, T., op. cit., pág. 68, admite que en estos casos el Dictamen del Consejo de Estado puede reconducirse a la categoría de actos de trámite "cualificados".

Los procedimientos

4.1.2. La formación de la voluntad de la mesa negociadora.

123. Finalmente, la formación de la voluntad de la mesa negociadora tendrá carácter resolutorio si coinciden las dos voluntades previas. Hay que subrayar, sin embargo, que el hecho de que la ley no condicione la validez de los acuerdos a unos requisitos de mayoría cualificada en el seno de la representación sindical, no quiere decir que la Administración Pública pueda regular las condiciones de trabajo en el sentido acordado con una representación sindical minoritaria en contra de la voluntad mayoritaria de las organizaciones sindicales presentes en la mesa negociadora. Si quiere hacerlo deberá acudir -dado que dicho acuerdo sería informal y no un verdadero Pacto o Acuerdo, careciendo de eficacia jurídica- a la determinación unilateral de dichas condiciones prevista en el art. 37.2 de la L.O.R.A.P.²⁷⁸ Es decir, habrá que entender que existe una discrepancia entre los representantes de la Administración Pública y la representación sindical, quedando expedita la vía de la regulación unilateral. Ahora bien, como existe un margen de acuerdo entre aquellos y una organización sindical minoritaria, la Administración puede regular unilateralmente las condiciones de trabajo de conformidad con ésta.

Cabría objetar que quien puede lo más puede lo menos y que si

²⁷⁸. En el sistema de negociación colectiva laboral, esta circunstancia determina el paso de la negociación estatutaria a la extraestatutaria. Vid. la S.T.C.O. 108/1.989, de 8 de junio.

Los procedimientos

la Administración Pública puede establecer unilateralmente las condiciones de trabajo en los casos en que no llegue a un acuerdo también puede llegar a cualquier acuerdo negociado. Sin embargo, no se puede confundir la intervención administrativa en el ámbito de una fuente negociada con la actividad en el terreno de una fuente unilateral. En este terreno los poderes discrecionales de la Administración son más amplios (puede o no aprobar el Acuerdo, puede modificarlo en el acto de aprobación..., etc.).

124. Probablemente, a lo largo de las deliberaciones se habrán ido obteniendo acuerdos parciales, que el acta de la sesión final o un anejo a la misma refunde en los documentos constitutivos de los Pactos y Acuerdos, puesto que éstos han de efectuarse por escrito. Los acuerdos parciales no definitivamente articulados como Pactos o Acuerdos carecen de valor jurídico alguno²⁷⁹

125. El proceso negociador, a diferencia de lo que ocurre en el ámbito laboral, puede culminar tanto en un texto único que engloba la totalidad de las materias negociables como en sucesivos textos que se van produciendo para regular cada materia o grupo

²⁷⁹. A este respecto, conviene notar que la jurisprudencia de los tribunales del orden social viene subrayando que los preacuerdos que se obtengan durante la negociación de un convenio colectivo, por su propia esencia carece de entidad definitiva, pues por la propia dinámica del procedimiento negociador son susceptibles de modificarse en reuniones posteriores, abiertas, como es obvio, a la consideración de nuevas ofertas y contraofertas; sólo, por tanto, el acuerdo final manifiesta el convenio colectivo, que goza de eficacia que le sea propia (Así, las S.T.C.T. de 23 de julio de 1.986 y 4 de mayo de 1.987; S.T.S. de 19 de junio de 1.991 y la S.T.S.J. de Navarra de 16 de julio de 1.991). La sentencia del T.S.J. de Galicia de 7 de enero de 1.991 reconoce plena validez y eficacia al preacuerdo incorporado al preámbulo de un convenio colectivo.

Los procedimientos

homogéneo de materias. En primer lugar, porque no existe en la L.O.R.A.P. un precepto de tenor similar al art. 82 del E.T., de donde se desprende claramente que el proceso negociador culmina en un texto único que engloba la totalidad de las materias²⁸⁰. Al contrario, de acuerdo con el art. 35 de la L.O.R.A.P. los representantes de la Administración Pública y de las organizaciones sindicales "podrán llegar a acuerdos y pactos -en plural- para la determinación de las condiciones de trabajo de los funcionarios".

En segundo lugar, porque a diferencia de lo que sucede en el ámbito laboral²⁸¹, cuando se abre el proceso negociador no es todo el conjunto de materias negociables el que queda abierto a una nueva regulación, sino el conjunto de materias que de común acuerdo decidan las partes mencionadas en el art. 33. De este modo, la fijación de ámbitos objetivos distintos para los sucesivos procesos negociales dará lugar a sucesivos textos que se van produciendo para regular o modificar una determinada materia en momentos también distintos. En tercer y último lugar, y como se analiza a continuación, porque la ley prevé la materialización del proceso comercial a través de la doble fórmula de los Pactos y Acuerdos.

²⁸⁰. Hay que notar que, aunque el E.T. permite que se pacten "distintos periodos de vigencia para cada materia o grupo homogéneo de materias dentro del mismo convenio", al decir "dentro del mismo convenio" está indicando que los sucesivos textos que se van produciendo para modificar o revisar una determinada parte del convenio forman una unidad. Vid. RODRIGUEZ SAÑUDO, F., "Vigencia de los convenios colectivos de trabajo", en A.A.V.V., Comentarios a las leyes laborales, El Estatuto de los Trabajadores, Madrid, 1.985, pág. 10.

²⁸¹. Ver, por todos, RODRIGUEZ SAÑUDO, F., op. ult. cit., pág. 94.

Los procedimientos

Así las cosas, la práctica de la negociación colectiva podrá seguir esta doble fórmula. Es más, la solución más probable, al menos, en la esfera estatal será la segunda: sucesivos textos que se van produciendo para modificar una determinada materia o grupo homogéneo de materias. Téngase en cuenta a este respecto, que los Pactos y Acuerdos van a desarrollar al estatuto de los funcionarios. Y, precisamente, hay que recordar que no existe una norma que regule de forma global y total el estatuto de los funcionarios, sino que éste se contiene disperso en diversas disposiciones legales y reglamentarias. Esta circunstancia va a favorecer sin duda que la negociación concluya en diversos instrumentos negociales que se van produciendo para regular una determinada materia o grupos homogéneos de materias.

126. La negociación puede traducirse en Acuerdos o Pactos. Así, la negociación acabará en un Pacto cuando se negocie sobre materias de la competencia stricta del órgano que negocia y firma en nombre de la Administración del Estado. Si, por el contrario, la competencia no es de este órgano sino del Consejo de Ministros, la negociación acabará en un simple Acuerdo (art. 35 L.O.R.A.P.).

Mientras los Pactos "vincularán directamente a las partes", los Acuerdos exigirán "para su validez y eficacia {...} la aprobación expresa y formal" del Consejo de Ministros (art. 35 L.O.R.A.P.). Esto significa, desde luego, que mientras los Pactos

Los procedimientos

celebrados son válidos y eficaces por si mismos, a salvo del depósito y la publicación, los Acuerdos deben ser elevados al Consejo de Ministros para su posterior "aprobación expresa y formal". De este modo, los representantes de la Administración deberán remitir el Acuerdo junto con los informes y dictámenes emitidos al Consejo de Ministros, que se apoyará en los juicios, apreciaciones y opiniones formulados en ellos sobre la legalidad de los mismos para decidir si lo aprueba o no.

4.2. Terminación anormal: ruptura de las negociaciones.

4.2.1. Los supuestos de desacuerdo.

123. El art. 37.2 de la L.O.R.A.P. hace referencia a "los casos en que no se produzca acuerdo en su negociación". Con tal rúbrica se alude a todos aquellos supuestos en los que, iniciada la negociación de un Pacto o, en su caso, de un Acuerdo, no se llega a buen fin en el seno de la mesa negociadora. La ruptura de las deliberaciones puede obedecer al acuerdo de ambas partes o a la decisión unilateral de alguna de ellas²⁸². Normalmente, será la Administración quien interrumpa las negociaciones para poder, de

²⁸². Esto es, sólo es posible la ruptura autónoma de las deliberaciones. No cabe, en cambio, a diferencia de lo que sucedía en el sistema legislativo precedente en el sector laboral, la ruptura heterónoma, ya que la Administración es parte contratante. Vid. sobre el tema SAGARDOY BENGOCHEA, J., "Procedimientos de elaboración de los convenios colectivos de trabajo y de las normas de obligado cumplimiento", en A.A.V.V., Procedimientos administrativos especiales, Coord. GONZALEZ NAVARRO, F., Volumen II, E.N.A.P., 1.969, pág. 376 y ss.

Los procedimientos

este modo, regular unilateralmente la materia. El art. 37.2 no se remite en este punto a la decisión de un tercero ajeno a la negociación ni recoge la necesidad de que la constatación del fracaso de la negociación se produzca necesariamente de común acuerdo. Esto último es lógico en la medida en que exigir tal acuerdo significaría, en la práctica, la imposibilidad de aplicar el art. 37.2 en la mayor parte de los casos y, además, configuraría una especie de derecho de veto de la parte sindical frente a la pretensión de la Administración de recurrir a la decisión administrativa como forma de determinar las condiciones de trabajo. Por todo ello, y teniendo en cuenta que la Administración puede dictar decisiones investidas de presunción de legitimidad, obligatorias y ejecutivas, sin la previa homologación judicial, hay que concluir que la Administración puede determinar el cese del proceso de negociación emanando una decisión que sustituya el acuerdo de la partes.

Ello no quiere decir que no pueda impugnarse la decisión de dar por finalizada sin éxito la negociación colectiva, en cuanto prelude de la decisión administrativa de regulación de las condiciones de trabajo, ante la instancia judicial, que es la que al final ha de decidir sobre la corrección de tal actuación. Pero lógicamente, este control será "a posteriori", sin que pueda entenderse que la Administración necesite autorización alguna

Los procedimientos

previa para hacer aplicar el art. 37.2 de la L.O.R.A.P.²⁸³.

128. La Ley no exige que las partes, una vez se constate el fracaso de la negociación, redacten un informe escrito y razonado. En este sentido, conviene notar que el art. 38 de la L.O.R.A.P., por el contrario, si exige que la negativa de las partes a aceptar las propuestas del mediador se haga pública de inmediato. En vista de ello, cabría entender que este requisito no es exigible. Sin embargo, es posible una interpretación distinta. Así, en primer lugar, cabe sostener la aplicación vía analógica de lo dispuesto en el art. 38. La finalidad de este precepto es forzar, indirectamente, a las partes, ya que su negativa, al tener que plasmarse por escrito, va a ser conocida públicamente, a que sólo se pronuncien negativamente cuando sus posiciones sean distantes respecto de la del mediador en temas trascendentales y no accidentales. Es decir, constituye un estímulo indirecto que favorece el acuerdo, y no hay razón alguna para prescindir de esta garantía cuando las partes negocian directamente sin la mediación de un tercero.

Además, por lo que se refiere a la parte pública esta

²⁸³. En estos mismos términos se expresa GONZALEZ ORTEGA, S., "Los medios de solución de los conflictos colectivos en la Función Pública", en A.A.V.V., Seminario de relaciones colectivas en la Función Pública, Sevilla, 1.989, pág. 462, para quien la Administración no necesita autorización alguna para aplicar el art. 37.2, existiendo tan sólo un control judicial "a posteriori" sobre su actuación.

Los procedimientos

conclusión se refuerza en las siguientes consideraciones: en primer lugar, la ley le obliga a resolver en todo caso; en segundo lugar, también le obliga a motivar algunas decisiones y, entre ellas, las que limitan derechos subjetivos (art. 43.1.a) L.P.A.). De este modo, en la medida en que la decisión de romper las negociaciones comporta la limitación del derecho de los sindicatos a negociar, cabe concluir que la Administración viene obligada a motivarla, esto es, a hacer públicas las razones de derecho y de hecho en las que se basa.

Así, este requisito puede servir para diversos objetivos, entre los que cabe destacar por su importancia tres. En primer lugar, sirve para que las partes se obliguen individual y conjuntamente a fijar con claridad sus posiciones, pues van a tener que contrastarlas con aquéllas de la otra parte. Por consiguiente, es un estímulo para que cada parte fije con nitidez, durante las negociaciones, su posición respecto de los temas en discusión. En segundo lugar, es un estímulo indirecto para que las partes, al venir obligadas a razonar por escrito y a hacer públicos sus motivos, sólo se pronuncien negativamente cuando sus posiciones sean dispares en temas realmente trascendentales y no accidentales. En tercer lugar, la fijación de las respectivas posiciones de las partes puede facilitar posteriores negociaciones e incluso la designación de un mediador.

Los procedimientos

129. El legislador contempla la posibilidad de falta de acuerdo en el seno de la mesa negociadora, pero no precisa los casos concretos en que puede darse esta situación. Pese a ello, la ruptura de las negociaciones puede obedecer a algunas de estas motivaciones: a) La no concurrencia a las deliberaciones de una de las partes; b) La imposibilidad de llegar a un acuerdo; c) La utilización por alguna de las partes del dolo, fraude o coacción para lograr el consentimiento de la otra.

130. Todos estos supuestos tienen un efecto común, esto es, que suponen el fin de las negociaciones. Los efectos particulares se bifurcan en atención a la culpabilidad de las partes. Los supuestos en que la responsabilidad corresponde a la Administración porque no acude a las deliberaciones o incumple su obligación de negociar de buena fe porque emplea el dolo, fraude o coacción o adopta una actitud intransigente, ya han sido estudiados antes, lo que excusa de hacerlo aquí. Simplemente, recordar que en estos casos queda expedita la vía de la regulación unilateral de la materia. El análisis se va a centrar en aquellos supuestos en los que la autoría de tales infracciones corresponde a la representación sindical.

A) La no concurrencia de la representación sindical a las negociaciones.

Los procedimientos

131. Entran dentro de este supuesto aquellos casos en que la representación sindical no asiste a las reuniones de la mesa negociadora tanto en el momento constitutivo como en un momento posterior. No obstante ello, es necesario realizar varias puntualizaciones al respecto:

En primer lugar, sólo son reconducibles a este supuesto los casos en que la negativa de los sindicatos a acudir a las deliberaciones de la mesa negociadora no se justifique en alguna de las causas excluyentes del deber de negociar antes señaladas.

En segundo lugar, se ha de tratar de un supuesto en el que no concurren a las deliberaciones ninguno de los sindicatos legitimados para negociar, pues, de asistir alguno o algunos de ellos, la Administración debe proseguir junto a éstos el proceso negociador, y ello aunque los funcionarios representados supongan una minoría respecto del conjunto global de funcionarios afectados por el eventual Pacto o Acuerdo.

B) La imposibilidad de llegar a un acuerdo.

132. Teniendo en cuenta que las partes están obligadas a negociar de buena fe, "sólo cuando, efectivamente, se haya llegado a un "punto muerto" en el proceso de negociación, con imposibilidad

Los procedimientos

manifiesta de compromiso despues de que ambas partes hayan mantenido una actitud flexible y abierta al acuerdo"²⁸⁴, puede entenderse que concurre la situación de falta de acuerdo. Por lo demás, aunque la ley no señala o no precisa si la declaración de tal imposibilidad requiere el consenso de ambas partes o no, hay que entender que pueden estimar tal situación ambas partes o cualquiera de ellas. Normalmente será la Administración quien interrumpa las negociaciones. Ahora bien, hay que señalar que el art. 37.2 de la L.O.R.A.P., que reconoce al Gobierno, nada más y menos, que la posibilidad de hacer uso de su potestad reglamentaria siempre que no se haya llegado a un acuerdo, no puede interpretarse generosamente en el sentido de que aquella tiene un margen de discrecionalidad prácticamente absoluto para decidir cuando las posibilidades de acuerdo están agotadas y, en definitiva, para decidir el grado de intensidad y duración de las negociaciones.

C) El empleo de dolo, violencia o intimidación en las negociaciones.

133. Respecto de lo que deba entenderse por tales conceptos como motivos que justifican la ruptura de las negociaciones por parte de la Administración hay que traer a colación lo dicho antes acerca del deber de negociar de buena fe. Simplemente, destacar que

²⁸⁴. DEL REY GUANTER, S., Comentarios..., cit., págs. 243 y ss.

Los procedimientos

el dolo, la violencia o la intimidación sólo justifican la ruptura de las negociaciones cuando sean graves²⁸⁵. No es necesario, en cambio, que se trate de hechos consumados; es decir, que con tales maquinaciones se logre el consentimiento, sino que basta el intento, aunque habrá de acreditarse fehacientemente.

En este sentido, conviene subrayar que estos aspectos negativos también vienen prohibidos por el E.T. Sin embargo, los efectos previsto para cuando se dan son diferentes. El art. 89.1 del E.T. se refiere a las "violencias sobre las personas o bienes", indicando que en el supuesto que se den, y "ambas partes comprueben su existencia", se suspenderá de inmediato la negociación en curso hasta la desaparición de aquellas". De este modo, si una de las partes entiende que hay violencia puede suspender de inmediato unilateralmente la negociación y si posteriormente la otra lo reclama -ante la autoridad administrativa laboral o ante la jurisdicción competente- se podrá sancionar a la que suspendió las negociaciones por atentar contra la buena fe negocial²⁸⁶. Se establece, pues, la suspensión y no la ruptura de las negociaciones. Igual solución habría defender en el ámbito

²⁸⁵. Vid. SAGARDOY BENGOCHEA, J., "Procedimientos..", cit., pág. 276, quien señalaba que la interrupción o suspensión de las negociaciones en el sistema laboral anterior, sistema que presenta bastantes similitudes con el hoy vigente en el sector funcional, sólo procedía cuando el dolo o la violencia fueran fraves.

²⁸⁶. ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M.E., op. cit., pág. 792, para quienes el que se exija al efecto que "ambas partes comprueben su existencia", no es óbice para la suspensión si ante el hecho notorio una de las partes se niega a su existencia.

Los procedimientos

funcionarial.

4.2.2. Las alternativas al desacuerdo.

134. El E.T. guarda silencio respecto de lo que pueda ocurrir en caso de falta de acuerdo en el seno de la comisión negociadora. Habrá que esperar a las futura ley de conflictos colectivos y de huelga. Mientras tanto, continúan vigentes los Títulos 1º y 2º del R.D.L.R.T., en lo relativo a conflictos colectivos y huelgas, en la medida en que sus preceptos no hayan sido declarados inconstitucionales por la S.T.C.O. de 8 de abril de 1.981. Por lo que cuando no se alcance acuerdo en la comisión negociadora, podrá declararse la huelga o plantearse el procedimiento de conflicto colectivo previsto en esta norma. Pero en este caso con la importante salvedad de que, dado que se trata de suplir la falta de acuerdo de los negociadores, el conflicto será colectivo, pero no jurídico sino económico o de intereses, de tal manera que al haber sido declarado inconstitucional el apartado b) del art. 25 del R.D.L.T., si las partes implicadas en el conflicto de esa naturaleza no llegan a un acuerdo ni deciden someterlo a un arbitro, la autoridad laboral no puede dictar laudo de obligado cumplimiento ni remitir las actuaciones a la Magistratura de trabajo, que carece de competencia para resolver cuestiones de esta naturaleza.

Los procedimientos

135. La L.O.R.A.P., en cambio, si ha previsto, expresamente, la posibilidad de desacuerdo entre las partes negociadoras en el art. 37.2. La salida legal arbitrada a esta situación es doble. Así, por un lado, reproduciendo literalmente lo indicado en el art. 3.2.b) de la L.M.R.F.P., el precepto arriba señalado dispone con el carácter de norma básica que "corresponderá al Gobierno, en los términos del artículo 3.2.b) de la ley 30/1.984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, y a los Organos de Gobierno de las demás Administraciones Públicas en sus respectivos ámbitos establecer las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos en los casos en que no se produzca acuerdo en su negociación...". Y, por otro lado, se contempla la posibilidad de designar, por mutuo acuerdo, un mediador o mediadores (art. 38 L.O.R.A.P.). Además, y pese al silencio de la Ley, es evidente que las organizaciones sindicales también podrán recurrir a la huelga.

136. Quedan fuera de la ley otras alternativas a este respecto, tales como la conciliación y el arbitraje, tanto voluntario como obligatorio²⁸⁷. Si bien es verdad que la conciliación, en la práctica, muestra pocas diferencias con la mediación, más importancia tiene la ausencia de la figura del arbitraje. En efecto, la experiencia en ciertos países ha

²⁸⁷. LOPEZ GANDIA, J., "La negociación..", cit., pág. 23; DEL REY GUANTER, S., Comentarios..., cit., pág. 247.

Los procedimientos

demostrado que es precisamente en la Función Pública donde el arbitraje -sobre todo el voluntario- puede revestir una mayor importancia, y su promoción puede ser trascendente a fin de reducir el recurso a la huelga en un ámbito en el que, como la Función Pública, puede darse una acentuada afectación de los intereses generales de la sociedad²⁸⁸.

Han podido contribuir a esta ausencia, entre otros, los siguientes factores²⁸⁹: en primer lugar, la dificultad práctica de encontrar terceros imparciales que cuenten con la aceptación de ambas partes, ya que si la Administración puede suministrarlos en los conflictos colectivos del sector privado, no puede hacer lo mismo en el ámbito de la Función Pública, al ser parte interesada; en segundo lugar, y en el plano teórico, la consideración de que el Gobierno y la Administración Pública no pueden hacer dejación respecto a un tercero en asuntos de su competencia.

Frente a estas objeciones, cabe contraargumentar²⁹⁰, por un lado, que la dificultad de encontrar tercero imparcial no se da, exclusivamente, en el arbitraje, sino también, aunque en menor medida en la mediación. La condición de parte interesada de la

²⁸⁸. En este sentido, DEL REY GUANTER, S., Comentarios..., cit., pág. 248.

²⁸⁹. Vid. DEL REY GUANTER, S., Estado..., cit., págs. 225 y ss.

²⁹⁰. Una refutación de las objeciones señaladas por DEL REY GUANTER, S., Estado..., cit., págs. 225 y ss.

Los procedimientos

Administración determina que los terceros que pueden ostentar la condición de arbitro son menos que en el sector laboral, pero no inexistentes. De otro, que la competencia del árbitro se limitaría a aquellas materias sobre las cuales versa la negociación colectiva y respecto a las que ha existido una más o menos acentuada "contractualización" y, en consecuencia, una pérdida de la potestad absoluta de decisión unilateral de la Administración.

137. No obstante ello, una parte de la doctrina se la planteado la posibilidad de trasplantar a la Función Pública algunos de los medios de solución de los conflictos colectivos existentes en relación a los trabajadores por cuenta ajena.

138. Así, en primer lugar, se ha planteado la posibilidad de acudir al procedimiento de conflicto colectivo regulado por el R.D.L.R.T., donde se contemplan tanto la mediación como la conciliación y el arbitraje en los conflictos laborales. En principio, podría pensarse que tal procedimiento, al estar incluido en una norma que no es de aplicación en la Función Pública, tampoco puede ser utilizado en los conflictos colectivos que en ella se produzcan²⁹¹. Sin embargo, al igual que se ha sostenido la posibilidad de aplicar en la Función Pública, de forma analógica, algunas reglas contenidas respecto de la huelga en el R.D.L.R.T.,

²⁹¹. GONZALEZ ORTEGA, S., "Los medios..", cit., pág. 430.

Los procedimientos

podría aceptarse dicha aplicación. Basta, sin embargo, descender a los pormenores de tal procedimiento para comprender lo inadecuado de su utilización en los casos ahora vistos²⁹². Ciertamente, existen razones para llegar a esta conclusión, basadas en la naturaleza de los órganos que intervienen en el mismo. Los sindicatos y los Ministros quedarían sorprendidos al ver que tenían que acudir ante un órgano subalterno de la Administración central para resolver el problema²⁹³. Además, no resulta adecuado que intervengan en función mediadora de los conflictos colectivos entre funcionarios y Administración Pública órganos tan especializados en materia laboral como la propia Autoridad laboral o el S.M.A.C.²⁹⁴. No sólo por su falta de conocimientos cualificados sobre las materias objeto de negociación en la Función Pública, sino también porque su intervención podría comprometer el rasgo de imparcialidad exigido por el Convenio nº 151 de la O.I.T, al intervenir en calidad de tercero un órgano que forma parte de la estructura orgánica de la Administración, parte implicada en el conflicto²⁹⁵.

139. También se ha defendido la posibilidad de acudir al

²⁹². Con anterioridad a la L.O.R.A.P., OJEDA AVILES, A., "La negociación..", cit., pág. 32., ya denunció la improcedencia de utilizar el procedimiento de conflicto colectivo para resolver los conflictos colectivos novatorios del sector público.

²⁹³. GONZALEZ ORTEGA, S., "Los medios..", cit., pág. 313.

²⁹⁴. En el mismo sentido, GONZALEZ ORTEGA, S., "Los medios..", cit., pág. 431.

²⁹⁵. GONZALEZ ORTEGA, S., "Los medios..", cit., pág. 431.

Los procedimientos

arbitraje obligatorio regulado por el art. 10.1 del R.D.R.T., dadas las particulares situaciones en que puede tener lugar, que lo hacen susceptible de aplicación indiferenciada en cualquier tipo de conflicto colectivo. Así, se ha sostenido, que, si la negociación desembocara en una huelga que causara graves perjuicios para la economía nacional, la Administración podría acudir a tal arbitraje obligatorio²⁹⁶. En esta línea, se afirma que el arbitraje obligatorio del art. 10.1 del R.D.L.R.T. se manifiesta, pese a todas las fundadas críticas formuladas contra él, como un instrumento paradójicamente más respetuoso de la autonomía colectiva que la decisión administrativa, cuando menos porque la resolución provendría de un tercero imparcial ajeno al conflicto²⁹⁷, lo que no sucede en este último caso. Sin embargo, al igual que el procedimiento de conflicto colectivo, este mecanismo resulta inaplicable en la Función Pública porque se contiene en una disposición legal que expresamente excluye de su ámbito de aplicación a los funcionarios. Además, como se reconoce desde la misma posición que defiende su extrapolación a este ámbito, tal mecanismo sólo sería una posibilidad marginal, ya no sólo porque exige unas especiales circunstancias en el desarrollo de la huelga, sino porque, en realidad, es impensable que la Administración

²⁹⁶. BALLESTEROS PASTOR, M^a.A., El arbitraje laboral, Tesis inédita, Valencia, Julio, 1.989, pág. 331; GONZALEZ ORTEGA, S., "Los medios..", cit., pág. 470.

²⁹⁷. Así, BALLESTEROS PASTOR, M^a.A.. op. cit., pág. 330; GONZALEZ ORTEGA, S., "Los medios..", cit., pág. 470.

Los procedimientos

decida someterse a las limitaciones que comporta la utilización del art. 10.1 del R.D.L.R.T. cuando tiene en sus manos la potestad para regular unilateralmente la materia.

140. Finalmente, también se ha sostenido la posibilidad de recurrir a un arbitraje de carácter voluntario y privado, decidido de común acuerdo por la partes. Desde esta perspectiva se defiende la posibilidad de que las partes puedan designar de común acuerdo y libremente a un tercero, que habría de desempeñar la tarea de dirimir, merced a una resolución de obligado cumplimiento, el conflicto colectivo suscitado. Hay que subrayar, sin embargo, que la actuación de la Administración Pública está sometida al principio de legalidad y que la ley no contempla la posibilidad del arbitraje voluntario. Por consiguiente, hay que entender que el legislador ha querido excluirlo del conjunto de medios de solución de los conflictos aplicables en la Función Pública. A partir de la L.O.R.A.P., sólo cabe acudir a la mediación prevista en el art. 38 para resolver los conflictos colectivos novatorios que se planteen en este sector, porque esta disposición legal sólo contempla esta vía o cauce de solución para los mismos²⁹⁸.

141. Pero volviendo a las vías de salida previstas en la ley,

²⁹⁸. Así, LOPEZ GANDIA, J., "La negociación..", cit., pág. 25; MARTINEZ ABASCAL, V.A., "El planteamiento..", cit., pág. 53.

Los procedimientos

hay que notar que el legislador no establece las preferencias respectivas de las dos vías de solución. El legislador se limita a poner a disposición de las partes los medios necesarios para superar los impases de la negociación, pero la elección entre uno y otro se deja a la decisión de estas y, más concretamente, de la Administración. En efecto, la mediación que contempla el art. 38 es exclusivamente la de carácter voluntario, esto es, aquélla en la que se requiere el consentimiento de ambas partes para su iniciación y desarrollo. Ni siquiera la iniciativa de la parte sindical obliga a la Administración a someterse a la intervención del tercero ajeno al conflicto. De esta modo, la ley deja en manos del Gobierno la regulación unilateral de la materia o la apertura de una segunda fase de negociación con la mediación de un tercero imparcial²⁹⁹.

142. Esta solución no parece que respete el convenio nº 151 de la O.I.T., ratificado por España, en cuyo artículo 8 se establece que "la solución de los conflictos que se planteen con motivo de las condiciones de empleo se deberán tratar de lograr de manera apropiada a las condiciones nacionales por medio de la negociación, o mediante procedimientos independientes e

²⁹⁹. En esta línea, OJEDA AVILES, A., "Los derechos..", cit., pág. 26, dice que: "junto al arbitraje de parte se contempla la posibilidad, mientras la Administración no decida solventar la discrepancia con su laudo, de que las partes acudan a la mediación de un tercero..".

Los procedimientos

imparciales, ... que inspiren la confianza de los interesados"³⁰⁰. Este Convenio exige negociar la terminación de los conflictos novatorios o someterlos a procedimientos independientes e imparciales³⁰¹. Choca, pues, la prerrogativa que el art. 37.2 de la ley reconoce al Gobierno con lo dispuesto en este precepto, que, aunque con una formulación cautelosa (la solución de estos conflictos "se deberá tratar de lograr"), parece cercenar de raíz la posibilidad de zanjar la cuestión mediante un reglamento³⁰². Por esta vía, ciertamente, puede llegarse a vaciar de realidad la negociación de los funcionarios públicos ya que, como señala BLASCO, "este precepto penderá cuál espada de Damocles sobre los procesos de negociación; la parte sindical sabrá que o bien llega a un acuerdo o, de todos modos, la otra parte decidirá el tema unilateralmente"³⁰³. En último extremo, la Administración sufrirá fuertes tentaciones de bloquear una negociación nada interesante para ella, sabiendo que a la postre recuperará la iniciativa con ese simple hecho³⁰⁴.

³⁰⁰. BLASCO ESTEVE, A., op. cit., pág. 2.150; LOPEZ GANDIA, J., "la negociación ..", cit., pág. 23. En idéntico sentido, OJEDA AVILES, A., "Los derechos..", cit., pág. 21.

³⁰¹. En este sentido, OJEDA AVILES, A., "La negociación colectiva de los funcionarios públicos y la entrada en vigor del Convenio Internacional núm 151 O.I.T.", R.L., núm. 11, 1.985, pág. 31.

³⁰². Así, OJEDA AVILES, A., "la negociación..", cit., pág. 32.

³⁰³. BLASCO ESTEVE, A., op. cit., pág. 2.165.

³⁰⁴. OJEDA AVILES, A. "Los derechos..", cit., pág. 26.

Los procedimientos

143. Precisamente, la necesidad de encontrar una interpretación integradora y armónica de ambas disposiciones induce a buscar otra lectura de la ley. Dicha lectura podría consistir en considerar el sistema de regulación unilateral como "último paso" en la determinación de las condiciones de trabajo³⁰⁵. Es decir, que se ha de intentar primero la mediación, y, sólo cuando ésta fracase, podrá la Administración dictar un Reglamento para suplir el consiguiente vacío normativo. A este respecto, conviene traer de nuevo a primer término lo que ha quedado dicho más atrás acerca del deber de negociar de buena fe. Se trata de un principio que rige no sólo durante la fase de negociación, sino a lo largo de todo el procedimiento de elaboración de los Pactos y Acuerdos. Por lo tanto, sólo cuando se ha utilizado, o intentado al menos sin éxito, la mediación, puede producirse la decisión administrativa. Dicho de otra forma, la negativa a la mediación o la no respuesta a las propuestas de mediador, impide a la Administración Pública el recurso al art. 37.2, en la medida en que ese comportamiento revela una actitud de obstruccionismo frente a otras formas de solución del conflicto que deben ser prioritarias. Lo dicho no hace a la mediación obligatoria para la Administración Pública, sino sólo requisito necesario en la medida en que pretenda hacer recurso a la decisión administrativa.

³⁰⁵. En esta línea, se sitúa GONZALEZ ORTEGA, S., "Los medios..", cit., pág. 460.

Los procedimientos

Por lo demás, aun no aceptándose esta tesis, la sólo posibilidad que se reconoce a la representación sindical de proponer el nombramiento de un mediador constituye un estímulo indirecto para que la Administración se someta a la mediación, a fin de evitar la impopularidad que su negativa pueda tener en la opinión pública y el consiguiente coste político y electoral. A mayor abundamiento, debe tenerse en cuenta la urgencia que el art. 38 introduce para la solución del conflicto³⁰⁶, por lo que no justifica la decisión administrativa el hecho de que resulte imperativa y urgente la regulación de la materia, por cuanto que la mediación, aun cuando fracase, no va a representar un excesivo retraso en la resolución final del conflicto.

144. En definitiva, y a modo de conclusión, la lectura más respetuosa no sólo con lo dispuesto en el Convenio nº 151 sino con el propio derecho de negociación reconocido en el art. 2.2.d) de la L.O.L.I.S. es la de considerar la "decisión administrativa" como "último paso" en la determinación de las condiciones de trabajo. Así, de acuerdo con este esquema, primero se negocia; si no hay acuerdo, se intenta nombrar un mediador; y si ello tampoco funciona se acude al mecanismo del art. 37.2 de la L.O.R.A.P.

³⁰⁶. DEL REY GUANTER, S., Comentarios..., cit., pág. 251, subraya la urgencia que el antiguo art. 38 de la L.O.R.A.P. introduce en la resolución del conflicto. El nuevo sigue indicando que "las propuestas del mediador y la oposición de las partes, en su caso, deberán hacerse públicas de inmediato".

Los procedimientos

A) La mediación.

145. El nuevo art. 38 de la L.O.R.A.P. establece que "para resolver los conflictos surgidos en la determinación de las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos o los incumplimientos de los pactos o acuerdos, las Administraciones Públicas y Sindicatos a que se refieren los artículos 30 y 31.2 podrán nombrar de mutuo acuerdo un mediador o mediadores, cuando no resulte posible llegar a acuerdo en la negociación o surjan conflictos en el cumplimiento de los Acuerdos o Pactos". Además, el art. 38 remite a normas reglamentarias para determinar el procedimiento a que ha de ajustarse la mediación, si bien dispone que "las propuestas del mediador y la oposición de las partes, en su caso, deberán hacerse públicas de inmediato".

a) Los tipos de conflictos colectivos sobre los que la mediación puede operar.

146. El art. 38.1 de la L.O.R.A.P. indica que podrá recurrirse a la mediación "para resolver los conflictos surgidos en la determinación de las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos o los incumplimientos de los pactos o acuerdos.. cuando no resulte posible llegar a acuerdo en la negociación o surjan conflictos en el cumplimiento de los Acuerdos o Pactos", lo que

Los procedimientos

parece hacer referencia a los dos tipos clásicos de conflictos, los de intereses o económicos ligados a la negociación de los Pactos y Acuerdos, y los jurídicos, conectados con la interpretación y aplicación de lo acordado³⁰⁷.

147. En relación a los primeros, que son los que van a centrar nuestra atención en este momento, se está haciendo referencia, por su misma redacción literal, a "los conflictos surgidos en la determinación de las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos". La Ley, sin embargo y como se sabe, establece un doble sistema de participación de los funcionarios en la determinación de sus condiciones de trabajo: la negociación colectiva y la consulta. Por consiguiente, y en línea de principio, habría que aceptar el recurso a la mediación tanto en el sistema de negociación como en el de consulta³⁰⁸. Sin embargo, el inciso final del párrafo primero del precepto que se comenta -que ha sido introducido por la Ley 7/1.990-, al decir que procederá la mediación "cuando no resulte posible llegar a acuerdo en la negociación", parece limitar el recurso a este mecanismo al ámbito de la negociación colectiva de los Pactos y Acuerdos. Lo cual, por otra parte, es perfectamente lógico, por cuanto en la consulta la

³⁰⁷. Vid. DEL REY GUANTER, S., Comentarios..., cit., pág. 248; GONZALEZ ORTEGA, S., "Los medios...", cit., pág. 439.

³⁰⁸. Así, se pronuncia a partir del art. 38 de la Ley 9/1987 DEL REY GUANTER, S., Comentarios..., cit., pág. 248.

Los procedimientos

Administración sólo está obligada a solicitar y oír las opiniones que sobre el particular tenga la otra parte, pero en ningún caso está obligada a seguirlas y aceptarlas. Por consiguiente, si no es exigible el acuerdo no puede tener lugar la mediación³⁰⁹. Existen, no obstante, algunos supuestos, como, por ejemplo, los conflictos sobre la procedencia de la misma consulta en lugar de la negociación o a la inversa, en los que el recurso a este mecanismo puede estar justificado³¹⁰.

Por consiguiente es en el ámbito de la negociación de los Pactos y Acuerdos donde la mediación está llamada a desempeñar su papel más importante. En este apartado cabe incluir no sólo los conflictos colectivos de intereses o novatorios, sino también los conflictos jurídicos. Nada impide el recurso a esta institución cuando la pretensión controvertida verse sobre la interpretación de una norma legal. Piénsese, por ejemplo, cuando las partes no se ponen de acuerdo acerca del sentido que haya de darse a un precepto legal, presupuesto imprescindible para determinar el ámbito posible de la negociación. En estos casos puede recurrirse a la mediación (vale decir, a la negociación) como primera instancia de solución del conflicto. Ahora bien, como el sentido de las leyes no puede

³⁰⁹. DEL REY GUANTER, S., Comentarios..., cit., pág. 248. Por el contrario, GONZALEZ ORTEGA, S., "Los medios...", cit., pág. 440, no acepta la utilización de la mediación en la consulta porque "donde no es exigible el acuerdo no puede tener lugar la mediación".

³¹⁰. DEL REY GUANTER, S., Comentarios..., cit., pág. 248.

Los procedimientos

quedar al arbitrio de las partes, el acuerdo de éstas no legitimaría de forma absoluta cualquier actuación ni impediría una impugnación del acuerdo ante la instancia judicial que es la que al final ha de decidir sobre la corrección del contenido del acuerdo en este punto y su adecuación a la ley.

b) La voluntariedad de la mediación.

148. La mediación prevista en el antiguo art. 38 tenía un carácter voluntario, ya que el mismo indicaba que cualquiera de las partes, de forma unilateral, "podrá instar al nombramiento de un mediador que será nombrado de común acuerdo"³¹¹. Dicho carácter se ponía de manifiesto en dos momentos.

En primer lugar, a la hora de decidir acudir a este procedimiento de solución de conflictos (las partes "podrán instar el nombramiento de un mediador" decía el art. 38) lo que excluía toda obligatoriedad de someterse a la intervención del tercero ajeno al conflicto. Sin embargo, al otorgarse a las organizaciones sindicales la facultad para "instar el nombramiento de un mediador", se podía entender que su propuesta obligaba a la Administración a someterse a la mediación. En efecto, en la esfera

³¹¹. Defienden el carácter plenamente voluntario de la mediación prevista en el antiguo art. 38 GONZALEZ ORTEGA, S., "Los medios..", cit., pág. 434; DEL REY GUANTER, S., Comentarios... cit., pág. 249, subraya el carácter plenamente voluntario de la mediación; LOPEZ GANDIA, J., "La negociación..", cit., pág. 23.

Los procedimientos

jurídico-administrativa el término "instar" o "instancia" se utiliza para aludir al acto del interesado que promueve un procedimiento y que obliga a la Administración a resolver, a diferencia de la denuncia y la petición, que, aun procediendo también de un particular, se limitan, respectivamente, a poner en conocimiento del órgano competente un hecho que puede determinar o no la iniciación del procedimiento o solicitarle que lo incoe.

En segundo lugar, la voluntariedad se manifestaba también a la hora de elegir a la persona que hubiera de realizar la mediación, ya que el art. 38 recalcaba que su nombramiento sería efecutado "de común acuerdo". Por lo tanto, si se producía desacuerdo en torno a quien debía intervenir como mediador, la mediación tampoco podía tener lugar aunque se hubiera acordado incialmente realizarla.

Así, se podía entender que el legislador configuraba la mediación como un medio de solución de los conflictos de carácter voluntario, en el sentido de que no era obligatorio para las partes acudir a ella. Pero, si una de ellas y, en particular, las organizaciones sindicales, que son las más interesadas, proponían la mediación, la Administración venía obligada a remitir el conflicto a un tercero imparcial. Ciertamente, a ésta le bastaba con discrepar en la elección del tercero para barrenar el procedimiento de mediación sin haber entrado en materia. Sin

Los procedimientos

embargo, teniendo en cuenta que la buena fe es exigible durante todo el proceso negociador, tal conducta venía vedada por la vigencia de este principio. De este modo, se podía entender que se trataba de una mediación obligatoria dentro de un procedimiento que se iniciaba, desde luego, voluntariamente.

149. La modificación del art. 38 en este aspecto es profunda al verse alterado totalmente su contenido. El nuevo artículo no se refiere a la facultad de las partes para "instar el nombramiento de un mediador que será nombrado de común acuerdo", sino a la facultad de "nombrar de mutuo acuerdo un mediador o mediadores". De este modo, a diferencia de lo que sucedía antes, el carácter voluntario se manifiesta no sólo a la hora de decidir acudir a este procedimiento de solución del conflicto, sino también a la hora de contestar a la propuesta de la otra parte. La ley dice que las partes "podrán nombrar" y, en consecuencia, se entiende que el común acuerdo es necesario para la iniciación del proceso de mediación, de suerte que la propuesta de una de las partes de someterse a una mediación requerirá siempre el consentimiento de la otra para que pueda tener lugar. En este sentido, la mediación prevista en el nuevo art. 38 es claramente voluntaria.

150. Finalmente, el inicio del procedimiento de mediación no

Los procedimientos

significa que las partes no puedan controlar su evolución posterior³¹². Así, por ejemplo, cabe que éstas decidan, tras los primeros contactos, que no procede la continuación de la misma, o que es ya innecesario. Lo que si resulta claro es que, iniciado el proceso en los términos que se verán ahora, se continuarán siempre que una de ellas así lo estime conveniente; aunque en esta situación la posible operatividad de la mediación en relación a la obtención del acuerdo se verá drásticamente reducida por la oposición a la misma de una de las partes, si bien podrá cumplir otras funciones, derivadas de la publicidad del proceso, que más adelante se verán.

c) El procedimiento de mediación.

151. Es desde la perspectiva procedimental donde se dá el mayor cambio en la reforma del art. 38. Se han eliminado una serie de condicionamientos a priori sobre la forma en que debía realizarse la mediación. Así, en el antiguo 38 se establecía que "la negativa de las partes a aceptar las propuestas presentadas por el mediador habrá de ser razonada y por escrito, del que se enviará copia a ambas partes en el plazo de quince días". En la actualidad, el párrafo segundo del precepto en cuestión se remite a unas normas reglamentarias para determinar el procedimiento a que ha de

³¹². Así, GONZALEZ ORTEGA, S., "Los medios..", cit., pág. 434.

Los procedimientos

ajustarse la mediación, lo que guarda relación con la cláusula séptima, párrafo segundo, del A.N.C., si bien éste remitía dicha regulación a la autonomía colectiva. Sin embargo y como se verá en su momento, pese al tenor de la ley la regulación del procedimiento de mediación deberá llevarse a cabo a través de la negociación.

152. Mientras tanto, de la regulación de este precepto es posible extraer los siguientes rasgos procedimentales:

1º) La ley no señala un momento procesal concreto para iniciar el proceso de mediación, por lo que las partes pueden intentarla en cualquier momento a lo largo del proceso negociador³¹³, aunque lo lógico es hacerlo una vez se han agotado todas las posibilidades de acuerdo.

2º) De conformidad con el art. 38.1 de la L.O.R.A.P. son "las Administraciones Públicas" y los "Sindicatos a que se refieren los artículo 30 y 31.2." quienes acordarán la mediación y quienes elegirán, también de común acuerdo, al mediador o mediadores. Lo que no deja de plantear algunos problemas interpretativos.

Por parte de la Administración, la cuestión consiste en determinar cuál es la instancia en la que reside la decisión última

³¹³. En este mismo sentido, GONZALEZ ORTEGA, S., "Los medios..", cit., pág. 439.

Los procedimientos

acerca de la solicitud del mediador, su elección y la aceptación de sus propuestas. El legislador no especifica quien decide acudir a ella: si los "representantes", los órganos de gobierno o cualquiera de ambos³¹⁴. Probablemente, esta imprecisión sea simplemente fruto de un mero "descuido" del legislador. Sin embargo, podría ser valorada como una expresión deliberadamente indeterminada. Así, cabría entender que el legislador no prejuzga el órgano concreto que tiene atribuida la competencia, porque la mediación está prevista para resolver tanto los conflictos de intereses producidos a lo largo de la negociación colectiva como los conflictos de aplicación e interpretación de lo acordado que se planteen en el seno de las "comisiones de seguimiento de los Pactos y Acuerdos" a las que se refiere el art. 35 de la ley³¹⁵.

Podrán ser los representantes de la Administración en las Mesas si está dentro de sus atribuciones conforme a las instrucciones recibidas, en base al art. 37.1 de la L.O.R.A.P., del Gobierno³¹⁶. O estos mismos órganos en los casos de Acuerdos, dada la exigencia de aprobación expresa y formal de los mismos por ellos

³¹⁴. LOPEZ GANDIA, J., "La negociación..", cit., pág. 23, denuncia la ambigüedad de la ley en este aspecto de la mediación.

³¹⁵. DEL REY GUANTER, S., Comentarios..., cit., pág. 238, admite el recurso a la mediación para solucionar los conflictos que la interpretación y aplicación de los Pactos y Acuerdos planteen en el seno de las "comisiones de seguimiento".

³¹⁶. DEL REY GUANTER, S., Comentarios..., cit., pág. 445.

Los procedimientos

(art. 35), o bien el órgano administrativo con competencia para suscribir el Pacto, dada su vinculación directa a las partes (art. 35)³¹⁷.

Podría, quizás, pensarse que la opción acerca de la intervención del mediador, así como la elección concreta del mismo no requiere la intervención del Gobierno, toda vez que su papel se limita a hacer propuestas que, en primera instancia, deberán ser aceptadas por los representantes de la Administración. Por ello, podría concluirse que para que la mediación se ponga en marcha bastaría la decisión de estos últimos³¹⁸.

La ley reconoce la facultad de acudir a la mediación a los "Sindicatos a que se refieren los arts. 30 y 31.2", pero tampoco precisa la legitimación que la representación sindical debe acreditar para su ejercicio. Sin embargo, hay que entender por el

³¹⁷. En el mismo sentido, GONZALEZ ORTEGA, S., "Los medios..", cit., pág. 445.

³¹⁸. Por contra, GONZALEZ ORTEGA, S., "Los medios..", cit., pág. 445, señala que la competencia para decidir la intervención del mediador y su elección corresponde al órgano competente para suscribir los Pactos y Acuerdos, en cada caso. En este sentido, afirma que ni la L.O.R.A.P. no efectúa distinción alguna al respecto, ni el hecho de que las propuestas del mediador no deban ser necesariamente aceptadas hace menos relevante e incisiva la intervención del mediador. De alguna forma esta intervención significa alterar la mecánica normal de la negociación, atribuye facultades y competencias de dictamen sobre el conflicto a un tercero desplazando, el alguna medida, los criterios de solución del mismo a una instancia ajena a la negociación en sentido propio; dicha intervención tiene, además, una trascendencia especial y está dotada de un nivel de publicidad importante que no dejará de condicionar, por si misma, el desarrollo de la negociación y las posiciones de las partes en la misma. De aquí que haya que volver al criterio inicial reafirmando la necesidad de que ..

Los procedimientos

contexto en que se inscribe esta disposición, por su contenido y por mera lógica, que en este caso, a diferencia de lo que sucede con la convocatoria de la mesa negociadora, no es necesario el consenso de todas las organizaciones sindicales. El legislador reconoce la posibilidad de acudir a la mediación para resolver los conflictos surgidos en el seno de la mesa negociadora, por lo que esta facultad puede ser ejercitada por la representación sindical que forme parte de ella, independientemente del número de sindicatos que agrupe y de la representatividad de conjunto.

En definitiva, serán competentes para decidir la intervención del mediador y su elección, tanto de parte sindical como de la Administración, quienes estén legitimados para suscribir los Pactos o Acuerdos, en cada caso, y de acuerdo con el régimen de adopción de los acuerdos negociales³¹⁹. La adopción de este criterio se basa en el hecho de que, la aceptación de las propuestas del mediador requiere, por su trascendencia similar al acuerdo mismo, iguales requisitos.

3º) Un problema que se plantea es el de determinar las relaciones que existen entre el sistema de mediación en análisis y

³¹⁹. En términos similares GONZALEZ ORTEGA, S., "Los medios..", cit., pág. 445, quien señala que para que se ponga en marcha la mediación no es necesaria la unanimidad de todos los representantes de la Mesa ni basta con la iniciativa de una sola de las organizaciones sindicales, sino que es necesario un acuerdo con las mismas reglas que se exijan para la suscripción de los Pactos y Acuerdos, aunque no precisa cuáles son estas reglas.

Los procedimientos

la huelga. Es decir, determinar si el recurso a la mediación suspende el ejercicio del derecho de huelga, sobre todo cuando la propuesta de someterse a la mediación parte de las organizaciones sindicales. La ausencia de cualquier indicación legal al respecto, permite que la parte sindical adopte medidas de presión antes, durante o después de la mediación³²⁰. No obstante ello, el R.D.L.R.T. establece determinadas reglas que tratan de evitar interferencias recíprocas entre la huelga y el procedimiento de conflicto colectivo. Los arts. 17 y 18 prohíben "jugar a dos barajas", de modo que el ejercicio del derecho de huelga impide acudir simultáneamente al procedimiento de conflicto colectivo, ni por parte de los mismos trabajadores ni de los empresarios, suspendiéndose el segundo en el caso de iniciarse o mantenerse el primero, y hasta no desistan de él. Pues bien, en principio, podría pensarse que tal solución, al estar incluida en una norma que no es de aplicación en la Función Pública, no puede ser trasplantada a este supuesto. Sin embargo, al igual que se ha sostenido la posibilidad de aplicar en la Función Pública, de forma analógica, algunas de las reglas contenidas respecto de la huelga en el R.D.L.R.T., podría concluirse que una de ellas es la relativa a la imposibilidad de simultanear una huelga y el procedimiento de mediación. Sin embargo, debe significarse que el legislador, al impedir acudir simultáneamente al procedimiento de conflicto y a la

³²⁰. Así, DEL REY GUANTER, S., Comentarios..., cit., pág. 252.

Los procedimientos

huelga trataba de compaginar el arbitraje de la autoridad laboral que se instauraba en la segunda fase del procedimiento con el derecho de huelga³²¹. En cambio, aquí la mediación tan sólo es un instrumento auxiliar de la negociación, ya que la intervención del tercero no es dirimente. Por consiguiente, y dado que la huelga en un instrumento de presión en el proceso de acuerdo, debe tener un espacio en esta fase de negociación asistida.

4º) Otro orden de problemas se plantea en relación con la designación del mediador o mediadores³²². Nada dice tampoco la L.O.R.A.P. en relación a ello, salvo que ha de ser de común acuerdo. Lo que permite concluir que las partes, en principio, tienen total libertad para designar a la persona, entidad u organismo que estimen conveniente, ya sea público o privado³²³. Ahora bien, como uno de los requisitos imprescindibles para los buenos oficios de un mediador es, según establece el Convenio nº 151 de la O.I.T., su imparcialidad, la mediación ha de tener

³²¹. El art. 25.b) del R.D.L.R.T., como se recordará, preveía la posibilidad de que, en el procedimiento de conflictos colectivos, la Autoridad laboral pudiera dictar una resolución, llamada por el propio R.D.L.R.T. "laudo de obligado cumplimiento", que pusiera fin a un conflicto colectivo de intereses, planteando para modificar las condiciones de trabajo. Tales laudos, además, tenían fuerza ejecutiva inmediata (art. 26 R.D.L.R.T.)

³²². La posibilidad de pluralidad de mediadores ha sido introducida por la reforma. Circunstancia que ha merecido la crítica de DEL REY GUANTER, S., "La nueva..", cit., pág. 17., al decir que: "La mediación es esencialmente una labor personal -unipersonal, para ser más concreto-, que se basa principalmente en las características y técnicas de un individuo, que actúa en base a su conocimiento, intuición y, sobre todo, a su "crédito personal" respecto a las partes. Su aceptabilidad y, más aún, la confidencialidad en todo el proceso no parece que puedan normalmente desarrollarse en toda su extensión con varios mediadores".

³²³. En la misma línea, GONZALEZ ORTEGA, S., "Los medios..", cit., pág. 447.

Los procedimientos

carácter privado, esto es, el tercero no puede ser una autoridad pública³²⁴, salvo que esté desvinculada del sector en conflicto³²⁵, en tanto que, objetivamente, su conexión con una de las partes -la Administración Pública- sería evidente.

5º) El mediador tendrá como función formular propuestas y recomendaciones a las partes. Hay que subrayar que el art. 30.1, en su versión original, señalaba que el mediador "podrá formular la correspondiente propuesta", lo cual parecía indicar que, aunque su intervención estaba tendencialmente dirigida a ello, no siempre tenía que ser este el caso -bien porque hubiera acuerdo sin necesidad de propuesta bien porque el mediador lo considerase innecesario, inoportuno o inútil-³²⁶. El nuevo art. 38 establece que "las propuestas del mediador y la oposición de las partes, en su caso, deberán hacerse públicas de inmediato", con lo cual tras la reforma, se parte de la base de que el mediador tiene que hacer propuestas³²⁷. Ello no obstante, nada impide que el mediador realice tareas de acercamiento entre las partes y propuestas

³²⁴. Así, DEL REY GUANTER, S., Comentarios..., cit., pág. 249; OJEDA AVILES, A., "La negociación...", cit., pág. 32.

³²⁵. Así, GONZALEZ ORTEGA, S., "Los medios...", cit., pág. 447. En contra, OJEDA AVILES, A., "La negociación...", cit., pág. 32.

³²⁶. DEL REY GUANTER, S., Comentarios..., cit., pág. 250. En términos similares se expresa GONZALEZ ORTEGA, S., "Los medios...", cit., pág. 434, para quien el inicio del procedimiento no significa que las partes no puedan controlar su evolución posterior.

³²⁷. Así, DEL REY GUANTER, S., "La nueva...", cit., pág. 171.

Los procedimientos

provisionales de mediación no definitivamente articuladas como preparación para la mediación formalizada que le exige el art. 38 de la L.O.R.A.P. Así pues, el auténtico proceso de formalización de la mediación sólo se inicia en lo que llamaríamos la última fase de la misma, cuando posiblemente ya se han producido contactos informales entre el mediador y las partes y se han cruzado entre ellos determinadas propuestas y contrapropuestas no definitivas.

6º) Es en la recta final de la mediación donde se da el mayor cambio. En el antiguo art. 38 se establecía que "la negativa de las partes a aceptar las propuestas presentadas por el mediador habrá de ser razonada y por escrito, del que se enviará copia a ambas partes en el plazo de quince días". De este modo, tanto las propuestas del mediador como las respuestas de las partes a dichas propuestas en caso de rechazo de las mismas debían formalizarse por escrito. Además, el rechazo de las mismas debía ser fundamentado, esto es arguyendo las razones que movían a las partes (o sólo una de ellas) a dicho rechazo: arguyendo tanto genéricamente como en relación a los puntos concretos objeto de conflicto. De dichas propuestas se debía enviar copia a las partes, buscando con ello el mayor y más directo conocimiento por cada una de ellas de las posiciones de la contraparte.

El nuevo art. 38 ha eliminado todos estos condicionamientos a

Los procedimientos

priori sobre la forma en que debía realizarse la mediación, remitiéndose en este tema a unas normas reglamentarias; más allá de que se pretenda no prejuzgar el desarrollo reglamentario, parece clara la voluntad de atenuar la anterior rigidez y de introducir un talante más flexibilizador en la materia. No obstante ello, las propuestas del mediador, al igual que la negativa de las partes a aceptarlas, han de ser hechas públicas, lo que parece al menos exigir una determinada posición escriturada³²⁸. Con lo cual, tras la reforma, si bien se elimina el requisito de que la opinión haya de ser razonada y por escrito, lo cierto es que se da una continuidad en la filosofía básica del precepto. En efecto, en ambas redacciones del precepto se piensa exclusivamente en un tipo de mediación determinada, que se define por su carácter "formal" y "publicado".³²⁹

7º) Operada la mediación, ésta sólo puede finalizar de dos maneras: o bien con el fracaso de la misma, sin lograr la solución del conflicto, o bien con su éxito, dada la aceptación de las propuestas del mediador por las partes.

El fracaso de la mediación puede tener lugar en varios

³²⁸. Las propuestas que tengan carácter final, aunque no se diga expresamente, se sobreentiende que han de realizarse por escrito, ya que, de lo contrario, se dificultaría la exigencia de que la oposición sea por escrito y, sobre todo, razonada. Así, DEL REY GUANTER, S., "La nueva..", cit., pág. 251.

³²⁹. Así, DEL REY GUANTER, S., "La nueva..", cit., pág. 17.

Los procedimientos

momentos a lo largo del proceso de su puesta en práctica. Bien al inicio, esto es, cuando suscitada su conveniencia por una de las partes, la otra no acepta esa sugerencia, negándose a dar, su consentimiento a la intervención de un mediador; bien, ya acordada la mediación, porque las partes no se pongan de acuerdo en la designación de la persona que haya de llevarla a cabo; bien, por último, porque las partes (o una de ellas) no aceptan las propuestas del mediador.

En este último supuesto, el legislador exige que el rechazo de las propuestas del mediador se haga público de inmediato. Este último requisito sirve para un triple objetivo³³⁰. En todos estos casos, el conflicto de intereses permanece abierto, por lo que se deberá intentar su solución a través de otras vías: la continuación de la negociación, un nuevo intento de mediación o a través de la decisión administrativa.

Por el contrario, la mediación tendrá éxito cuando las partes acepten las propuestas del mediador. Dicho acuerdo de aceptación deberá reunir los mismos requisitos de legitimación y de mayorías que son exigibles para la conclusión de los propios Acuerdos o Pactos previstos en el art. 35 de la L.O.R.A.P.

³³⁰. Sobre estos objetivos, cfr. DEL REY GUANTER, S., Comentarios..., cit, págs. 250 y ss.

Los procedimientos

d) La naturaleza y régimen jurídico de los actos de mediación.

153. Finalmente, señalar que es evidente que la aceptación de las propuestas del mediador habrá de integrarse en un Pacto o, en su caso, en un Acuerdo, que poseen idéntica naturaleza y eficacia jurídicas que el acuerdo directo de las partes³³¹. Por consiguiente, su régimen jurídico será el mismo que el previsto para los Pactos y Acuerdos.

B) La regulación unilateral de las condiciones de trabajo.

154. El apartado segundo del art. 37 de la L.O.R.A.P. establece que corresponderá al Gobierno "establecer las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos en los casos en que no se produzca acuerdo en su negociación o no se alcance la aprobación expresa y formal a que alude el art. 35" de la misma L.O.R.A.P.

a) La adecuación constitucional de la opción legal.

155. El legislador establece un mecanismo que no tiene paralelo en el sector laboral, que confiere a la Administración grandes posibilidades de actuación para integrar las condiciones de

³³¹. En el mismo sentido, GONZALEZ ORTEGA, S., "Los medios..", cit., pág. 448.

Los procedimientos

trabajo de los funcionarios en los supuestos en los que el ejercicio de la autonomía colectiva se muestra incapaz de llevar a cabo una regulación autónoma. Se ha afirmado que "estamos ante una especie de arbitraje", pero con la particularidad de que el "arbitro" es una de las partes en la negociación³³². Otras opiniones excluyen expresamente el término arbitraje para hablar, en su lugar, de "laudo de obligado cumplimiento", precisamente por la falta de neutralidad del supuesto arbitro subrayando su condición de "límite unilateral a la autonomía sindical"³³³. Sin embargo, como se subraya de forma correcta a nuestro juicio, la decisión administrativa más que un arbitraje o un laudo de obligado cumplimiento, es una facultad normativa subsidiaria que entra en juego en defecto de la negociación que es la llamada en primer lugar a cumplir esa función³³⁴. La determinación de las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos pertenece originariamente a la Administración Pública en razón de la implicación en la misma de intereses generales. El legislador le obliga a compartir dicha facultad con los representantes sindicales de los funcionarios. Pero, en la medida en que esa regulación compartida no se haga efectiva, la Administración recupera su originaria facultad

³³². DEL REY GUANTER, S., Comentarios..., cit., pág. 244.

³³³. RODRIGUEZ PIÑERO, M., "La negociación..", cit., pág. 7; OJEDA AVILES, A., "Los derechos..", cit., pág. 28. Arbitraje obligatorio lo denomina BLASCO ESTEVE, A., op. cit., pág. 534.

³³⁴. Así, GONZALEZ ORTEGA, S., "Los medios..", cit., pág. 456.

Los procedimientos

normativa, regulando por si misma y unilateralmente esas mismas condiciones de trabajo.

156. Esto no ocurre en el sector laboral, donde mientras no se alcance el acuerdo entre las partes, el conflicto permanece abierto, sin que ninguna de ellas pueda imponer unilateralmente su voluntad a la otra³³⁵. Ello podría llevar a la conclusión de la inconstitucionalidad de la decisión administrativa prevista en el art. 37.2 de la L.O.R.A.P. por limitadora y contraria al derecho a la negociación colectiva. Algunos argumentos pueden, sin embargo, oponerse a esta conclusión.

A este respecto, debe recordarse una vez más que el fundamento constitucional de este derecho no puede encontrarse sino en el art. 28.1, en cuando contenido esencial de la libertad sindical. Pero con la salvedad importante de que la regulación de ese derecho a la negociación colectiva, en base a las peculiaridades señaladas por el propio 28.1, queda a la discrecionalidad del legislador ordinario, el cual podrá optar por diferentes alternativas o fórmulas de concreción de ese derecho. Esa concreción se ha producido en la L.O.L.I.S. y, sobre todo, en la L.O.R.A.P., donde se establecen las peculiaridades de la negociación colectiva

³³⁵. Así, por ejemplo, la S.T.S.J. de Castilla y León de 5 de marzo de 1.991 señala que ninguna de las partes puede modificar unilateralmente lo pactado en convenio colectivo.

Los procedimientos

laboral; y la existencia de la decisión administrativa como medio de finalización del conflicto es una de ellas³³⁶. Téngase en cuenta, a este respecto, que la Administración Pública, al intervenir como parte en la negociación no lo hace sólo en condición de parte empleadora sino que lo hace también en cuanto garante de los intereses generales, cuya tutela le viene encomendada. De este modo, una vez fracasada la negociación, la Administración Pública se transforma en su función de parte "empleadora" a Estado dotado de "imperium" para garantizar los intereses generales³³⁷. En este sentido, hay que señalar que, a diferencia de lo que sucede en el sector laboral, el fracaso de las negociaciones determina la inexistencia de una normativa aplicable a las relaciones jurídico-funcionariales. La legislación laboral arbitra otras técnicas para suplir el déficit de autonomía negocial: las reglamentaciones de trabajo, el arbitraje voluntario dentro del procedimiento de conflicto colectivo, la extensión o la adhesión a otro convenio. En la Función Pública, por el contrario, el bloque de legalidad, en ausencia de Pactos y Acuerdos, se reduce a la ley; ley que en la mayoría de los casos no podrá ser aplicada sin el complemento indispensable de aquellos. Lo cual produciría efectos negativos graves sobre el funcionamiento de los servicios

³³⁶. Así, GONZALEZ ORTEGA, S., "Los medios...", cit., pág. 454.

³³⁷. Veáanse DEL REY GUANTER, S., Comentarios..., cit., pág. 244; GONZALEZ ORTEGA, S., "Los medios...", cit., pág. 455.

Los procedimientos

públicos gestionados por los funcionarios públicos afectados por el conflicto de intereses.

Todo ello justifica la diferente posición de cada parte en la negociación y la atribución a una de ellas de facultades como la decisión administrativa en caso de fracaso de la negociación que serían incompatibles en una negociación colectiva entre sujetos privados, jurídicamente iguales. Sin embargo, la valoración ha de ser negativa "si, en vez de considerarse como recurso último y en circunstancias especiales, se transforma en la forma habitual de resolver los naturales "impases" y confrontaciones de opiniones que se produce en todo proceso de negociación, esto es, en un mecanismo "natural" de neutralización del derecho de la parte sindical funcionarial a la negociación colectiva"³³⁸. En definitiva, se trata de un límite "unilateral" a la autonomía colectiva y que, en cuanto tal, ha de ser restrictivamente interpretado³³⁹.

b) Los requisitos de licitud.

157. Como se ha ido viendo a lo largo de la presente exposición, son condiciones esenciales para el ejercicio legítimo de esta prerrogativa las siguientes circunstancias: 1º) Que la

³³⁸. DEL REY GUANTER, S., Comentarios... cit., pág. 244.

³³⁹. DEL REY GUANTER, S., Comentarios... cit., pág. 245.

Los procedimientos

actitud cerrada de los sindicatos al compromiso no se justifique en alguna de las causas excluyentes del deber de negociar; 2º) Que la imposibilidad de llegar a un acuerdo no sea imputable a una violación de la obligación de negociar de buena fe a cargo de los representantes de la Administración³⁴⁰; 3º) Que la negociación haya tenido la oportunidad de desarrollarse adecuadamente y por un tiempo prudencial y suficiente, atendiendo, entre otros factores, a la naturaleza de lo que se pretende pactar, su trascendencia y complejidad, el ámbito de la negociación; 4º) Que se hayan agotado todas las posibilidades de negociación³⁴¹; y 5º) Que se produzca después de haber remitido sin éxito la solución del conflicto a la mediación de un tercero, al menos, cuando la parte sindical haya instado el nombramiento de un mediador³⁴².

Estas condiciones han de elevarse a la categoría de "sine qua non", en tanto que la mera desaparición de una de ellas volvería a otorgar al Gobierno la absoluta discrecionalidad en la determinación de las condiciones de trabajo de los funcionarios con

³⁴⁰. DEL REY GUANTER, S., Estado... cit., pág. 155.

³⁴¹. En la misma línea, CARRERA ORTIZ, C., op. cit., pág. 275, afirma que el Gobierno "no puede regular por sí materias que son objeto de negociación mientras ésta siga abierta".

³⁴². En este mismo sentido, GONZALEZ ORTEGA, S., "Los medios ..", cit., pág. 462, pese a que en un principio entiende que la "mediación" del art. 38 es un procedimiento enteramente voluntario, defiende que la decisión administrativa unilateral sólo cabe "cuando se han utilizado, o intentado al menos sin éxito, otros medios de solución del conflicto que, como la mediación o la conciliación, no suplantán la decisión de las partes y ayudan a facilitar el acuerdo".

Los procedimientos

el consiguiente perjuicio del derecho a la negociación de estos últimos. Si fuera este el caso, la parte sindical podrá solicitar la retirada del proyecto unilateral o exigir ante la jurisdicción contencioso-administrativa la declaración de su nulidad, si hubiera sido ya aprobado por el Gobierno, y que se obligue a la Administración a negociar.

158. Otras circunstancias también influyen, a favor o en contra, de la decisión administrativa. Así, en primer lugar, el recurso a la huelga por parte de los funcionarios. En principio, hay que indicar que la sola existencia de la huelga no es razón suficiente para considerar fracasada la negociación de las condiciones de empleo en la Función Pública³⁴³. De una parte, porque de estimarse lo contrario, es estaría utilizando la decisión administrativa como un instrumento de limitación del derecho de huelga; la huelga es en si misma una incidencia de la negociación, un instrumento de presión en el proceso de acuerdo y debe, lógicamente, tener un espacio en el que desarrollarse. No obstante, la intensidad y duración de la huelga si pueden influir haciendo necesaria la decisión administrativa. Así, cabe pensar que ante conflictos colectivos demasiado prolongados en el tiempo o en el que las posiciones de las partes son claramente inconciliables, con efectos negativos graves sobre la economía nacional o sobre el

³⁴³. Véanse las reflexiones de GONZALEZ ORTEGA, S., "Los medios..", cit., págs. 458-459.

Los procedimientos

normal funcionamiento de los servicios públicos afectando a la prestación de servicios esenciales de la comunidad, que son los presupuestos previstos para la imposición del arbitraje obligatorio regulado por el art. 10.1 del R.D.L.R.T., se podría recurrir al art. 37.2.

Ahora bien, la decisión administrativa puede producirse aún en el caso de que la huelga sea de escasa duración, que sus consecuencias no sean particularmente graves, que las posiciones de las partes no sean absolutamente inconciliables y que el conflicto no afecte a la economía nacional o, de manera paralelamente grave, al normal funcionamiento de la Administración Pública. Pese, pues, a la posible escasa gravedad del conflicto y a la ausencia de afectación de relevancia de los intereses generales, la decisión administrativa puede producirse, siempre que se cumplan los requisitos arriba señalados.

159. De otra parte, la urgencia y la necesidad objetiva de la regulación de la materia puede también influir haciendo necesaria la decisión administrativa antes que en otras negociaciones sobre materias que ni es urgente disciplinar, o que pueden permanecer sin regulación pese a la inexistencia de acuerdo, aplazándose para

Los procedimientos

negociaciones posteriores³⁴⁴. En este último caso, el fracaso de la negociación no tiene por qué llevar, necesariamente, a la decisión administrativa, ésta interviene sólo cuando la negociación ha fracasado, pero este fracaso puede no ser por si solo razón suficiente para ello.

c) La naturaleza y el contenido de la decisión administrativa.

160. En la versión original de la L.O.R.A.P. el tema de la naturaleza de la decisión administrativa era sencillo ya que la negociación sólo versaba sobre las materias incluidas en la esfera del poder reglamentario de la Administración. La cuestión es, ahora, más complicada desde el momento en que la negociación colectiva se extiende también a las materias reservadas a la ley. En este sentido habrá que distinguir en función del rango normativo necesario para regular la materia objeto de negociación. Así, la naturaleza de la decisión administrativa será reglamentaria cuando supla la falta de acuerdo en la negociación sobre materias de la competencia de la Administración del Estado³⁴⁵. Si, por el contrario, la competencia no es de ésta sino del legislador, su naturaleza será la de un simple proyecto de ley.

³⁴⁴. Así, DEL REY GUANTER, S., Comentarios..., cit., pág. 244; GONZALEZ ORTEGA, S., "Los medios..", cit., pág. 457.

³⁴⁵. DEL REY GUANTER, S., Comentarios..., cit., pág. 236; GONZALEZ ORTEGA, S., "Los medios..", cit., pág. pero también puede ser de decreto legislativo.

Los procedimientos

161. En cuanto al significado del término "Gobierno" parece que por tal pretende la ley referirse no sólo al Consejo de Ministros sino también a los Ministros que negocian y firman los Acuerdos y los Pactos en nombre de la Administración. En efecto, la ley no altera el sistema de competencias en materia de personal, por lo que la competencia normativa debe ser ejercitada por aquel órgano que de acuerdo con la L.M.R.F.P. la tenga atribuida. En definitiva, la competencia corresponde al Consejo de Ministros o al Ministro que corresponda por la materia. La referencia al "Gobierno" se explica porque este precepto está contemplando tanto el supuesto de fracaso de la negociación de los Pactos y Acuerdos como la falta de aprobación de estos últimos.

162. Mayores problemas plantea, en cambio, lo relativo al contenido de la decisión, así como a su ámbito de aplicación personal, funcional, territorial y, sobre todo, temporal. A este respecto, es conveniente traer a consideración varias premisas, las cuales coherentemente relacionadas pueden facilitar la solución. Así, en primer lugar, cabe destacar el carácter subsidiario de la decisión administrativa en relación a los Acuerdos y Pactos. Y, en segundo lugar, que el fracaso del proceso negociador puede ser total o parcial, esto es, puede darse en relación a todas las materias fijadas por las partes al inicio de las negociaciones o, en su caso, incorporadas a la negociación durante el transcurso de

Los procedimientos

las deliberaciones o sólo en relación a alguna o algunas de ellas.

163. Una vez precisadas estas observaciones, se pasa a resolver el problema planteado. A este respecto, pueden hacerse las siguientes reflexiones:

1ª) En principio, el procedimiento administrativo se aparta notablemente del principio de congruencia, ya que, según los arts. 94 y 119 L.P.A., la resolución del mismo, aunque, por supuesto, debe ser congruente con las peticiones formuladas por los interesados, puede resolver otras cuestiones que resultan del expediente hayan sido o no alegadas por éstos³⁴⁶. Sin embargo, al igual que en el arbitraje viene exigido el respeto al principio de congruencia, la decisión administrativa debe resolver el conflicto teniendo en cuenta los temas incluidos en el orden de convocatoria de la mesa o, en su caso, incorporados a la negociación durante el transcurso de las deliberaciones³⁴⁷. Es decir, la parte pública no puede ampararse en la oposición de los sindicatos a aceptar sus propuestas sobre los temas debatidos en el seno de la mesa negociadora para regular otros temas. De otro modo, quedaría a su

³⁴⁶. Sobre las modulaciones del principio de congruencia en el procedimiento administrativo cfr. GARCIA DE ENTERRIA, E. y RAMON FERNANDEZ, T., Curso de Derecho Administrativo, Tomo II, Madrid, 1.987, pág. 429.

³⁴⁷. En términos similares se expresa GONZALEZ ORTEGA, S., "Los medios..", cit., pág. 463.

Los procedimientos

arbitrio la propia posibilidad de negociación colectiva, lo que, evidentemente, resulta incompatible con el reconocimiento del derecho a negociar colectivamente las condiciones de empleo.

Cuestión distinta es el condicionamiento que la posición adoptada por la Administración durante la negociación pueda ejercer sobre el contenido de la decisión administrativa. En principio, la Administración no queda vinculada por la oferta que pudiera haber realizado durante el proceso de negociación³⁴⁸. Ahora bien, sería contrario al deber de negociar de buena fe y supondría un ejercicio abusivo de la facultad que el art. 37.2 de la ley reconoce a la Administración, si ésta pudiera regular la materia en un sentido radicalmente diverso al que constituyó el contenido de la propuesta que haya realizado, ya que pudiera ser que la parte sindical, de haber tenido conocimiento de ello, habría aceptado la oferta inicial³⁴⁹.

2ª) En segundo lugar, la decisión administrativa sustitutoria o supletoria del Pacto o, en su caso, del Acuerdo sólo podrá regular aquellas materias que no hayan sido objeto de acuerdo, ya

³⁴⁸. Así, GONZALEZ ORTEGA, S., "Los medios..", cit., pág. 464. A este respecto, es ilustrativa la doctrina sentada en la S.T.C.T. de 25 de enero de 1.989, según la cual, interrumpida la negociación por la empresa, después de hacer oferta bajo determinada condición no aceptada, si bien subsiste el deber de negociar, tal deber no se extiende, por el contrario, al mantenimiento de la citada oferta.

³⁴⁹. GONZALEZ ORTEGA, S., op. ult cit., pág. 464.

Los procedimientos

que es posible que el fracaso de la negociación sea sólo parcial³⁵⁰

3ª) La decisión administrativa ha de ceñirse al contenido normativo de los Pactos y Acuerdos, tal y como se configura en los diferentes apartados del art. 32, sin que pueda contener disposiciones de carácter obligatorio. La decisión administrativa no puede mantener los compromisos asumidos por las partes durante el proceso negociador para garantizar el cumplimiento de los Pactos y Acuerdos a los que viene a sustituir. En efecto, el art. 37.2 habla de "establecer las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos..". La expresión legal parece que se está refiriendo al contenido normativo. La exclusión en bloque de la denominada parte obligacional de los Pactos y Acuerdos del contenido potencial de la decisión administrativa precisa, sin embargo, de mayores matizaciones.

Partiendo de la clásica distinción de cláusulas obligacionales en tres bloques: de administración de los acuerdos, de tregua, de organización de la actividad contractual. Desde este esquema, la inaplicabilidad de las estipulaciones pertenecientes al primer grupo no parece objetable. La decisión administrativa ni es una norma paccionada ni se gestiona como tal, y, por lo mismo, no puede contener disposiciones constitutivas para la administración

³⁵⁰. En el mismo sentido, GONZALEZ ORTEGA, S., "Los medios..", cit., pág. 463.

Los procedimientos

conjunta. Indiscutible es, igualmente, la exclusión de las cláusulas de tregua, en cualquiera de sus modalidades. Las cláusulas obligacionales en sentido estricto, es decir, el deber de paz en todo aquello que ponga medios de presión en la negociación, no son incluibles en la decisión administrativa porque este deber es una cláusula de garantía que los negociadores se imponen para mantener la vida y vigencia de los Pactos y Acuerdos. Pero cuando la norma viene impuesta por la Administración Pública obliga, no por el deber de paz, sino por la decisión administrativa. Lo contrario supondría una manifiesta infracción de los derechos colectivos de los afectados y singularmente del derecho de huelga.

Tales observaciones, sin embargo, no son predicables de ciertas estipulaciones o cláusulas de organización de la actividad contractual. Dentro de este bloque es posible distinguir, a su vez, dos grupos diferentes de cláusulas: de un lado, aquellas que disciplinan la actividad contractual de las partes que suscriben los Pactos y Acuerdos; de otro, están aquellas que regulan la estructura de la negociación colectiva en el ámbito de la Función Pública. Desde este esquema, la exclusión de las cláusulas pertenecientes al primer grupo se fundamenta en la misma razón que las cláusulas de administración de los acuerdos; la decisión administrativa no es una norma paccionada y, en consecuencia, no puede contener disposiciones organizatorias de la actividad

Los procedimientos

negocial de las partes. Que la decisión administrativa incorpore prescripciones referentes a la estructura de la negociación en los niveles inferiores no contraría los presupuestos materiales sobre los que reposa la institución del arbitraje de parte, antes bien, es una consecuencia lógica.

4ª) Por último, del mismo modo que la ley exige un contenido mínimo obligatorio a los Pactos y Acuerdos, la decisión administrativa deberá especificar su ámbito personal, funcional y territorial, así como su plazo de vigencia³⁵¹. En relación a lo primero, dicho ámbito deberá abarcar por respeto al principio de congruencia al colectivo funcional al que el Acuerdo o Pacto hubiera sido aplicable³⁵². Por lo que se refiere a lo segundo -el plazo de vigencia- la cuestión es más compleja. En principio, y teniendo en cuenta que la ley establece la cadencia anual de las negociaciones, la decisión administrativa deberá tener una vigencia anual, con la posibilidad de que esa regulación sea sustituida por un Acuerdo o Pacto durante el siguiente proceso negociador³⁵³. La subsidiariedad atribuye a la decisión administrativa un carácter provisional que debe encontrar refrendo en la temporalidad de la

³⁵¹. GONZALEZ ORTEGA, S., "Los medios..", cit., pág. 462.

³⁵². GONZALEZ ORTEGA, S., "Los medios..", cit., pág. 462.

³⁵³. GONZALEZ ORTEGA, S., "Los medios..", cit., pág. 463, afirma que la decisión administrativa deberá entenderse de duración indefinida hasta tanto esa regulación no sea sustituida por un Acuerdo o Pacto, lo que podría suceder en cualquier momento de su vigencia.

misma.

II. LA FASE DE APROBACION "EXPRESA Y FORMAL" DEL ACUERDO POR EL CONSEJO DE MINISTROS.

164. El Acuerdo para alcanzar la "validez y eficacia" precisa la concurrencia de la voluntad del Consejo de Ministros, por lo que el procedimiento no termina hasta que éste otorga su "aprobación expresa y formal". Pero antes de analizar este acto desde la perspectiva procedimental, es imprescindible examinar su naturaleza jurídica porque esta cuestión, aparte de su indudable interés doctrinal, tiene unas consecuencias prácticas muy importantes, pues de como se resuelva depende el régimen jurídico aplicable al acto de aprobación, la forma que ha de revestir,.. etc. Conviene notar que la indagación sobre la naturaleza jurídica del acto de aprobación ofrece unas consecuencias que trascienden las que en estos momentos centran el trabajo. La calificación jurídica importa para resolver no sólo los problemas planteados, sino, además, para conocer las causas de desaprobación del Acuerdo, para determinar si es posible o no una actividad dispositiva sobre el mismo,..etc. El tema tiene enorme interés y merece un enunciado elaborado.

1. La naturaleza del acto de aprobación.

165. La cuestión referente a la naturaleza del acto de aprobación del Acuerdo por el Consejo de Ministros era más sencilla en la versión original de la L.O.R.A.P., ya que todas aquellas materias cuya regulación tuviera una reserva de ley o

Los procedimientos

carácter anual, en la fecha que de común acuerdo fijen el Gobierno u órgano de gobierno de las restantes Administraciones Públicas y los sindicatos más representativos a nivel estatal y de Comunidad Autónoma, según lo dispuesto en los artículos 6 y 7 de la Ley Orgánica 11/1.985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical, y comprenderá, de entre las materias relacionadas en el artículo anterior las que ambas partes estimen oportuno".

6. No obstante, y antes de entrar en el examen de esta fase del procedimiento, conviene abordar siquiera sumariamente, el tema de la iniciación del procedimiento de elaboración de las disposiciones de carácter general y del proceso negociador estatutario.

7. De las dos formas de iniciación del procedimiento que, admite con carácter general, el art. 67 de la L.P.A. -de oficio o a instancia de persona interesada-, el procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general por su naturaleza especial únicamente puede incoarse de oficio (art. 129.1 L.P.A.)⁸⁸. En consecuencia, se inicia "por acuerdo del órgano competente, bien por propia iniciativa o como consecuencia de orden superior", o de

⁸⁸. Según el art. 129 el procedimiento "se iniciará por el Centro directivo correspondiente, con los estudios e informes previos que garanticen la legalidad, acierto y oportunidad de aquellos, con arreglo a lo dispuesto en el presente capítulo y en el capítulo I del título I". Ver, por todos, GONZALEZ PEREZ, J., Comentarios..., cit., pág. 1.144.



Los procedimientos

"moción razonada de los subordinados" (art. 68 L.P.A.). Lo cual supone que el procedimiento se inicia por decisión del órgano competente para la aprobación de la disposición que se trata de elaborar, del Ministro o Ministros del Departamento o Departamentos a los que corresponda por la materia, aun cuando la competencia para la aprobación de la disposición corresponda al Consejo de Ministros o de las Secretarías Generales técnicas⁸⁹. El órgano competente puede adoptar el acuerdo, bien por propia iniciativa o como consecuencia de orden del superior o de moción razonada de los inferiores. Dicho acuerdo puede revestir la forma de simple orden de que se realicen los estudios y trabajos necesarios para la elaboración de la disposición o de un anteproyecto ya elaborado que se ha de someter a los trámites previstos en la ley para asegurar "la legalidad, acierto y oportunidad", según señala el art. 129.1 L.P.A.⁹⁰.

8. El procedimiento convencional comienza con el ejercicio de la facultad de iniciativa negociada por parte legitimada para la unidad de negociación dirigida a la otra, a la que reputa también legitimada, invitándola a negociar (art. 89.1 E.T.). La iniciativa se plasma "en la comunicación, que deberá hacerse por escrito", con el siguiente contenido mínimo: 1º) la representación que se ostenta

⁸⁹ Vid. GONZALEZ PEREZ, J., Comentarios..., cit., pág. 1.144.

⁹⁰ Así, GONZALEZ PEREZ, J., Comentarios..., cit., págs. 1.144-1.145.

Los procedimientos

su fuerza normativa deriva de la autonomía contractual reconocida a las partes para regular las condiciones de trabajo de los funcionarios y no del acto de aprobación, cuya misión se limita a perfeccionar o integrar la norma jurídica elaborada en vía negociada.

Dentro de esta corriente doctrinal, a su vez, se ofrecen diversas teorías explicativas que van desde la que asimila el acto de aprobación a la autorización de los contratos administrativos más significativos por el Consejo de Ministros³⁵⁶, hasta la posición que defiende su similitud con la "homologación" de los convenios colectivos del sistema laboral anterior³⁵⁷.

A) Argumentos.

170. Los argumentos que podrían dar pie a considerar que el acto de aprobación es un acto administrativo y no un reglamento serían los siguientes:

³⁵⁶. Para OJEDA AVILES, A., "Validez..", cit., pág. 299, los Acuerdos son contratos administrativos especiales, y, en consecuencia, "la naturaleza jurídica del acto de aprobación no cabe definirla como acto normativo, sino como acto de autorización, un nivel mucho más burocrático e interno de actuación que el de la aprobación del órgano supremo administrativo, la cual resta sin embargo como un trámite interno un mecanismo de seguridad por el cual se comprueba que los representantes de la mesa negociadora han operado conforme a los deseos del órgano competente en esas materias".

³⁵⁷. CARRERA ORTIZ, C., op. cit., pág. 271; DEL REY GUANTER, S., Comentarios..., cit., pág. 233. En este sentido, se argumenta que el acto formal del Gobierno se configura como un acto de aprobación expresa, mediante el cual aquel lleva a cabo un control de la legalidad y oportunidad del Acuerdo y lo convalida, deviniendo en norma jurídica es sus propios términos.

Los procedimientos

En primer lugar, y desde la óptica del procedimiento, el que el proceso negociador se inicie en la fecha y verse sobre las materias que, de común acuerdo, decidan la partes mencionadas en el art. 33 de la L.O.R.A.P. Esta circunstancia sirve para rebatir la idea del hipotético reglamento en que el acto de aprobación pudiera consistir, ya que la facultad reglamentaria sólo puede iniciarse de oficio (art. 129.1 L.P.A.)³⁵⁸.

En segundo lugar, porque la ley sólo habla de "aprobación expresa y formal", sin que para nada se exiga que ésta deba realizarse mediante la emanación de un Decreto, que es la forma que han de revestir los acuerdos del Consejo de Ministros que aprueban las disposiciones de carácter general de su competencia³⁵⁹. La no exigencia de que tal aprobación deba manifestarse jurídicamente en forma de Decreto hace pensar que el acuerdo por el que se adopta no encierra una norma o, más concretamente, un reglamento. El acto formal del Gobierno se configura como un acto de aprobación expresa mediante el cual que el convalida el Acuerdo, deviniendo en sus propios términos, sin necesidad de verse traducido en una norma reglamentaria.

En tercer lugar, porque lo que se publica en el Boletín

³⁵⁸.. Vid. DURAN LOPEZ, F., "La extensión de convenios colectivos: naturaleza y competencias de las Comunidades Autónomas", R.L., núm 4, 1.988; PEREZ AMOROS, M., "La naturaleza jurídica del acto de extensión del convenio colectivo"; T.L., núm. 12, 1.987, pág. 61., quienes alegan este argumento para rebatir el carácter reglamentario del acto de extensión de los convenios colectivos, cuya naturaleza plantea una problemática similar a la del acto de aprobación de los Acuerdos.

³⁵⁹.. En este sentido, CARRERA ORTIZ, C., op. cit., pág. 268; DEL REY GUANTER, S., Comentarios..., cit., pág. 232.

Los procedimientos

Oficial es el Acuerdo y no una norma reglamentaria que lo recoga, dotándole de eficacia jurídica, pues de no ser así, sería totalmente superfluo el art. 36, ya que es evidente que toda norma reglamentaria ha de ser objeto de publicación en virtud de lo dispuesto en el art. 132 de la L.P.A.³⁶⁰ Por el contrario, lo que se publica son "los Acuerdos aprobados...", lo que parece indicar que los efectos normativos derivan directamente de los mismos, al igual que en el caso de los convenios colectivos del E.T.- art. 90.3-, y no del acto de aprobación.

En cuarto lugar, porque el Acuerdo ha de ser objeto de depósito en el S.M.A.C. como si de un convenio colectivo se tratara³⁶¹. La vía atractiva del ordenamiento de convenios colectivos para su depósito en el S.M.A.C. constituye un motivo suplementario en favor del carácter no reglamentario del acto de aprobación.

En quinto y último lugar, porque decir que la eficacia normativa del Acuerdo deriva del acto de aprobación significaría a la hora de explicar este fenómeno de producción normativa poner el acento en la actividad unilateral y discrecional del poder público en detrimento de lo fundamental, que es la actividad negociadora de las partes³⁶².

³⁶⁰. Así, DEL REY GUANTER, S., Comentarios... cit., pág. 233.

³⁶¹. Así, OJEDA AVILES, A., "Validez..", cit., pág. 386.

³⁶². CARRERA ORTIZ, C., op. cit., pág. 269.

B) Crítica.

171. Ninguna de las analogías señaladas son adecuadas para explicar este fenómeno, ya que ninguno de los argumentos sobre los que podría asentarse la tesis convencional son decisivos:

En primer lugar, porque, aun admitiendo que el sujeto en quien se haga recaer la responsabilidad de la iniciación del procedimiento no es irrelevante para la naturaleza de la norma, el procedimiento de elaboración de disposiciones generales es un procedimiento tipo que no excluye que otras normas aprobadas con posterioridad a la L.P.A. y dotadas de cobertura legal bastante puedan adicionar trámites especiales o excepcionar los generales. En este sentido, basta recordar que la extensión de los convenios únicamente puede producirse a instancia de parte (art.3.2 R.D. 572/1.982) y no por ello el acto de extensión, según la mayor parte de la doctrina laboral, deja de tener carácter reglamentario³⁶³.

En segundo lugar, que, aparte de que calificar o no como reglamento al acto de aprobación no tiene tanta trascendencia, pues en todo caso se trataría de una nueva forma de elaborar los reglamentos que afecten a la relación de empleo público³⁶⁴, el

³⁶³.. Así, entre otros, RAYON SUAREZ, E., "La adhesión y la extensión de los convenios colectivos en la Ley del Estatuto de los trabajadores", R.D.P., núm. 84, 1.981, págs. 488 y ss; VALDES DAL-RE, F., "La adhesión y la extensión de los convenios colectivos", R.E.D.T., núm. 36, 1.988, págs. 520 y ss.

³⁶⁴.. Así, LOPEZ GANDIA, J., "La negociación..", cit., pág. 24.

Los procedimientos

L.O.R.A.P. monopoliza el comienzo del proceso negociador en relación a los sindicatos que tengan una representatividad reflejada por su pertenencia a un sindicato más representativo a nivel estatal o autonómico, aunque no tengan ninguna implantación en el ámbito de la negociación; en el ámbito laboral, en cambio, la legitimación del art. 87 del E.T. no faculta para proponer y aceptar las iniciativas de negociar. La parte promotora no sólo debe estar legitimada en función de este artículo sino también respecto del art. 88 del E.T.⁹⁸ Así, un sindicato más representativo o simplemente representativo en el ámbito correspondiente que no llega a la mayoría absoluta no puede iniciar las negociaciones. "instrucciones", ya que ni tienen un contenido

11. Cada uno de ellos actuará, obviamente, conforme a las líneas de actuación marcadas por sus órganos de gobierno respectivo. Y, en este sentido, es el momento adecuado para abordar el tema de las "instrucciones" que el Gobierno, de acuerdo con la L.M.R.F.P. y la L.O.R.A.P., ha de dar a los representantes de la Administración del Estado. Por cierto, no deja de ser curioso que la L.O.R.A.P. establezca que, el Gobierno podrá determinar las

⁹⁸ La posición de la doctrina laboral es mayoritaria a este respecto. Ver, por todos, ALONSO LOEA, M. y CASAS BAAMONDE, M^a. E., *Derecho del Trabajo*, Madrid, 1.989, pág. 720; SALA FRANCO, T y ALBIOL MONTESINOS, I., *Derecho Sindical*, Valencia, 1.992, pág. 380. En este sentido, la S.T.S.J. de Murcia de 21 de noviembre de 1.991. En contra, GARCIA BLASCO, J., "Obligación legal de negociar en los convenios colectivos de trabajo", A.L., núm. 38, 1.988, pág. 2.223, para quien la promoción de la negociación no requiere, en principio, ostentar legitimación específica para negociar.

Los procedimientos

instrucciones a que deberán antenerse sus representantes cuando proceda la negociación; determinará, sin duda, tales instrucciones como más correctamente establece el art. 3.2.b) de la L.M.R.F.P., ya que lo contrario e inimaginable⁹⁹. Por lo demás, y por lo que se refiere a la forma que ha de revestir el acuerdo del Consejo de Ministros por el que se aprueban tales "instrucciones", hay que indicar que el criterio de la L.R.J.A.E. es el de que dentro del ámbito competencial del Consejo sólo requieren la forma de Decreto las disposiciones generales que no tengan la consideración de materias reservadas y las resoluciones cuando lo exiga alguna disposición general (art. 24). A ninguno de estos dos supuestos son reconducibles las "instrucciones", ya que ni tienen un contenido normativo ni la L.O.R.A.P. dice nada al respecto, por lo que cabe sostener que adoptaran la forma de simple Acuerdo¹⁰⁰.

12. La configuración de las "instrucciones" es una competencia específica del Consejo de Ministros. Sin embargo, existe una serie de órganos que pueden desempeñar un papel más o menos relevante, en tal configuración. Por lo pronto, hay que tener en cuenta el rol del Ministerio de Economía y Hacienda en todo lo

⁹⁹ En este sentido, GARCIA FERNANDEZ, M., "Representatividad sindical y negociación colectiva en el sector públicos", A.L., núm. 42, 1.988, para quien los órganos de gobierno están obligados a determinar las "instrucciones", sin distinguir según se trate de negociar un Pacto o un Acuerdo.

¹⁰⁰ En este sentido, DE MIGUEL GARCIA, P., "Reuniones y acuerdos del Consejo de Ministros", R.A.P., núm. 79-89, pág. 229, señala que el plan de actuación del Gobierno y de las directrices que han de presidir las tareas encomendadas a cada uno de los Departamentos ministeriales adoptaran la forma de Acuerdo.

Los procedimientos

relacionado con el gasto de personal y, consiguientemente, con las condiciones económicas de la Función Pública. A este respecto, conviene recordar que, de acuerdo con el art. 5 de la L.M.R.F.P., le corresponde "proponer al Gobierno, en el marco de la política general económica y presupuestaria, las directrices a que deberán ajustarse los gastos de personal de la Administración del Estado", lo que quiere decir, entre otras cosas, que el Ministerio en cuestión desarrollará un papel decisivo en la configuración de las instrucciones económicas que el Gobierno dará al Ministro para las A.A.P.P. en su negociación con los representantes de los funcionarios públicos¹⁰¹.

Junto a este órgano, existen otros que también pueden desempeñar un rol decisivo en la determinación de las "instrucciones". Se trata de los órganos que forman la red orgánica con atribuciones fundamentalmente consultivas, de propuesta y asesoras, esto es, el C.S.F.P., la C.S.P. y la C.C.F.P.

Por lo que se refiere al primero de estos órganos -el C.S.F.P.-, está configurado como "el órgano superior colegiado de coordinación y consulta de la política de la Función Pública, así como de participación del personal al servicio de las Administraciones Públicas" (art. 6.1 L.M.R.F.P.). En este sentido,

¹⁰¹. Así, DEL REY GUANTER, S., Estado..., cit., pág. 166.

Los procedimientos

la eficacia normativa del Acuerdo, de forma que éste debía ser integrado en una norma reglamentaria, que era la que le confería la fuerza normativa. Se trataba, de este modo, de un trámite adicional en el procedimiento de elaboración de las disposiciones generales, trámite de carácter obligatorio, y cuyo resultado, el Acuerdo, obligaba a la parte firmante por parte de la Administración a presentarlo al Consejo de Ministros para su integración en una norma reglamentaria.

La cuestión es replantear este tema a la luz de lo dispuesto en el art. 35. Y, en este sentido, cabe resaltar, como ya se ha señalado, que el legislador vuelve a emplear las mismas expresiones de la L.M.R.F.P.³⁷⁰, lo que parece indicar que la fuerza normativa del Acuerdo no proviene del ejercicio por sindicatos y Administración de su autonomía colectiva, sino que se la brinda el Consejo de Ministros en el ejercicio regular de su potestad reglamentaria³⁷¹.

³⁷⁰. DEL REY GUANTER, S., Comentarios..., cit., pág. 234; MARTINEZ ABASCAL, V.A., "Alcance..", cit., pág. 464.

³⁷¹. En esta línea, parece situarse la S.T.S. de 17 de junio de 1991. En ella se aborda un problema relacionado con la cláusula 3ª del Acuerdo de 9 de junio de 1987 suscrito por los representantes de la Administración de Sanidad y los sindicatos. En dicha cláusula, bajo la rúbrica "complementos específicos para el ejercicio de 1.990", se decía lo siguiente: "se acuerda la constitución de un Grupo de trabajo, con representación de las partes firmantes, para fijar los criterios de determinación de los puestos de trabajo de enfermería y complementos específicos que asigarán a los mismos durante el ejercicio de 1.990. Las propuestas de este Grupo de trabajo habrán de ser presentadas antes de finalizar el primer semestre de 1.989. La cláusula del propio Acuerdo con el título de "Eficacia", establece que "de conformidad con lo establecido en el art. 35 de la Ley 9/1.987 para la validez y eficacia del presente acuerdo será necesaria la aprobación expresa y formal del Consejo de Ministros en cuanto recoge asuntos de su competencias. Pues bien, con estas premisas, el T.S. afirmará que "la cláusula en cuestión no generaba derecho a su reconocimiento (se refiere al complemento específico..), pues el acuerdo a lograr por el grupo adquiriría valor de mera propuesta, la cual, para alcanzar eficacia, requería la aprobación formal y expresa del Consejo de Ministros, como cuidaba en señalar la cláusula 13".

Los procedimientos

174. Un mero análisis de los trabajos preparatorios de redacción de la ley ilustra acerca del criterio anteriormente mantenido, ya que en la Memoria que acompañaba al proyecto de ley se afirmaba: "Así, pues la técnica de distinguir entre los conceptos (y sus consecuencias) de Acuerdos y Pactos, tiene su raíz en la estructura jerárquica de la Administración y en el concepto de competencia como base de la legitimidad de la actuación de sus órganos. En la medida en que la competencia existe, la Administración puede pactar autovinculándose. Por el contrario, la ausencia de competencia invalida cualquier entendimiento o acto de consecuencias jurídicas mientras no sea asumido por la instancia en que esté alojada la competencia". En esta misma línea se expresaba el Ministro para las Administraciones Públicas al presentar el proyecto de ley con la redacción actual del artículo 35 ante el Senado: "...la decisión que haya sido objeto de discusión o de conversaciones... no podrá tener ninguna vigencia si no va seguida de una decisión con el rango normativo correspondiente por parte del órgano ejecutivo competente..."³⁷².

175. Esta interpretación parece la más adecuada no sólo con la redacción literal y los antecedentes legislativos del art. 35, sino con el contexto del Capítulo III de la L.O.R.A.P.

En primer lugar, porque el Consejo de Ministros no sólo

³⁷². D.S. Senado, núm 32, 1.987, pág. 1.226.

Los procedimientos

encontrar en el C.S.F.P. un órgano de coordinación y de intercambio de experiencias de especial importancia, por cuanto que entre sus miembros se encuentran representantes de los sindicatos y de las Administraciones que van a negociar en ambos sectores¹⁰⁵. En tercer lugar, el C.S.F.P., como se ha dicho, es un instrumento de participación del personal al servicio de las Administraciones, esto es, tanto de la Administración estatal como de las autonómicas y locales. De este modo, el informe de este órgano puede ser el cauce, que, de no prosperar la tesis favorable a la diversificación de la composición de la Mesa general de la Administración del Estado según intervenga o no en la regulación de lo "básico", permita al funcionariado autonómico y local participar en dicha regulación.

Por todo ello, y sin perjuicio de que el Gobierno pueda someter más tarde a la consideración del C.S.F.P. el Acuerdo alcanzado en sede negocial, es conveniente que este órgano emita su informe con anterioridad al inicio de las negociaciones, pues de otro modo las alegaciones de sus miembros no tendrían ninguna posibilidad de influir sobre el resultado de la negociación.

Otro órgano con competencias consultivas y asesoras que puede desarrollarlas con anterioridad al inicio de las negociaciones es

¹⁰⁵. DEL REY GUANTER, S., op. ult. cit., pág. 257.

Los procedimientos

normas emanadas del órgano que lo aprueba, esto es, de Decreto³⁷³, lo que resulta incompatible con la consideración del acto de aprobación como acto administrativo, pues, de ser así, el rango que le correspondería no sería éste, sino el asignado a las normas dictadas por el órgano de la Administración que lo suscribe en sede negocial, esto es, de Orden ministerial. En este sentido, hay que recordar que aunque es frecuente en el lenguaje corriente e incluso en el Boletín Oficial del Estado el empleo del término de "Decreto departamental", esta práctica carece de apoyatura legal y su explicación práctica se encuentra únicamente en la pretensión de resaltar el departamento al que correspondió la iniciativa³⁷⁴.

176. En fin, y a modo de conclusión, el acto de aprobación es una manifestación del poder reglamentario del Gobierno, por lo que es reconducible al trámite de aprobación de las disposiciones de carácter general previsto en el art. 131 de la L.P.A. Mientras la tesis reglamentaria se revela como una defensa a ultranza del poder de supremacía de la Administración, la tesis convencional descuida los condicionamientos que existen todavía en la legislación vigente. Por ello, la tesis más correcta de momento, parece ser la del reglamento, como más ajustada a la regulación vigente. En realidad esta legislación positiva pone de manifiesto la excesiva preocupación del legislador por el art.

³⁷³. DEL REY GUANTER, S., Comentarios... cit., pág. 237.

³⁷⁴. Vid. DEL MIGUEL GARCIA, P., op. cit., pág. 232.

97.1 de la Constitución, esto es, por preservar la competencia normativa del Gobierno en materia funcionarial.

2. El carácter preceptivo del trámite de aprobación.

177. Una primera posición que podría mantenerse respecto al carácter preceptivo o facultativo del trámite de aprobación es que el legislador no sólo ha negado a los Acuerdos cualquier tipo de eficacia normativa, sino que igualmente les ha sustraído de todo otro tipo de eficacia. Parecería como si la única obligación que prevé la ley es la de que los representantes de la Administración del Estado negocien con las organizaciones sindicales en el intento de llegar a un compromiso, respecto al cual, sin embargo, tales representantes y el Gobierno tienen la última palabra. En tanto se afirmará esta última posibilidad, habría que concluir que de tales Acuerdos, en caso de que los haya, no se deriva ningún tipo de obligación para la Administración Pública. Así, los representantes podrían presentar ante los órganos de gobierno un proyecto normativo que no se correspondiera a lo pactado, sea por contener disposiciones contradictorias a lo acordado sea por omitir aspectos significativos al respecto.

A nuestro juicio, los Acuerdos si tienen una auténtica eficacia jurídica, en cuanto de los mismos nace una obligación legal a cargo de tal representación de la Administración del Estado de elevar el Acuerdo en los términos acordados con la

Los procedimientos

representación sindical y otra a cargo del órgano de gobierno de incluirlo en el orden del día de la sesión de que se trate para decidir si procede o no la aprobación expresa y formal a que alude el art. 35 de la ley. El incumplimiento de cualquiera de estas obligaciones impide a la Administración el recurso al art. 37.2 Dicho de otro modo, mientras no se cumplan tales obligaciones queda expedita la vía de la regulación unilateral de las condiciones de trabajo de los funcionarios .

178. Es evidente que el Consejo de Gobierno no puede dictar un reglamento en sustitución de un Acuerdo que ni siquiera ha sido elevado al Consejo de Ministros³⁷⁵ so pena de nulidad por defecto de procedimiento³⁷⁶, y ello por las siguientes razones:

En primer lugar, porque el último inciso del art. 37.2 sólo reconoce al Gobierno la posibilidad de hacer uso de su potestad reglamentaria cuando el Acuerdo no haya alcanzado la aprobación expresa y formal, esto es, cuando, una vez sometido a su deliberación, haya decidido desaprobarlo.

En segundo lugar, porque si la representación de la Administración del Estado no tuviera obligación jurídica alguna de elevar tales Acuerdos al Gobierno y éste tampoco estuviera

³⁷⁵. La posición de la doctrina es unánime en este punto. Ver, por todos, BLASCO ESTEVE, A., op. cit., pág. 2.161; CARRERA ORTIZ, C., op. cit., pág. 276; SALA FRANCO, T., "Administraciones..", cit., pág. 68.

³⁷⁶. SALA FRANCO, T., "Administraciones..", cit., pág. 68.

Los procedimientos

obligado a tenerlos en cuenta, de forma que pudiera emanar una regulación de las condiciones de empleo por vía reglamentaria que no mantuviera ninguna consonancia con aquellos, ello significaría la negación del derecho a la negociación de los funcionarios y su sustitución por un derecho de consulta cualificado³⁷⁷. De esta forma, quedaría desvirtuada la distinción operada por el legislador entre negociación y consulta; separación que por una simple aplicación de las más elementales reglas de hermenéutica jurídica significa que se trata de dos figuras jurídicas diferentes.

En tercer lugar, porque tal actuación sería contraria al principio de la buena fé; principio que, como se destacó, debe estar presente durante todo el procedimiento de elaboración del Acuerdo.

Todos estos argumentos permiten concluir que el Ministro para las Administraciones Públicas o el Ministro al que le corresponda por la materia están obligados a presentar al Consejo de Ministros el Acuerdo en los términos acordados con la representación sindical y que el Gobierno, a su vez, está obligado a deliberar sobre el mismo. Obligaciones, que en el caso de ser incumplidas, al dictarse un Reglamento en sustitución de un Acuerdo que ni siquiera ha sido elevado al Consejo de Ministros o sobre el que éste no ha deliberado, pueden ser

³⁷⁷. DEL REY GUANTER, S., Estado..., cit., alega este argumento para afirmar la obligación del Ministro de elevar al Gobierno el Acuerdo suscrito al amparo del art. 3.2.b) de la L.M.R.F.P.

Los procedimientos

sometidas a control judicial. Así, las organizaciones sindicales podrán impugnar dicho Reglamento ante los tribunales del orden contencioso-administrativo, quienes declararán su nulidad por defecto de procedimiento.

Esta afirmación, sin embargo, precisa mayores matizaciones. En efecto, cuando el Acuerdo trata sobre materias con reserva legal o sobre los incrementos retributivos cuya autorización corresponde al legislador, la cuestión ofrece especial interés. Es evidente que la L.O.R.A.P. es una ley ordinaria por lo que puede ser objeto de derogación por cualquier otra ley ordinaria posterior. Por tanto, si la Administración incumple las obligaciones referidas, como el Proyecto de ley, una vez aprobado por las Cortes tendrá fuerza de ley, no podrá ser objeto de revisión por el procedimiento de revisión de las normas reglamentarias. En estos supuestos se trata de una tímida obligación, por cuanto la L.O.R.A.P. no ha previsto mecanismo alguno para el caso de incumplimiento.

179. Pero surge la duda de si, una vez alcanzado el Acuerdo, el Ministro está o no obligado a presentarlo ante el Consejo de Ministros. Sin embargo, hay que indicar que tanto el principio de la buena fe como el deber de la Administración de impulsar el procedimiento hasta llegar a su terminación suponen para el Ministro la obligación de elevar el Acuerdo al Consejo de Ministros (art. 74.1 L.P.A.). Se trata, por tanto, de un trámite preceptivo, y ello tanto si el procesonegociador ha sido

Los procedimientos

iniciado de oficio como a instancia de los sindicatos³⁷⁸.

3. El procedimiento.

180. La aprobación formal del Acuerdo por el Consejo de Ministros significa, entre otras cosas, que ha de sujetarse a un determinado procedimiento. Y, en este sentido, a la vista de lo expuesto, resulta imprescindible el que se someta a las reglas establecidas en el art. 131 de la L.P.A., donde se regula el procedimiento de aprobación por el Consejo de Ministros de los proyectos de disposiciones de carácter general que han de someterse al mismo, bien para que la disposición adquiriera fuerza normativa o para su remisión a las Cortes.

181. Este procedimiento consta de dos trámites sucesivos: 1º) El informe de los Ministros; y 2º) El acuerdo del Consejo de Ministros.

3.1. El informe de los Ministros.

182 Según el art. 131.1, "los proyectos.....se remitirán con ocho días de antelación, a los demás Ministros convocados, con el objeto de que formulen las observaciones que estimen pertinentes,. En casos de urgencia apreciada por el propio

³⁷⁸. En este sentido, GONZALEZ PEREZ, J., Comentarios..., cit., pág. 520, afirma que "si cuando se incoa a instancia de parte la Administración viene ineludiblemente obligada a resolver (art. 39 L.R.J.A.E.; art. 70 L.P.A), cuando se incoa de oficio no puede, tampoco, dejar abandonado el expediente, con la incertidumbre que ello supone para los posibles afectados".

Los procedimientos

Consejo de Ministros..., podrá abreviarse u omitirse este trámite". La naturaleza de este informe es distinta a la del resto de informes, pues no contiene más que la opinión de un miembro de un órgano colegiado que junto con la de los restantes contribuye a formar la manifestación de la voluntad del colegio. La técnica del reparto pretende garantizar que los Ministros tengan un conocimiento previo de los proyectos que van a elevarse al Consejo, para que puedan realizar una valoración sobre los mismos no improvisada³⁷⁹.

Este muy importante que se cumpla con rigor este trámite a fin de verificar que la actividad negociadora de las diferentes mesas negociadoras se desarrolla sin colisiones y con armonía. Téngase en cuenta a este respecto, que un Departamento Ministerial puede ver lesionada su competencia material por lo dispuesto en un Acuerdo de otro Departamento, y, sin embargo, una vez éste sea aprobado por el Consejo de Ministros no podrá impugnarlo. Por ello, este es el momento adecuado para verificar el cumplimiento del reparto de competencias entre los diferentes niveles de negociación. Es más, los Ministros afectados, antes de formular su informe al respecto, deberían consultar a las organizaciones sindicales presentes en la mesa negociadora correspondiente, a fin de evitar la impugnación del Acuerdo aprobado por éstas.

³⁷⁹. LUACES SAAVEDRA, C., "La información interministerial del art. 131 L.P.A.", D.A., núm. 94, 1.965, pág. 10.

Los procedimientos

183. Siendo éste el trámite previsto en la elaboración de disposiciones de carácter general, interesa destacar únicamente:

1ª. Se trata de un trámite de preceptivo cumplimiento, como se desprende de la expresión empleada en el texto legislativo, "se remitirán"³⁸⁰.

2ª. El plazo es de ocho días hábiles, ya que según establece el art. 60.1 de la L.P.A. "siempre que no se exprese otra cosa, cuando los plazos se señalen por días, se entiende que éstos son hábiles, excluyéndose del cómputo los feriados"³⁸¹.

3ª. Puede prescindirse del reparto, o abreviarse el plazo en que se efectúa, en "casos de urgencia apreciada por el propio Consejo de Ministros"³⁸². Sin embargo, no parece que ello sea posible en este caso. La L.O.R.A.P. insiste demasiado en la aprobación expresa y formal del Gobierno como para pensar que se pueda omitir este trámite.

4ª. El artículo 131 se refiere a los "proyectos", lo que empleado en relación con los Acuerdos supone un texto que reúne todas las características y requisitos propios de la norma,

³⁸⁰. LUACES SAAVEDRA, C., op. cit., pág. 10. En este sentido, al ST.S. de 10 de mayo de 1.990.

³⁸¹. LUACES SAAVEDRA, C., op. cit., pág. 15.

³⁸². La jurisprudencia, sin embargo, admite que la omisión del traslado del proyecto a los Ministros con ocho días de antelación al Consejo de Ministros. Así, entre otras, la S.T.S. de 14 de mayo de 1.991.

Los procedimientos

excepto la aprobación y publicación³⁸³. Así, una propuesta de Acuerdo que no se formule como proyecto que al aprobarse se convierta en norma, porque, por ejemplo, todavía no ha recibido la aprobación de la mesa negociadora, no está sujeta al art. 131. No obstante ello, si, pese a no ser preceptivo, se realiza el reparto, deberá someterse de nuevo con posterioridad a los trámites de reparto y deliberación del Consejo de Ministros³⁸⁴.

5ª. El Acuerdo deberá remitirse junto con los dictámenes e informes emitidos por los órganos consultados, para que los miembros del Consejo de Ministros, a la vista de los juicios, apreciaciones y opiniones formulados en ellos sobre la legalidad o ilegalidad del Acuerdo, puedan decidir correctamente entre la aprobación o desaprobación de mismo. En aquellos supuestos en que se exija el dictamen del Consejo de Estado, éste debe ser previo al de los Ministros³⁸⁵.

6ª. Si transcurridos los ocho días de plazo, los Ministros que han recibido el Acuerdo no han formulado observaciones, éste se puede incluir en el orden de la sesión de que se trate. Caso de que se hayan recibido observaciones, y si éstas son de tal entidad que requieren un nuevo estudio del Acuerdo, el asunto puede quedar aplazado para otra reunión. Si por el contrario, las

³⁸³. LUACES SAAVEDRA, op. cit., pág. 12.

³⁸⁴. Ver, LUACES SAAVEDRA, C., op. cit., pág. 14.

³⁸⁵. Así, GONZALEZ PEREZ, J., Comentarios..., cit., pág. 1.168.

Los procedimientos

observaciones son de poca entidad, el asunto podría incluirse en el orden del día.

3.2. El Acuerdo del Consejo de Ministros.

184. Previo el trámite señalado, el Acuerdo se someterá a la deliberación y decisión del Consejo de Ministros, terminando el procedimiento con la "aprobación expresa y formal" del Acuerdo por este último. La aprobación corresponde al "Consejo de Ministros", sin que quepa pensar cumplido el trámite con una delegación³⁸⁶. No sólo porque la L.O.R.A.P. insista demasiado en la aprobación expresa y formal del órgano ejecutivo supremo, sino porque éste no puede delegar su poder reglamentario en los órganos inferiores, ni siquiera en los Ministros, salvo que las leyes autoricen a ello (arts. 22.2.d) y 4 L.R.J.A.E. y L.P.A.). Por lo demás, el acuerdo ha de ser adoptado necesariamente por el colectivo de todas las personas mencionadas en el art. 98.1 de la Constitución (Presidente y Ministros), sin posibilidad de exclusión.

185. En lo que concierne al acto aprobatorio del Acuerdo por el Consejo de Ministros, los requisitos son dos: aprobación expresa y formal.

La aprobación "expresa" parece tener diversos significados

³⁸⁶. Para OJEDA AVILES, A., "Validez..", cit., pág. 300, no es posible la delegación porque la ley insiste demasiado en la aprobación del órgano competente como para pensar cumplido el trámite con una delegación.

Los procedimientos

no excluyentes, sino complementarios. Ante todo, aprobación expresa es lo contrario de aprobación tácita por silencio administrativo, de forma que no puede entenderse que la inclusión del Acuerdo en el orden del día de una sesión presuponga ya una aprobación, sin más, del mismo. Es decir, el plazo de ocho días, señalado en el art. 131 L.P.A., no puede considerarse como preclusivo. El Consejo de Ministros debe manifestar expresamente su voluntad de aprobar el Acuerdo, lo cual, por otra parte, parece lo más acertado y concorde con la propia naturaleza del Acuerdo y del acto de aprobación. Por otro lado, aceptación expresa obliga al Consejo de Ministros a algo más que a aceptar expresamente lo acordado, debiendo manifestar externamente su voluntad³⁸⁷. Pero, además, significa también "la necesidad de aislar la temática del acuerdo de las aprobaciones englobadas en un "paquete" más general en el orden del día del órgano supremo administrativo"³⁸⁸.

La aprobación formal significa que el acto de aprobación debe sujetarse a un determinado procedimiento y adoptar una determinada configuración. No basta, en consecuencia, con que el Acuerdo se debata como punto "a se" en el orden del día de la sesión de que se trate y que el resultado de la deliberación se notifique a las partes negociadoras, sino que ese resultado ha de obtenerse siguiendo la tramitación que se acaba de exponer y

³⁸⁷. En el mismo sentido, GARCIA FERNANDEZ, M., "Representatividad..", cit., pág. 2.471; OJEDA AVILES, A., "Validez..", cit., pág. 292.

³⁸⁸. OJEDA AVILES, A., "Validez..", cit., pág. 292.

Los procedimientos

culminando con una fórmula administrativa homologada. En cuanto a la forma que debe revestir el acto de aprobación ya se ha hecho alguna indicación con anterioridad y a ella se hace referencia más tarde al estudiar la forma del Acuerdo a cuyo momento se remite ahora el análisis.

186. Finalmente, una vez aprobado el Acuerdo por el Consejo de Ministros, hay que distinguir según la materia de que trate. Así, cuando verse sobre materias de la competencia del Consejo de Ministros, el Acuerdo tras la aprobación de este alcanza la validez y eficacia jurídica normativa y sólo precisa la publicación en el B.O.E. Si, por el contrario, la competencia no es de este órgano sino de las Cortes, debe ser enviado al Parlamento para ser transformado en ley. En este supuesto el Acuerdo tan sólo constituye una manifestación de la concertación social y, más concretamente, de la legislación negociada o prenegociada³⁸⁹. De este modo, el Acuerdo tiene una eficacia política y no jurídica. Las partes no pueden vincular al Parlamento, por lo que se tratará de un acuerdo sin valor alguno, de naturaleza exquisitamente política³⁹⁰, dependiendo su eficacia de la fuerza que las partes que lo negocian tengan para imponer sus criterios a los distintos grupos parlamentarios.

³⁸⁹. Vid. ESCUDERO RODRIGUEZ, R., "El nuevo..", cit., pág. 95.

³⁹⁰. En el mismo sentido, PALOMAR OLMEDA, A., Comentarios a la Ley por la que se regula la negociación colectiva y la participación en la determinación de las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos", A.A., núm. 23, 1.991, pág. 301, para quien la inclusión de las materias con reserva legal en el ámbito de la negociación resulta simbólica y distorsionante respecto del proceso de negociación e, incluso, del legislativo". Un ejemplo de estos problemas precisamente lo tenemos en aquellos aspectos del A.N.C. que se han omitido en la Ley 7/1.990.

4. La desaprobación del Acuerdo.

187. La desaprobación constituye una fórmula anómala de terminar el proceso de elaboración del Acuerdo. El legislador contempla la posibilidad de que el Consejo de Ministros no apruebe el Acuerdo, pero no precisa los casos concretos en que puede llevar a cabo tal actuación (art. 37.2 L.O.R.A.P.). Al no existir mayores precisiones, resulta muy difícil conseguir una delimitación exacta de cuál es el alcance de tal facultad.

4.1. La caracterización del acto de aprobación.

188. Pasemos ahora a una serie de cuestiones relacionadas con la naturaleza del acto aprobatorio de los Acuerdos, para ver hasta dónde puede alcanzar la autonomía que la ley deja al Gobierno en su labor. ¿Es un acto reglado o discrecional?. El carácter reglado o discrecional del acto de aprobación no reviste un interés meramente teórico o metodológico, sino de honda trascendencia positiva, puesto que, de como se resuelva esta cuestión depende la delimitación de las causas de desaprobación, así como la admisión o exclusión de una actividad sobre el Acuerdo por parte del Consejo de Ministros no sólo de comprobación, sino también dispositiva.

4.1.1. La Discrecionalidad a la hora de aprobar o no el Acuerdo.

189. Al calificar el acto de aprobación como actividad reglamentaria habría que admitir su carácter discrecional y no reglado, ya que la potestad reglamentaria es un potestad discrecional, es decir, un poder configurado de tal modo que en su concreto ejercicio el titular del mismo goza de una libertad mayor o menor, para adoptar sus determinaciones³⁹¹. Por consiguiente, y dada la ambigüedad normativa acerca de las causas de desaprobación del Acuerdo, habría que concluir que la aprobación o no del acuerdo es una decisión discrecional del órgano de gobierno. En la deliberación sobre el acuerdo previa a tal decisión aquel podría realizar un control de legalidad, pero también de oportunidad en el que los criterios de valoración no serían sólo jurídicos, sino también político-económicos³⁹². Así, sería posible que el Gobierno valorase la coherencia del Acuerdo con su política económica general y especialmente con la presupuestaria y del gasto público, el efecto de ejemplo que pudiera tener el Acuerdo para otros sectores de la negociación colectiva pública y privada, el coste político y la repercusión en términos electorales o de conflictividad de su decisión, incluso el efecto político de una desautorización de la actividad realizada por sus Ministros en la negociación, o también el grado de consenso que el acuerdo tuviera entre los funcionarios y sus organizaciones sindicales.

³⁹¹. GARCIA DE ENTERRIA, E. y RAMON FERNANDEZ, T., Curso de Derecho Administrativo, Tomo I, Madrid, 1.987, pág. 202.

³⁹². CARRERA ORTIZ, C., op. cit., pág. 270, si bien precisa que "la no aprobación no puede ser arbitraria, pues aunque se trate de una acto discrecional éste tiene carácter excepcional y en todo caso tiene que ser fundado y motivado"; DEL REY GUANTER, S., Comentarios..., cit., pág. 232; GONZALEZ ORTEGA, S., "Los medios..", cit., pág. 461.

En definitiva, el Consejo de Ministros tendría total discrecionalidad a la hora de aprobar o no el Acuerdo, esto es, en cuanto al "an", pudiendo rechazarlo libremente al tiempo que recuperaría una potestad de supremacía que inicialmente había cedido. Es más, podría realizar sobre el contenido del Acuerdo las adiciones, modificaciones o supresiones que estimara conveniente, incluso cuando ello fuera en contradicción con las instrucciones dadas previamente a sus representantes y en virtud de las cuales éstos concluyeran dichos Acuerdos. Ello supondría negar al Acuerdo no sólo cualquier eficacia jurídica externa, sino también eficacia jurídica interna³⁹³. El Consejo no se haría vinculado por el Acuerdo que le es elevado por el Ministro, sino que, por el contrario, podría rechazarlo, en caso de no estar conforme tanto por razones de legalidad como de mera oportunidad con lo allí regulado, e incluso, disponer en un sentido diverso al acordado.

190. La anterior lectura del art. 35 de la L.O.R.A.P. significaría en la práctica quitarle toda virtualidad real a la negociación ya que la misma quedaría reducida a la limitada figura de los Pactos. Con ello se vulneraría el mandato normativo contenido en la propia Ley (art. 32), y sobre todo el derecho a la negociación colectiva reconocido en el art. 2.2.d) de la L.O.L.I.S. como parte integrante del derecho fundamental de la libertad

³⁹³. Para DEL REY GUANTER, S., Comentarios..., cit., pág. 233, sin embargo, este hecho "no tendría que representar una total desvirtuación del mismo (Acuerdo) en cuanto contrato normativo, en cuanto hay antecedentes inmediatos en nuestra legislación sobre convenios colectivos -la leyes de 1.958 y 1.973-, en los que el control de oportunidad existía -"homologación"- y no por ello se le negaba al convenio colectivo ese carácter".

sindical de los funcionarios³⁹⁴. Dicha hipótesis significaría, además, convertir la negociación en una mera consulta cualificada ya que el Acuerdo negociado no sería vinculante para una de las partes³⁹⁵.

191. Todas las anteriores contradicciones inducen a buscar otra lectura e interpretación del reseñado precepto a fin de postular alguna vinculación para el Consejo con respecto a lo acordado por sus representantes. Y, en este sentido, conviene tener en cuenta que la potestad reglamentaria, a parte de respetar los límites formales (la competencia para emanar los Reglamentos, la jeraquía normativa y el procedimiento), ha de superar la confrontación con otras reglas de carácter sustancial, una de las cuales es el respeto de los principios generales del Derecho. Ciertamente, la Constitución, al someter plenamente la actuación administrativa a la Ley y al Derecho (art. 103.1), incluye, sin lugar a dudas a los principios generales dentro del bloque de la legalidad³⁹⁶. La Administración está vinculada a la ley y al derecho, y ello tanto cuando dicta resoluciones concretas, como cuando emana normas jurídicas³⁹⁷. De este modo, la discrecionalidad reglamentaria se haya limitada por el necesario respeto a los

³⁹⁴. BLASCO ESTEVE, A., op. cit., pág. 2.170; LOPEZ GANDIA, J., op. cit., pág. 23.

³⁹⁵. BLASCO ESTEVE, A., op. cit., pág. 2.170.

³⁹⁶. Vid la S.S.T. de 11 de febrero de 1.991, 2 de abril de 1.991.

³⁹⁷. Ver, por todos, GARCIA DE ENTERRIA, E. y RAMON FERNANDEZ, T., Curso de Derecho Administrativo, Tomo I, Madrid, 1.987, pág. 201, quienes postulan la nulidad del Reglamento contrario a la buena fe. Así, la S. del T.S. de 18 de diciembre de 1.985.

principios generales del Derecho y, por lo tanto, a los principios de "buena fe" y "no venire contra factum proprium", que son unos de ellos. Es más, como ha señalado la doctrina, el ejercicio de las facultades que merecen la calificación de exorbitantes y constituyen una situación de desigualdad jurídica, como es la potestad de aprobar o desaprobar el Acuerdo, debe atemperarse a las exigencias de la buena fe con mayor razón que en el resto de casos³⁹⁸.

La buena fe y la doctrina de los actos propios implica un comportamiento, que consiste en la necesidad de observar en el futuro la conducta que los actos anteriores hacían prever³⁹⁹. De este modo, el Consejo de Ministros al fijar las "instrucciones" que han de seguir sus representantes viene vinculado a aprobar el Acuerdo que se ha negociado dentro de los límites fijados en ellas⁴⁰⁰, y, a mayor abundamiento, porque el contenido de las

³⁹⁸. Así, GONZALEZ PEREZ, J., El principio..., cit., pág. 107.

³⁹⁹. Sobre la doctrina de los actos propio", ver GONZALEZ PEREZ, J., El principio..., cit., págs. 117 y ss. En esta línea, la S.T.C.O. 73/1.988, de 21 de abril y las S. del T.S. de 17 de julio de 1.985, 8 de mayo y 21 de noviembre de 1.986.

⁴⁰⁰. En este sentido, BLASCO ESTEVE, A., op. cit., pág. 2.170, afirma que: "hay que postular la existencia de algún tipo de vinculación para el Pleno de la Corporación con respecto a lo acordado por sus representantes. Esto es una exigencia derivada del principio de la buena fe..., ya que debe recordarse que son dichos órganos los que dan "las instrucciones a que deberán atenerse sus representantes".. Una mínima congruencia con el principio pacta sunt servanda y con la doctrina de los propios actos llevan a la misma conclusión". Si bien, a continuación, reconoce que la posibilidad de rechazar el Acuerdo es innegable, siempre que no sea arbitraria e indiscriminada. Para LOPEZ GANDIA, J., op. cit., pág. 23, la buena fe negocial y el derecho de negociación exigen la aprobación. Para OJEDA AVILES, A., "Validez..", cit., pág. 302, la buena fe que rige todos los contratos administrativos y la responsabilidad de la Administración del funcionamiento "normal o anormal" de los servicios públicos (arts. 106 C.E. y 40 L.R.J.A.E.) le impiden desentenderse de lo efectuado por sus representantes.

mismas está en su disponibilidad⁴⁰¹. El Consejo de Ministros no puede eludir la doctrina de los Actos propios alegando que el Acuerdo fué negociado por otro órgano, porque ambos son de la misma entidad y, precisamente, cada Administración, aun dividida en diferentes órganos, es siempre única⁴⁰² y no puede volver contra sus propios actos⁴⁰³. Además, el órgano negociador actúa de acuerdo con los criterios fijados por el Consejo, por lo que su conducta le vincula.

192. En definitiva, los límites señalados acantonan el ámbito del ejercicio lícito de la potestad reglamentaria, de manera que la decisión de aprobar o desaprobar el Acuerdo, aun cuando las causas en que puede basarse la desaprobación no están especificadas en la L.O.R.A.P., no puede ser el resultado de un control de oportunidad, sino de legalidad⁴⁰⁴. El Gobierno sólo puede desaprobar el Acuerdo alcanzado por sus representantes por motivos tan específicos como son la ilegalidad del Acuerdo o la "desviación" respecto de las instrucciones dadas a sus representantes en la mesa de

⁴⁰¹. Así, la S.T.C.o. de 20 de julio de 1.981, señala que "la exigencia de atenerse a las consecuencias de los propios actos es tanto más insoslayable cuando el contenido de tales actos esté en la disponibilidad de quien así se manifiesta"

⁴⁰². La Administración estatal actúa con personalidad jurídica única (art. 1 L.R.J.A.E.). Ver, por todos, GARCIA DE ENTERRIA, E. y RAMON FERNANDEZ, T.. Curso de Derecho Administrativo, Tomo I, Madrid, 1.987, pág. 356.

⁴⁰³. Vid. GONZALEZ PEREZ, J., El principio..., cit., pág. 127 y la S. del T.S. de 7 de julio de 1.952.

⁴⁰⁴. En esta línea, SALA FRANCO, T., "Administraciones...", cit., pág. 68, señala que "sólo una interpretación del precepto como simple control de legalidad y no de oportunidad salvaría la ambigüedad normativa " del art. 37 de la ley.

negociación⁴⁰⁵, y, además, deberá motivar la resolución denegatoria⁴⁰⁶. Se ha de limitar a constatar que el Acuerdo es legal y que se ha convenido de acuerdo con sus instrucciones. En presencia de ambos requisitos, la decisión de aprobarlo es obligatoria. Y esta conducta vinculante desplegará su eficacia obstativa en cuanto subsistan las circunstancias que concurrían al fijarse las "instrucciones"⁴⁰⁷.

Si los motivos por los que el Gobierno no asume la gestión de sus representantes no son atendibles y la actuación contradictoria del Consejo de Ministros se concreta en su oposición a aprobar el Acuerdo, las consecuencias de aplicar la regla que prohíbe ir contra los actos propios será la inadmisibilidad. Pero, si tal actuación se hubiese concretado en un Reglamento dictado en sustitución del Acuerdo, la aplicación de la regla comportará la nulidad de éste, y, por tanto, podrá servir de fundamento a la pretensión que los sindicatos deduzcan frente a él⁴⁰⁸. De esta forma, se consigue una cierta vinculación entre el Acuerdo firmado y su aprobación. Así, aunque tal vinculación no es automática, la Administración no tiene la potestad que tenía antes de la ley, ni

⁴⁰⁵. En términos similares se expresa OJEDA AVILES, A., "Validez..", cit., pág. 302.

⁴⁰⁶. En el mismo sentido, CARRERA ORTIZ, C., op. cit., pág. 275; GONZALEZ ORTEGA, S., "Los medios..", cit., pág. 461.

⁴⁰⁷. El T.S. rechaza la aplicación de la doctrina de los actos propios por haber cambiado las condiciones existentes. Ver, entre otras, las S. de 21 de diciembre de 1.968, 11 de diciembre de 1.973 y 26 de septiembre de 1.975.

⁴⁰⁸. En esta dirección, LOPEZ GANDIA, J., op. cit., pág. 23, afirma que " si los motivos no son atendibles, declarar la nulidad por desviación de poder o ilegalidad".

la discrecionalidad que parece quiere devolverle el art. 37⁴⁰⁹.

4.1.2. La discrecionalidad a la hora de asumir el contenido del Acuerdo.

193. A la vista de cuanto queda dicho, carece de sentido cuestionarse si la actividad desarrollada por el Consejo de Ministros es de mera comprobación de la actividad comercial de las partes o si, por el contrario, es dispositiva. Los anteriores argumentos sirven para rebatir la posibilidad de que pueda realizarse sobre el Acuerdo las adiciones, modificaciones o supresiones que estime convenientes. Una vez presentado el Acuerdo ante el Consejo, éste tendrá exclusivamente dos opciones. O aceptarlo íntegramente, si las partes no han incurrido en ilegalidad y el Ministro ha seguido las "instrucciones" previas dadas por el Gobierno a estos efectos, o su desaprobación total, ya que el incumplimiento de los presupuestos subjetivos, formales y objetivos esenciales para la validez del Acuerdo lo invalidan en su totalidad, a excepción de la ilegalidad material, en cuyo caso, como se analiza más tarde, es posible que sólo afecte a una parte de éste.

194. Desde la posición que acepta la desaprobación del Acuerdo tanto por razones de legalidad como de oportunidad se admite, sobre la base del viejo principio de que quien puede lo más, puede lo menos, la aprobación parcial, esto es, la facultad

⁴⁰⁹. Así, LOPEZ GANDIA, J., op. cit., pág. 24.

del Consejo de parcelar el Acuerdo que se aprueba, seleccionando las disposiciones que regiran y determinándose unilateralmente en lo demás⁴¹⁰.

Y, sin embargo, aún aceptando esta posición, lo cierto es que en la propia ley existen datos que parecen inclinar la balanza a favor de la negación de tal posibilidad⁴¹¹. El aspecto más decisivo a este respecto viene dado por el art. 35, a cuyo tenor "para su validez y eficacia será necesaria la aprobación expresa y formal de éste". Según el tenor literal del precepto, el Consejo no tiene más que dos posibilidades: aprobar el Acuerdo en los términos acordados por sus representantes o desaprobarlo. El grado de eficacia del Acuerdo en relación con el poder reglamentario aparece en la ley de forma clara y precisa. El reglamento no se dicta sobre la base o en aplicación del Acuerdo, sino que la conexión e identificación entre ambos es total.

Además, varias disposiciones cobran más sentido desde esta perspectiva. Así, el propio art. 35 in fine contempla "comisiones de seguimiento de los Pactos y Acuerdos". La mediación del art. 38 se establece respecto a los "incumplimientos de los Pactos o

⁴¹⁰. GARCIA FERNANDEZ, M.. "Representatividad..", cit., pág. 2.471.

⁴¹¹. Así, CARRERA ORTIZ, C., op. cit., pág. 269; GONZALEZ ORTEGA, S., "Los medios..", cit., pág. 461. El resto de miembros de la doctrina no se cuestionan la posibilidad de que el Consejo de Ministros pueda desarrollar una actividad dispositiva sobre el Acuerdo. Sin embargo, a partir de la lectura sistemática de sus trabajos, parece que se enmarcan en esta dirección. DEL REY GUANTER, S., Estado..., cit., pág. 155, al comentar el art. 3.2.b) de la L.M.R.F.P., si negaba la posibilidad de que el órgano de gobierno pudiera modificar unilateralmente el Acuerdo a la hora de aprobarlo.

Acuerdos". También, el art. 36 que dispone el depósito y la publicación de los "Acuerdos aprobados y los Pactos celebrados". Para DEL REY, estas disposiciones constituyen argumentos interpretativos suplementarios que afianzan la tesis partidaria de considerar el acto de aprobación como un acto administrativo⁴¹². Se ha visto, sin embargo, que tal interpretación no es de recibo. Pero, en cambio, si pueden interpretarse en el sentido de que en el planteamiento legal la identificación entre el contenido del Acuerdo y el del Reglamento debe ser total. Por ello, precisamente, el legislador alude continuamente al Acuerdo aprobado y no a la norma reglamentaria que lo recibe.

Lo anterior no está en contradicción con el hecho de que el art. 37.2 disponga en su inciso final la posibilidad de que, en caso de no ser aprobado el Acuerdo, sea el Gobierno quien regule unilateralmente la materia. Al contrario, este artículo sólo le reconoce la posibilidad de hacer uso de la potestad reglamentaria cuando no alcance la aprobación, lo que hace pensar que el Consejo de Ministros debe, en principio, aprobarlo en su totalidad y sólo cuando incurra en alguna de las causas de desaprobación, dictar en su lugar el correspondiente reglamento que lo supla.

195. En definitiva, y a modo de conclusión, el ejercicio de la potestad reglamentaria aparece vinculado totalmente no sólo a la hora de "recibir" o no el acuerdo, esto es, en cuanto al "an", sino

⁴¹². DEL REY GUANTER, S., Comentarios..., cit., pág. 235.

también sobre el contenido del mismo. Los Acuerdos, si bien no tienen eficacia jurídica externa, si tienen eficacia jurídica interna respecto de la Administración. No constituyen esquemas orientativos no vinculantes, que puedan ser inobservados por la Administración en base a su potestad reglamentaria.

196. La objeción que cabría oponer a esta tesis sería que, al privar al Consejo de Ministros de la posibilidad de realizar un control de oportunidad sobre el Acuerdo y de disponer sobre su contenido, su decisión pierde el carácter discrecional y, por lo tanto, deja de ser una manifestación de la potestad reglamentaria, pues la discrecionalidad es una característica inherente a la naturaleza de ésta. Ciertamente, la potestad reglamentaria "en si misma es y no puede dejar de ser discrecional, por su propia naturaleza"⁴¹³.

La objeción tiene realmente importancia y ello obliga a detenerse con cierta detención en este extremo. En sentido contrario, habría que tener en cuenta, sin embargo, dos consideraciones. Primera, que, según el art. 97 in fine de la Constitución, el Gobierno ha de ejercer la potestad reglamentaria "de acuerdo con la Constitución y las leyes", siendo una de ellas, evidentemente, la L.O.R.A.P. Segunda, que por esta vía se limita o reduce la discrecionalidad del Consejo de Ministros para determinar

⁴¹³. GARCIA DE ENTERRIA, E. y RAMON FERNANDEZ, T., Curso de Derecho Administrativo, Tomo I, Madrid, 1.987, pág. 433.

las condiciones de empleo de la Función Pública, pero no por ello su actuación deja de ser discrecional. En este sentido, conviene recordar que es este órgano el mismo que da las "instrucciones" donde se expresa su voluntad negocial y en virtud de las cuales sus representantes concluyen los Acuerdos. Las mismas expresan y recogen la voluntad de innovación del ordenamiento jurídico de que es portador el Consejo, y es donde se manifiesta el carácter discrecional de su actividad, esto es, la mayor o menor libertad de que dispone para adoptar sus determinaciones sobre la materia funcional.

197. Hasta ahora hemos dicho que el Gobierno debe aprobar el Acuerdo en sus propios términos. En todo ello, subyace una cierta simplificación, que conviene precisar ahora. En efecto, los Acuerdos no sólo versan sobre materias de la competencia estricta del Gobierno, sino también sobre las materias sometidas a reserva legal. En principio, la función legislativa preparatoria de la de los órganos legislativos también está sujeta a las limitaciones antes expuestas.

Hay que subrayar, sin embargo, que si el Gobierno introduce modificaciones sustanciales en el proyecto normativo presentado ante el órgano legislativo, al transformarse éste en una ley, no podrá ser objeto de revisión por la vía de revisión de las normas reglamentarias. Además, como la ley tendrá la misma fuerza que la L.O.R.A.P., su validez no resultará afectada por el incumplimiento

de las normas de procedimiento. En consecuencia, al no arbitrarse por el legislador mecanismo alguno para exigir su cumplimiento en sede judicial, resulta que el Gobierno no está obligado a tramitar el proyecto normativo y, además, puede presentar ante el órgano legislativo proyectos normativos que no se correspondan con lo pactado, sea por contener disposiciones contradictorias a lo acordado, sea por omitir aspectos significativos al respecto⁴¹⁴. Por ello, se ha dicho que la inclusión de las materias objeto de reserva de ley en el plano de la negociación colectiva resulta simbólica.

Ahora bien, las organizaciones sindicales con la finalidad de vincular algo más que políticamente al Gobierno en el cumplimiento de sus compromisos, podrían incluir en los Pactos y Acuerdos una cláusula similar a la que se contenía en el Preámbulo del A.E.S., en virtud de la cual el incumplimiento contractual por parte del Gobierno consistente en la presentación ante el órgano legislativo de un proyecto normativo que no se corresponda con lo pactado, les libere del cumplimiento de sus obligaciones. Por esta vía indirecta de hacer depender de la conducta del Gobierno el cumplimiento de los Pactos y Acuerdos propiamente dichos, alcanzaría el Acuerdo una eficacia más allá de la política.

198. No obstante ello, en el terreno de lege ferenda cabe proponer la imprescindible intervención del legislador en orden a

⁴¹⁴. En el mismo sentido, PALOMAR OLMEDA, A., op. cit., pág. 301.

Los procedimientos

concretar con mayor precisión las causas de desaprobación en el sentido de ilegalidad del acuerdo o desviación de las instrucciones recibidas para la negociación, impidiendo así el que, a partir de una lectura literalista y simplista de la ley, pueda entrar en juego la discrecionalidad del Gobierno a la hora de la aprobación formal. La cuestión está necesitada de la oportuna concreción legislativa.

4.2. Las causas de desaprobación del Acuerdo.

194. La desaprobación del Acuerdo constituye una fórmula anómala de terminar el procedimiento de elaboración del Acuerdo. Pese a la ambigüedad normativa, de conformidad con lo que ha quedado dicho más atrás, la no aprobación lícita del Acuerdo, que versa sobre materias de la competencia del Consejo de Ministros, sólo puede producirse por alguna de las siguientes causas: 1ª) La ilegalidad del Acuerdo; 2ª) La desviación de las instrucciones recibidas para la negociación; y 3ª) El cambio de las circunstancias que rodearon a la estipulación del Acuerdo.

4.2.1. La ilegalidad del Acuerdo.

200. Una de las causas que justifica la desaprobación del Acuerdo por parte del Consejo de Ministros es la ilegalidad del mismo. Este una vez aprobado y publicado tiene el mismo valor

jerárquico que un decreto, por lo que en la jerarquía de las fuentes ocupa idéntica posición que los reglamentos. Ello supone que el Acuerdo debe observar una serie de límites, formales y materiales, de cuyo respeto depende su validez, y estos límites no se reducen sólo a la Constitución y a la ley⁴¹⁵, sino que comprenden también los principios generales del derecho. Si cualquiera de estos límites es rebasado, el Acuerdo en cuestión incurre en un vicio determinante de su nulidad de pleno derecho. En este supuesto, el Consejo de Ministros no debe ni puede aprobar el Acuerdo pues en su actuación está sometido a la Constitución y al derecho (art. 9.1 y 103.1 de la C.E.)⁴¹⁶.

No podrá, en cambio, desaprobado el Acuerdo porque contradiga lo dispuesto en un Decreto, y ello no sólo porque, al tener el mismo valor jerárquico que este último, rige el principio de temporalidad, sino porque aquel es de aplicación preferente, pues es elaborado de acuerdo con un procedimiento especial⁴¹⁷. Se marca, de este modo, una gran distancia con el sector laboral, donde la

⁴¹⁵. DEL REY GUANTER, S., Comentarios..., cit., pág. 237; OJEDA AVILES, A., "La validez..", cit., pág. 304, destacan la subordinación de los Pactos y Acuerdos a la norma con rango de ley. En esta línea, la S.T.S. de 19 de abril de 1.991 afirma que "así como los convenios colectivos han de respetar las leyes, como prescribe el art. 85.1 del E.T., con mayor fundamento y razón los pactos colectivos del personal funcionario y estatutario de las Administraciones Públicas han de acatar y cumplir lo que se ordena en disposiciones con rango de ley".

⁴¹⁶. Del mismo modo que el Ministro de trabajo no puede extender un convenio ilegal. Así, GONZALEZ VELASCO, "Otras vías de impugnación directa de los convenios colectivos", R.T., núm. 73, 1.984, PEREZ PEREZ, M., "La naturaleza...", cit., pág. 63.

⁴¹⁷. Por el contrario, OJEDA AVILES, A., "Validez..", cit., pág. 304, sostiene que el Consejo de Ministros no debe validar un Acuerdo contrario a un reglamento, aunque, a continuación, señala que, si sus representantes actuaron en el ejercicio regular de sus instrucciones, obraron conforme a su voluntad, quien por definición conoce sus reglamentos, por lo que debe aprobar el Acuerdo y modificar la Orden o Decreto interpuestos.

noción de legalidad que han de respetar los convenios colectivos comprende tanto las leyes estrictas como los reglamentos laborales, por más que el art. 136 L.P.L. hable exclusivamente de "la ley y los extremos de ella que se consideren conculcados por el convenio", con lo que parece reducir aquella noción a la normativa fijada en leyes en sentido propio⁴¹⁸.

Por' contra, no deberá asumir el Acuerdo sectorial negociado en contravención de lo dispuesto en una Acuerdo general⁴¹⁹, y ello no exactamente porque exista una relación de jeraquía entre ambos, ya que tienen el mismo valor jerárquico, sino en virtud del principio de competencia. En efecto, como se ha notado más atras, existe una relación de jerarquía material entre las mesas general y sectoriales, lo que supone que las partes de estas últimas no pueden negociar aquellos temas que hayan sido objeto de acuerdo en aquella, ni para empeorar ni mejorarlos, salvo que esté expresamente permitido por la ley o por la Mesa general. Respecto a la posibilidad de negar la aprobación a un Acuerdo sectorial que contradiga lo dispuesto en un Pacto general, hay que indicar que tal enfrentamiento no es posible, pues los Acuerdos sectoriales siempre actuarán en el contexto de un Acuerdo general⁴²⁰. En

⁴¹⁸. Así, MONTOYA MELGAR, A., Derecho del Trabajo, Madrid, 1.989, pág. 174. Vid.. entre otras, la S. del T.S. de 12 de noviembre de 1.987 y la S.T.C.T de 21 de diciembre de 1.988.

⁴¹⁹. Del mismo modo que el convenio conculca la "legalidad vigente" cuando vulnera "un convenio para convenir" celebrado según el el E.T. y acogido a su "tratamiento", según las S.S.T.C.T. de 7 de diciembre de 1.987 y 29 de febrero de 1.988.

⁴²⁰. Para OJEDA AVILES, A., "Validez..", cit. pág. 295, tal colisión si es factible, debiendo prevalecer el Pacto general sobre el Acuerdo sectorial.

efecto, aquel versa sobre materias competencia del Consejo de Ministros, materias cuya ordenación por la Mesa general también requiere este mismo instrumento negocial.

201. Así, el Consejo de Ministros debe constatar o verificar apoyándose para ello en los informes y dictámenes emitidos por los órganos consultados, la legalidad del Acuerdo. De esta forma, este órgano desarrolla una actividad similar a la llevada a cabo por la Autoridad laboral respecto de los convenios colectivos presentados a registro⁴²¹. Sin embargo, mientras esta última carece de facultades calificadoras sobre la acomodación a Derecho de los convenios colectivos, debiendo dirigirse de oficio a la jurisdicción competente, a quien está atribuido, en exclusividad, el control de la legalidad del convenio, si estima que éste "conculca la legalidad vigente o lesiona gravemente el interés de terceros"⁴²²; el Consejo de Ministros, en cambio, si puede calificar jurídicamente el Acuerdo, pudiendo, por tanto, no proceder a su aprobación si aprecia su ilegalidad.

202. Ante la falta de cualquier previsión legal sobre el alcance de este motivo de desaprobación merecerían tal calificación las siguientes situaciones: 1º) Que no se hayan observado las

⁴²¹. Vid. MONEREO PEREZ, J.L., "La intervención de la Administración laboral en la tramitación y en el control de legalidad de los convenios colectivos "erga omens"", R.E.D.T. , núm. 32, 1.987, pág. 531 y ss; RAYON SUAREZ, E., "El control de la legalidad de los convenios colectivos por parte de la Administración", R.E.D.T., núm 9, 1982.

⁴²². MONEREO PEREZ, J.L., "La intervención...", cit., pág. 533.

normas que determinan la competencia⁴²³ y la legitimación para negociar en representación de la Administración y de los funcionarios, respectivamente, así como las reglas que disciplinan la constitución del órgano negociador y la formación de su voluntad⁴²⁴; 2º) Que se hayan rebasado los límites formales que acontecen, según se ha visto, la elaboración del Acuerdo; y 3º) Que el Acuerdo no respete el principio de jerarquía en cuanto a su contenido normativo.

En general, la ilegalidad como motivo justificado de oposición al Acuerdo vendrá referida la mayor parte de las veces, a vicios o defectos relacionados con las exigencias subjetivas, procedimentales y materiales a las que está sujeta la negociación colectiva funcionarial. En cualquier caso, es evidente que el Gobierno no puede aprobar un Acuerdo cuando contenga un defecto subjetivo, formal o sustantivo de tal índole, que, de ser impugnado ante la jurisdicción contencioso-administrativa, una vez aprobado y publicado, determine la declaración de su nulidad. Fuera de estos casos y ante la duda, debe imponerse la exigencia del deber de aprobar el Acuerdo. En todo caso, será la jurisdicción contencioso-administrativa la instancia competente para decidir si en un determinado supuesto existía o no la obligación de aprobar el

⁴²³. OJEDA AVILES, A., "Validez...", cit., pág. 302, afirma que la representación por órgano no competente para ello justifica la no aprobación lícita del Acuerdo.

⁴²⁴. Hay que notar que, de acuerdo con el planteamiento defendido más atrás, no justifica la desaprobación el hecho de que los sindicatos que han negociado el Acuerdo no representen, al menos, la mayoría absoluta de los representantes unitarios de los funcionarios. En sentido contrario, CARRERA ORTIZ, C., op. cit., pág. 275, para quien en este caso el Gobierno no puede ni debe dar su aprobación formal al mismo.

Acuerdo, valorando el alcance que, en su caso, pueda tener la ilegalidad como causa que justifica la negativa del Consejo.

4.2.2. La desviación de las "instrucciones".

203. La prohibición de ir contra los actos propios cede, obviamente, cuando los representantes de la Administración se han desviado de las instrucciones. En este caso, el Consejo de Ministros tiene la facultad y no la obligación de desaprobalo.

4.2.3. El cambio de las circunstancias que rodearon la negociación.

204. En cuanto a la regla "rebus sic stantibus", su aplicación permite también la desaprobación del Acuerdo. Ahora bien, el cambio de las circunstancias que rodearon la negociación ha de ser absoluto y radical.

4.3. Las soluciones.

205. La falta de aprobación puede considerarse como una modalidad especial de fracaso de la negociación colectiva. Y, a este respecto, conviene recordar que los conflictos de intereses que surgen a lo largo de la negociación se solucionan a través de la mediación (art. 38 L.O.R.A.P.) y, en su defecto, a través de la determinación unilateral por el Gobierno de las condiciones de

trabajo de los funcionarios públicos (art. 37.2 L.O.R.A.P.). Pues bien, en los casos en que el Acuerdo no alcanza la aprobación, la única solución que arbitra la ley es la regulación unilateral por el Gobierno de las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos. Este recupera la potestad de supremacía que originariamente había cedido y resuelve unilateralmente el conflicto de intereses emanando una disposición reglamentaria o, en su caso, elaborando un Proyecto de ley. Con ello, se perfecciona el art. 3.2.b) de la L.M.R.F.P., donde la posibilidad de regulación unilateral sólo se contemplaba en relación a "los casos en que no se produzca acuerdo en la negociación".

La ley no contempla una nueva negociación en esta fase del procedimiento ni la posibilidad de remitir a la mesa negociadora el Acuerdo cuando no alcance la aprobación. A pesar de ello, la devolución del Acuerdo a la mesa negociadora resulta obligatoria para la Administración Pública en determinados supuestos, como requisito necesario en la medida en que pretenda recurrir a la decisión administrativa. La Administración Pública, de nuevo por respeto a la autonomía colectiva, no puede sin más negar la aprobación del Acuerdo y emanar, sin ulteriores trámites, la decisión administrativa de cambio. Por el contrario, debe, en primer lugar, fundamentar la negativa de aprobación y, en segundo lugar, devolver el Acuerdo a la mesa negociadora para que ésta tenga la oportunidad de revisar sus planteamientos conforme a esos argumentos que, a juicio del Gobierno, impiden o dificultan la

aprobación. Sólo cuando las partes hayan tenido esa oportunidad y, pese a ello, no se hayan recogido las observaciones hechas o no se hayan eliminado los obstáculos para la aprobación del Acuerdo es cuando el art. 37.2 podrá entrar en juego.

4.3.1. La devolución del Acuerdo a la mesa negociadora para su renegociación.

206. A mi juicio, la devolución del Acuerdo a la mesa negociadora debe producirse cuando la no aprobación lícita del Acuerdo se produce por alguna de las siguientes causas justificadas⁴²⁵: 1º) La representación por órgano incompetente para negociar; 2º) La ilegalidad del Acuerdo por defectos formales; 3º) La desviación de las instrucciones.

A) La representación por órgano incompetente para negociar.

207. Así, en primer lugar, si el defecto subjetivo que determina la desaprobación del Acuerdo es imputable a la propia Administración del Estado porque negocia en su nombre un órgano que no tiene competencia para ello, no cabe la regulación unilateral de las condiciones de trabajo, porque la Administración no puede ampararse en sus propios errores. De lo contrario, sería

⁴²⁵. Para GONZALEZ ORTEGA, S., "Los medios..", cit., pág. 461, cualquiera que sea la causa de desaprobación, la regulación unilateral sólo es posible si se concede a las partes la oportunidad de rectificar el Acuerdo en el sentido señalado por el Consejo de Ministros, porque, caso contrario, se vulneraría el deber de negociación de buena fe.

Los procedimientos

precisamente la parte sindical la que estaría sufriendo las consecuencias de un mal funcionamiento del mecanismo de representación en la Administración, lo que supondría la transgresión del principio de buena fe que debe presidir las relaciones de la Administración y los administrados, y ello aunque tal situación no hubiera sido maliciosamente causada, pues un acto es contrario a la buena fe cuando lesiona el valor ético social de la confianza jurídicamente válida, cualquiera que sea la intención. Ello sin contar con la hipótesis peor -que no quiere decir que haya de darse-, de que la representación actúe conscientemente, para neutralizar, de esa forma, la autonomía colectiva de los funcionarios.

208. Sin embargo, no resulta imaginable que la apertura de una nueva fase de negociaciones vaya a conducir a un resultado material distinto al conseguido, ya que la representación sindical que va a negociar es la misma y la norma en cuestión es correcta, al no existir ninguna discrepancia entre su contenido y el ordenamiento de rango superior y al haber sido acordada dentro de los límites fijados en las "instrucciones". Siendo esto así, la devolución del Acuerdo a la mesa negociadora sería contraria a los principios de celeridad, economía y eficacia, principios que han de

regir la actuación administrativa⁴²⁶ y cuyo ámbito de aplicación se extiende a los procedimientos de toda índole⁴²⁷, y supondría, además, una pérdida de tiempo y de esfuerzo considerable, con el nocivo efecto de prolongar el periodo de inseguridad jurídica.

Por ello, aunque para la perfección del Acuerdo, a diferencia de lo que sucede en relación con la validez y eficacia, es necesaria la voluntad del representante de la Administración, se puede mantener que la aprobación del Acuerdo por el Consejo de Ministros, que es la instancia en que está alojada la competencia normativa en cuestión, convalida el vicio de competencia. En apoyo de esta solución conviene recordar que el art. 53.1 de la L.P.A. admite la convalidación del vicio de competencia por el órgano competente.

B) La Ilegalidad del Acuerdo por defectos formales.

209. Como se ha dicho con anterioridad, el Consejo de Ministros no puede aprobar el Acuerdo, que, de ser objeto de un recurso contencioso-administrativo directo o indirecto, haya de ser declarado nulo o inaplicable al acto concreto combatido. De este

⁴²⁶. En este sentido, conviene notar que los arts. 29 y 32 de la L.P.A. no sólo autorizan, sino que imponen la aplicación de los principios señalados. Vid., por todos, REYES MONTERREA, J.M^a., "El principio de economía procesal", R.A.P., núm 96, 1.981, págs. 240 y ss. Es más, de acuerdo con lo dispuesto en el párrafo segundo del primer precepto citado, las indeterminaciones normativas que puedan surgir ante las diversas posibilidades de aplicación de las normas de procedimiento han de solventarse en el sentido más concordante con los principios arriba citados. Vid. GONZALEZ PEREZ, J., Comentarios..., cit., pág. 261.

⁴²⁷. Así, GONZALEZ PEREZ, J., Comentarios..., cit., pág. 260 y ss.

modo, como la infracción de las normas del procedimiento previsto para la elaboración del Acuerdo determinan la nulidad del mismo, el Consejo no puede aprobar un Acuerdo en cuya elaboración las partes hayan cometido alguna infracción procedimental. Pero tampoco puede dictar en su lugar un Reglamento. Si el vicio es imputable a la representación sindical, porque el art. 54 de la L.P.A., de aplicación general a todos los procedimientos administrativos⁴²⁸, impone a la Administración el deber de dar la oportunidad a los interesados de subsanar los defectos procedimentales. Por lo tanto, para que el Consejo de Ministros pueda dar relevancia a un defecto de procedimiento, será preciso que previamente les haya dado la oportunidad de subsanarlo⁴²⁹. Cuando la infracción sea imputable a la violación de las obligaciones de los representantes de la Administración, porque el Consejo de Ministros no puede ampararse en sus propios errores para desaprobando el Acuerdo y regular unilateralmente la materia, ya que, caso contrario, vulneraría el principio de la buena fe.

210. En cualquier caso, el Consejo de Ministros debe, pues, devolver el Acuerdo con la observación pertinente a la mesa negociadora, pero no para que se inicien nuevas negociaciones, ya que ello sería contrario al más elemental principio de economía negocial, sino para que lo convaliden según el tipo de infracción en que se hubiese incurrido y procedan al reenvío (arts. 53 y 54

⁴²⁸. GONZALEZ PEREZ, J., Comentarios..., cit., pág. 444.

⁴²⁹. Vid. GONZALEZ PEREZ, J., Comentarios..., cit., pág. 444.

L.P.A.). Así, si el vicio consiste, verbigracia, en la omisión de la firma de quienes lo suscriben, las partes deberán rectificar el Acuerdo en este sentido; si el defecto consiste en la falta de autorización del Ministro de Economía y hacienda, la convalidación consistirá en el otorgamiento de las misma (art. 53.4 L.P.A.). No obstante, si el vicio estriba en la omisión de informes o dictámenes preceptivos, entonces no es posible la subsanación (art. 53.5). En este caso, se deberán retrotraer las actuaciones al momento procedimental en que se haya cometido tal omisión, conservándose los trámites ulteriores que sean independientes de éste (art. 50.1 L.P.A.) y aquellos que, aun no siendo independientes, su contenido hubiera sido el mismo de no haberse cometido tal infracción (52 L.P.A.)⁴³⁰. A este respecto, conviene notar que las soluciones previstas en los arts. 50, 52 y 53 en orden a la conservación de los actos y trámites no afectados por la infracción eventualmente cometida a lo largo del procedimiento y la convalidación de los actos anulables son aplicaciones del principio de "economía procesal", por lo que tienen una validez general, esto es, deben aplicarse en tanto tales reglas no estén consignadas en las de un procedimiento especial⁴³¹.

C) La desviación de las instrucciones.

211. La desviación que se produzca respecto de las

⁴³⁰. Vid. GONZALEZ PEREZ, J., Comentarios..., cit., pág. 434.

⁴³¹. Así, GONZALEZ PEREZ, J., Comentarios..., cit., pág. 428.

"instrucciones" dadas por el Gobierno a sus representantes cuando éstas no sean conocidas por los sindicatos también determinará la devolución del Acuerdo a la mesa de negociación para que los representantes de la Administración, esta vez actuando según dichas "instrucciones" intenten concluir un nuevo Acuerdo⁴³². De lo contrario, sería precisamente la parte sindical la que estaría sufriendo injustamente las consecuencias de un mal funcionamiento del mecanismo de representación de la Administración. Ello sin contar con la hipótesis peor, de que la representación actúe deliberadamente con ignorancia de las instrucciones⁴³³.

Finalmente, sólo será factible la regulación unilateral cuando las instrucciones facilitadas a la representación sean claras, inequívocas y no induzcan a confusión⁴³⁴. De lo contrario, tampoco será posible la determinación unilateral de las condiciones de trabajo, porque la Administración no puede alegar o ampararse en sus propios errores o en una conducta confusa, equívoca o maliciosa. Tal conducta sería contraria al principio general de la buena fe.

4.3.2. La regulación unilateral de las condiciones de trabajo

⁴³². Para DEL REY GUANTER, S., Comentarios..., cit. pág. 244, "la solución más respetuosa con el derecho de negociación colectiva será, más que una regulación unilateral, la devolución del Acuerdo a la mesa..".

⁴³³. DEL REY GUANTER, S., Comentarios..., cit., pág. 244.

⁴³⁴. Para OJEDA AVILES, A., "Validez..", cit., pág. 303, las instrucciones tienen a veces una dicción muy amplia, y es hasta cierto punto fácil caer en la contradicción sobrevenida, en cuyo caso la respuesta debe ajustarse a la buena fe, lo que puede significar tanto una respuesta positiva como negativa.

de los funcionarios públicos.

212. En los demás supuestos, no es tan claro que el Consejo de Ministros no pueda emanar la decisión administrativa sin haber devuelto previamente a la mesa negociadora el Acuerdo que no ha superado el trámite de aprobación. Ciertamente, tal actuación podría ser considerada no respetuosa con la autonomía colectiva, incumplidora del deber básico de negociar de buena fe y, por consiguiente, no cumplidora de las exigencias contenidas en el propio art. 37.2 de la L.O.R.A.P.⁴³⁵. Sin embargo, a la vista del tenor literal del citado precepto, este argumento no parece suficiente para obligar a la Administración a devolver el Acuerdo a la instancia negociadora. Por consiguiente, cuando el defecto subjetivo que determina la desaprobación sea imputable a la representación funcional por que negocia en su nombre un sujeto que no tiene legitimación para ello o cuando el contenido del Acuerdo infrinja el ordenamiento jurídico, el Gobierno será libre para decidir entre su devolución a la mesa negociadora para que presente otro o para dictar la decisión administrativa de recambio.

4.3. 3. La aprobación parcial.

213. Es sabido, como se ha señalado al comienzo de este análisis, que los Acuerdos, de conformidad con la legislación vigente constituyen, una vez publicados, derecho necesario. Pero

⁴³⁵. Así, GONZALEZ ORTEGA, S., "Los medios..", cit., pág. 461.

Los procedimientos

ello no implica que les esté permitido desconocer o vulnerar la ley. Por esta razón, la ilegalidad material del Acuerdo no sólo autoriza, sino que obliga al Consejo de Ministros a desaprobalo y a dictar en su lugar un reglamento. Ahora bien, la referida ilegalidad puede afectar a todo el contenido del Acuerdo o sólo a parte del mismo. En este segundo caso se plantea el problema de determinar si es factible la "aprobación modificativa", esto es, si el Consejo de Ministros puede rectificar el texto del Acuerdo para adoptarlo a la disposición legal infringida, sin que por ello pierda su carácter de norma paccionada. A su favor, se podrían alegar los siguientes fundamentos: el primero, de orden histórico-jurídico, ya que, como es sabido, la "aprobación modificativa" de los convenios colectivos por la autoridad laboral era admitida en el sistema legislativo precedente en el sector laboral, sistema que presenta bastantes similitudes con el hoy vigente en el sector público⁴³⁶; el segundo, que el E.T. admite la posibilidad de sustituir las cláusulas nulas del convenio colectivo por parte del Magistrado, previa audiencia de los trabajadores, en los casos de nulidad parcial⁴³⁷. A la vista de cuanto queda dicho, no hay razón para no aceptar esta posibilidad. Así, pues, el Consejo de

⁴³⁶. Vid. SAGARDOY BENGOCHEA, J., "Procedimientos...", cit., pág. 383.

⁴³⁷. Así, PEREZ PEREZ, M., "La nulidad parcial del convenio colectivo", R.E.D.T., núm. 9, 1.982, pág. 637; SALA FRANCO, T. y ALBIOL MONTESINOS, T., op. cit., pág. 429. Vid. la S.T.C.T. de 7 de octubre de 1.987. ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M^a.E., op. cit., no aceptan la posibilidad de que el juez pueda sustituir las cláusulas nulas. Así, la S.T.C.T. de 14 de febrero de 1.984. Por su parte, OJEDA AVILES, A., Derecho..., cit., pág. 601, sostiene que la rectificación exige el mutuo acuerdo de las partes negociadoras.

Ministros tendrá dos opciones. O devolver el Acuerdo con la observación pertinente a la mesa negociadora para que sus miembros lo rectifiquen y procedan al reenvío, o proceder a su aprobación modificativa. Ahora bien, en este caso aquel deberá limitarse a rectificar el texto sin llevar a cabo una modificación sustantiva del mismo, pues, de lo contrario, perdería su carácter de norma paccionada, para devenir en una simple norma reglamentaria.

214. Pero cuando no sea posible la subsanación en los términos expuestos, se plantea la cuestión de si es factible que el Consejo de Ministros lo apruebe parcialmente o si, por el contrario, debe proceder en todo caso a desprobarlo en su totalidad. A favor de lo primero va la valoración de la economía global del Acuerdo. A favor de lo segundo, el viejo principio de que quien puede lo más, puede lo menos.

Para resolver este problema es conveniente ver qué sucede cuando sólo una parte del Reglamento o del convenio colectivo infringe la ley, y ello porque el Acuerdo participa de las características de ambos. Por lo que se refiere al primero, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 50.2 de la L.P.A., que no es más que una manifestación del principio de conservación de los actos, si el contenido del mismo está integrado por preceptos entre los que no existe relación de dependencia, la infracción del ordenamiento jurídico en que pueda incurrir uno de ellos limitará

sus consecuencias al mismo, sin que comporte la nulidad de la norma⁴³⁸. Por lo que se refiere al convenio colectivo, la doctrina sostiene que, salvo que exista una íntima conexión entre la parte del convenio que no está afectada por el vicio y la nula, es posible declarar la nulidad de ésta y dejar vigente el resto del convenio⁴³⁹.

Si esta es la solución adoptada tanto en relación con el reglamento como con el convenio colectivo, hay que admitir la posibilidad de que el Consejo de Ministros otorgue su aprobación a la parte del Acuerdo que no está afectada y regule el resto unilateralmente. Hay que tener en cuenta, además, que los representantes de los trabajadores pueden tener mayor interés en aceptar la nulidad total, que en soportar una nulidad parcial, porque así pueden renegociar el convenio⁴⁴⁰. Sin embargo, la parte sindical, en principio, no debe tener una inclinación por la desaprobación total del Acuerdo, pues ésta no determina la apertura de una segunda fase de negociaciones, sino la regulación unilateral. En definitiva, en base al viejo principio de que quien puede lo más, puede lo menos, hay que aceptar la desaprobación parcial del Acuerdo.

⁴³⁸. Ver, por todas, la S. del T.S. de 22 de octubre de 1.987.

⁴³⁹. Ver, por todos, PEREZ PEREZ, M., "La nulidad..", cit., págs. 636 y ss; SALA FRANCO, T. y ALBIOL MONTESINOS, I., op. cit., pág. 429. Ver, entre otras, las S.T.C.T. de 17 de septiembre de 1.985, 12 de enero de 1.987 y 21 de diciembre de 1.988.

⁴⁴⁰. Así, PEREZ PEREZ, M., "La nulidad..", cit., pág. 638.

Es más, se podría, incluso, decir que el Consejo no sólo está facultado para aprobar parcialmente el Acuerdo, sino que está obligado a ello ya que el principio de "conservación de los actos" es una manifestación del principio general de la buena fe, aunque algunas de las formas en que se manifiesta hayan sido tipificadas por la L.P.A.⁴¹. Si las partes negociadoras han actuado con lealtad, hay que suponer que querían que el Acuerdo produjera sus efectos normales. Por consiguiente, cuando en el mismo existan cláusulas independientes entre sí, la infracción en que haya podido incurrir una de ellas, limitará sus consecuencias a la misma, sin que comporte la desaprobación total. La solución más respetuosa con el derecho de negociación colectiva y más prudente para resolver una probable situación conflictiva será, sin embargo, la audiencia a los sindicatos negociadores por parte del Consejo antes de tomar una decisión al respecto.

215. Un problema adicional surge en el tema de la aprobación parcial en los casos en que las partes hayan establecido, como resulta frecuente en el sector laboral, un cláusula de "vinculación a la totalidad", de "indivisibilidad" o de "unidad" del entero Acuerdo, y mediante la cual las partes declaran que las condiciones pactadas en el Acuerdo forman un todo orgánico e indivisible que imposibilitaría que el Consejo de Ministros, por su cuenta, pudiera rectificar el texto del Acuerdo o, en su caso, aprobarlo parcialmente. La incorporación de esta cláusula en los convenios

⁴¹. Véase, por todos, GONZALEZ PEREZ, J., El principio... cit., págs. 86 y ss.

colectivos se explica porque, de este modo, se impide que el Magistrado, por su cuenta, pueda subsanar las anomalías del convenio y se le obliga a declarar en tales casos la nulidad total, con la devolución del convenio a las partes para que sean ellas quienes las subsanen⁴². En la función pública, la inclusión de esta cláusula sólo tiene sentido si va acompañada de un compromiso de devolución del Acuerdo a la mesa negociadora. Pues bien, en el caso hipotético de que así sea, el problema que se plantea es el de dilucidar si tal cláusula vincula o no al Consejo de Ministros. Si la adopción de esta cláusula está dentro de las atribuciones de sus representantes conforme a las instrucciones recibidas para la negociación, es evidente que si le obliga, salvo que con ella las partes pretendan un "pacto de cobertura" sobre alguna cláusula ilegal⁴³.

⁴². Vid. PEREZ PEREZ, M., "La nulidad..", cit., pág. 638.

⁴³. La doctrina acepta la validez de esta cláusula en el sector laboral. Así, OJEDA AVILES, A., Derecho..., cit. pág. 504. PEREZ PEREZ, M., "La nulidad..", cit., pág. 628. sin embargo, la considera nula cuando pretende un "pacto de cobertura" sobre otras cláusulas ilícitas o lesivas. Por su parte, la jurisprudencia no es clara al respecto. Vid., entre otras, las S.S.T.C.T. de 11 de mayo de 1.983 y 27 de febrero de 1.987.

CAPITULO IV

LA FORMALIZACION EXTERNA DE LOS PACTOS Y ACUERDOS.

1. Los Pactos y Acuerdos ya negociados y aprobados, al igual que los convenios colectivos⁴⁴⁴, no son inmediatamente válidos y eficaces, ya que precisan de una serie de requisitos de formalización externa para su plena validez y eficacia como normas de obligatoriedad general.

I. FORMA.

1. Escrituración.

2. Mientrás el E.T. exige, expresamente, la forma escrita del convenio colectivo "bajo sanción de nulidad" (art. 90.1)⁴⁴⁵. La L.O.R.A.P., en cambio, nada dice acerca de la forma que deben revestir los Pactos y Acuerdos. No cabe duda, sin embargo, que la escrituración es requisito formal de estas normas. En primer lugar, porque la forma escrita está implícita en la ley; se sobreentiende que los Pactos y Acuerdos han de formalizarse por escrito, ya que, caso contrario, sería difícilmente verificable su remisión a los

⁴⁴⁴. Ver, por todos, MONEREO PEREZ, J.L., "La intervención de la Administración laboral en la tramitación y en el control de legalidad de los convenios colectivos "erga omnes", R.E.D.T., núm. 32, 1.987, pág. 421.

⁴⁴⁵. Ver, por todas, la S.T.S.J. de Cataluña de 20 de diciembre de 1.991.

Los procedimientos

correspondientes servicios de mediación, arbitraje y conciliación y al B.O.E. o diarios oficiales correspondientes⁴⁴⁶. En segundo lugar, por la aplicación supletoria del art. 41 de la L.P.A., donde se establece la clausula general de "producción escrita" de los actos administrativos.

2. ¿Es necesaria la recepción del Acuerdo por un Decreto?.

3. La circunstancia de que los Acuerdos deban ser aprobados expresa y formalmente por el Consejo de Ministros plantea una cuestión adicional: ¿el acuerdo aprobatorio debe manifestarse a través de un Decreto -o de su homólogo en las otras Administraciones- en el que se recoga el texto de lo acordado por la mesa negociadora?. Las únicas referencias sobre este tema son las que se contienen en los arts. 35, a tenor del cual para la validez y eficacia del Acuerdo "será necesaria la aprobación expresa y formal de estos órganos en su ámbito respectivo", y 36, según el cual los "acuerdos aprobados.. se remitirán a la oficina pública..., y serán de inmediato publicados en el "Boletín Oficial del Estado" o diarios oficiales correspondientes". Para solucionar el problema planteado es necesario desentrañar el alcance y significado de las expresiones empleadas por estos preceptos.

⁴⁴⁶. Así, GARCIA FERNANDEZ, M., "Representatividad..", cit., pág. 2.472.

Los procedimientos

4. En lo concerniente al acuerdo aprobatorio, los requisitos legales son dos: aprobación expresa y formal. La aprobación expresa, entre otras cosas, para significar que el Gobierno debe manifestar externamente su voluntad.

5. La aprobación formal parece hacer referencia a algo obvio. Todo acto jurídico requiere una forma de manifestación, esto es, un medio de exteriorización de la voluntad, juicio o deseo en que consiste; no basta, en consecuencia, con que el acuerdo se debata como punto "a se" en el orden del día del órgano supremo y que el resultado se comunique a las partes negociadoras, sino que ese resultado ha de obtenerse siguiendo la tramitación adecuada y culminando en una fórmula administrativa homologada⁴⁴⁷. Ahora bien, esta conclusión es obvia, y a lo sumo puede indicar el deseo del legislador de que ninguna causa lleve a una aprobación por vía de urgencia o de procedimientos cualesquiera que alivie algún tipo de trámite. Pero, ¿cuál es la forma que debe revestir el acuerdo aprobatorio?

6. Pues bien, la conclusión que se obtiene es la siguiente: la ley exige que la voluntad del Consejo de Ministros de aprobar el Acuerdo se manifieste externamente, y que, además, lo haga sujetándose a un determinado procedimiento administrativo y

⁴⁴⁷. OJEDA AVILES, A., "Validez..", cit., pág. 297.

Los procedimientos

adoptando una determinada configuración. Pero no prejuzga ni el medio de comunicación ni la forma que el Consejo de Ministros debe emplear para ello.

7. Por ello, hay que abordar esta cuestión desde fuera de la L.O.R.A.P., con el instrumental genérico del Derecho Público. En términos generales los actos del Consejo de Ministros reciben la denominación de acuerdo, expresión, por otra parte, conforme con la naturaleza de un órgano que formalmente es colegiado. Este vocablo comprende las distintas especies en que aquel se puede manifestar. El art. 24 de la L.R.J.A.E. distingue las siguientes especies: - los que "adoptarán la forma de Decreto", es decir, "las disposiciones generales no comprendidas en los arts. 10 y 12 de la Ley de Cortes y las resoluciones del Consejo de Ministros cuando así lo exiga alguna disposición legal" (art. 24.1); - los que "no requieran la forma de Decreto", a saber, aquellos que sin estar comprendidos en el supuesto anterior "por su naturaleza, importancia o repercusión en la vida nacional requieren el conocimiento y dictamen del Gobierno" (art. 24.3).

El criterio sostenido por la L.R.J.A.E. es que dentro del ámbito competencial del citado órgano gubernamental requieren la forma de Decreto los acuerdos que encierran auténticas normas y las

Los procedimientos

resoluciones cuando lo exija alguna disposición legal⁴⁴⁸. Es decir, aun cuando el contenido de los Decretos no es siempre normativo, lo cierto es que los acuerdos normativos, salvo expresa disposición en contrario, siempre han de revestir esta forma. Los "Acuerdos que no revisten la forma de Decreto" no pueden contener más que actos administrativos pero nunca auténticas normas, ya que el art. 23.2 de la L.R.J.A.E., donde se enumera la jerarquía de las disposiciones administrativas, no habla de acuerdos del Consejo de Ministros, sino de una de sus modalidades: los Decretos⁴⁴⁹. Por contra, las resoluciones del Consejo de Ministros sólo revisten la forma de Decreto cuando así lo exija alguna disposición legal.

8. Partiendo de estas premisas, es necesario distinguir según la materia sobre la que versa el Acuerdo. Si se trata de materias reservadas a la ley, no cabe duda que el acuerdo del Consejo de Ministros deberá plasmarse en "Acuerdos que no reviste la forma de Decreto", pues es esta la forma que corresponde a los acuerdos del Consejo de Ministros mediante los que se acuerda la redacción definitiva de los Proyectos de Ley y especialmente de las Leyes de Presupuestos Generales del Estado, así como su remisión a las Cortes y retirada de ellas cuando se considera procedente.

⁴⁴⁸. DE MIGUEL GARCIA, P., "Reuniones y acuerdos del Consejo de Ministros", R.A.P., núm 79-81, 1.976, págs. 220 y ss.

⁴⁴⁹. DE MIGUEL GARCIA, P., op. cit., pág. 229.

Los procedimientos

9. Si se trata de materias no reservadas a la ley, la solución, en principio, difiere según la posición que se adopte entorno a la naturaleza del acto de aprobación. Si se entiende que no es más que un acto administrativo por el que se perfecciona la eficacia del Acuerdo, la conclusión no puede ser sino una: no es necesaria la forma de Decreto⁴⁵⁰. Las resoluciones del Consejo de Ministros, como se ha visto, sólo deben instrumentarse por Decreto cuando así lo exija alguna disposición legal. Por consiguiente, como la L.O.R.A.P. sólo habla de "aprobación expresa y formal", sin exigir que ésta deba exteriorizarse mediante la emanación de un Decreto, el acuerdo por el que se aprueba el Acuerdo, valga la redundancia, no requiere dicha forma⁴⁵¹. A mayor abundamiento, la L.O.R.A.P. no contempla la publicación del acuerdo aprobatorio en el B.O.E., lo que sería una forma de indicar que desea el máximo rigor formal de que dispone la Administración⁴⁵².

⁴⁵⁰. En esta línea, CARRERA ORTIZ, C., op. cit., pág. 268; DEL REY GUANTER, S., Comentarios..., cit., pág. 235; OJEDA AVILES, A., "Validez..", cit., pág. 299. Este último concluye que la conformidad del órgano ejecutivo supremo adoptará de ordinario la forma de acuerdo excepto cuando deba asumir el rango de Decreto porque así se derive expresamente de alguna disposición legal en base a la índole de la materia, o cuando se desee neutralizar directamente la prevalencia de una norma en vigor.

⁴⁵¹. Así, CARRERA ORTIZ, C., op. cit., pág. 268; OJEDA AVILES, A., "Validez..", cit., pág. 299.

⁴⁵². OJEDA AVILES, A., "Validez..", cit., pág. 299. Es más, como esta autor parte del presupuesto de que el Acuerdo es un "contrato administrativo", sostiene que la Ley de Contratos del Estado ofrece un argumento adicional: su art. 8 requiere el acuerdo del Consejo de Ministros para autorizar la celebración de los contratos más significativos, es decir, requiere una conformidad previa a la firma, mientras que en la L.O.R.A.P. se habla de aprobación del acuerdo ya perfecto -aunque todavía privado de validez y eficacia-. De la comparación de ambas leyes, cabe extraer la tesis de que el legislador de la L.O.R.A.P. otorga a la aprobación de los Acuerdos aun menor entidad que la L.C.E. a la autorización de las negociaciones contractuales, y si esta última no requiere el rango de Decreto, menos aun lo exigirá la primera.

Los procedimientos

De aceptarse este planteamiento, la estructura del acto de aprobación no sería la propia de un reglamento, o sea, preámbulo y parte dispositiva distribuida en artículos, sino la típica de un acto administrativo, con exposición de antecedentes, considerandos y resolución. La resolución podría constar de dos bloques. El primero referiría los actos preparatorios realizados (instancia informes) e invocaría las normas legales, de competencia y de fondo en que se fundamenta; el segundo recogería la parte dispositiva o decisión propiamente dicha, en la que se declarararía la publicación en el B.O. correspondiente y, como anexo, el texto del Acuerdo aprobado, así como su depósito.

10. En cambio, si se entiende que el acto de aprobación expresa y formal no es un acto administrativo, sino un acto normativo que otorga la eficacia y validez al Acuerdo alcanzado en sede negocial, la solución, en principio, debe ser diferente. La calificación del acto de aprobación como actividad reglamentaria y no ejecutiva conduce a afirmar que su forma debería ser la de un Decreto y no la de un Acuerdo. Incluso más, y con el valor interpretativo tan limitado que ello tiene, lo cierto es que, en los trámites parlamentarios existe una indicación del Gobierno al presentar el proyecto de ley con la redacción actual del art. 35. Más concretamente, el Ministro para las Administraciones Públicas realizaba la siguiente afirmación en la presentación de dicho proyecto ante el Senado: "...porque la decisión que haya sido

Los procedimientos

objeto de discusión o de conversaciones no podrá tener vigencia si no va seguida de una decisión con el rango normativo correspondiente por parte del órgano ejecutivo competente.."453. No cabe duda que una expresión tan enérgica parece significar el máximo rigor formal de que la Administración dispone, es decir, la promulgación de un Decreto en Consejo de Ministros, que, inclusive, contenga el texto de lo acordado previamente en la mesa de negociaciones.

De aceptarse esta segunda solución, la decisión gubernamental podría adoptar la fórmula de aquellas disposiciones que contienen un precepto del tipo "se aprueba el adjunto Reglamento", viniendo de seguido el texto articulado del reglamento que se aprueba.

11. En este momento del razonamiento es preciso traer a colación lo dispuesto en el art. 36 de la Ley. Las posibles interpretaciones son dos. O bien considerar que su propósito es el de dejar bien claro que no basta con la publicación del acuerdo aprobatorio, que, de exteriorizarse mediante Decreto, viene impuesta por la L.R.J.A.E., sino que es necesaria la publicación íntegra del Acuerdo⁴⁵⁴. O bien entender que el hecho de que la ley

⁴⁵³. D.S. Senado, núm. 32, 1.987, pág. 1.226.

⁴⁵⁴. En este sentido, conviene notar que respecto a los planes de urbanismo se considera suficiente para que produzca efectos la publicación del acuerdo aprobatorio. Vid. GONZALEZ PEREZ, J., Comentarios a la ley del Suelo, Madrid, 1.988, apud artículo 6.

Los procedimientos

prevea el depósito y la publicación de los Acuerdos indica que estos no necesitan de la promulgación de un reglamento de contenido idéntico⁴⁵⁵. Desde esta perspectiva, la L.O.R.A.P. vendría a excepcionar la regla general explicitada en el art. 24 de la L.R.J.A.E.

12. Ello pudiera ser interpretado como que tanto los Pactos como los Acuerdos son verdaderos y propios convenios colectivos con eficacia jurídica propia. Pero baste recordar lo dicho anteriormente respecto a los Acuerdos para negar a éstos tal condición⁴⁵⁶. Aún aceptando que el acto de aprobación deba exteriorizarse a través de un mero Acuerdo, este extremo no desmiente su carácter reglamentario pues la forma de los actos jurídicos de la Administración no es relevante para determinar su naturaleza jurídica⁴⁵⁷. Téngase en cuenta a este respecto, que el poder reglamentario que el art. 97 de la Constitución reconoce al Gobierno ha de ser ejercido "de acuerdo..a las leyes", siendo una de ellas, evidentemente, la L.O.R.A.P. De esta forma, esta disposición legal viene a establecer no sólo un procedimiento especial para elaborar las disposiciones reglamentarias del

⁴⁵⁵. Así, BLASCO ESTEVE, A., "La negociación..", cit., pág. 2.172; SALA FRANCO, T., "Administración..", cit., pág. 69. Notése, que el art. 2.f) del R.D. 1.040/1.981, de 22 de mayo, sobre Registro y Depósito de convenios prevé la inscripción registral, depósito y publicación de las disposiciones sobre extensión de convenios colectivos y no del convenio extendido.

⁴⁵⁶. Así, SALA FRANCO, T., "Administración..", cit., pág. 69.

⁴⁵⁷. Así, VALDES DAL-RE, F., "La adhesión..", cit., pág. 541.

Los procedimientos

Gobierno que afecten a la relación de empleo público, sino también una forma especial.

En lo que a la práctica se refiere se aprecia la falta de unidad de criterio al respecto. Así, y por lo que respecta a la esfera estatal, encontramos Acuerdos que se publican como tales sin contar con la aprobación expresa y formal del Gobierno y sin hacer referencia alguna a la misma⁴⁵⁸. Otros también se publican sin haber sido previamente aprobados, pero señalan expresamente que para su validez y eficacia será necesaria la aprobación expresa y formal del Consejo de Ministros⁴⁵⁹. Otro grupo de Acuerdos se publican una vez han sido aprobados, pero sin contar con la forma de Decreto⁴⁶⁰. Hay que subrayar, sin embargo, que estos últimos no establecen propiamente normas directamente aplicables a los funcionarios, sino compromisos entre las partes contratantes. Finalmente, también aparecen disposiciones reglamentarias bajo la forma de Decreto, que, al exponer en su preámbulo sus antecedentes,

⁴⁵⁸. Así, el Acuerdo sobre aplicación del Fondo previsto en el art. 25 de la Ley 37/1.988, de 28 de diciembre y aprobación de las mejoras retributivas que se derivan del mismo para los del Estado (B.O.E. 26-4-1.989) y el Acuerdo sobre Colaboración entre el M^o para las Administraciones Públicas y las Centrales Sindicales más representativas en materia de Formación del personal al servicio de las Administraciones Públicas (B.O.E. 17-5-1.991)

⁴⁵⁹. Así, el Acuerdo sobre incremento de retribuciones de los del Estado para 1.989 (B.O.E. 15-3-1.989) y el Acuerdo sobre condiciones de trabajo del personal funcionario de los Cuerpos Sanitarios Locales (B.O.E. 14-3-1.990).

⁴⁶⁰. Así, el A.N.C. el A.M.A. y el Acuerdo por el que se introducen modificaciones en la ampliación en la aplicación del Régimen Retributivo en el Real Decreto Ley 3/1.987, de 11 de septiembre (B.O.E. 28-7-1.990).

hacen referencia a su origen paccionado⁴⁶¹. Idéntico desconcierto se aprecia en el ámbito autonómico⁴⁶²

II. TRAMITES PROCEDIMENTALES DE FORMALIZACION.

13. Una vez los Pactos y Acuerdos han sido acordados y aprobados por los miembros de la mesa negociadora y por el Consejo de Ministros deben cumplimentar determinados trámites administrativos para alcanzar la fuerza normativa..En este sentido, el art. 36 de la ley dispone que estos "se remitiran a la oficina pública a que hace referencia el art. 4 de la Ley orgánica 11/1.985, de 2 de agosto de libertad sindical, y serán de inmediato publicados en el "Boletín Oficial del Estado" o diarios oficiales correspondientes".

Aunque los órganos que intervienen son distintos según se hayan negociado en las esferas estatal, autonómica o local, la ley

⁴⁶¹. Así, el R.D. 574/1.991, de 22 de abril; el R.D. 575/1.991, de 22 de abril y el R.D. 1.377/1.991, de 13 de septiembre.

⁴⁶². Así, algunos Acuerdos se publican sin hacer referencia al tema de la aprobación. Esta práctica viene dándose en el País Vasco. Veáanse, por todos, el Acuerdo de regulación de condiciones laborales del personal de las Universidades (B.O. 18-12-1991) y el Acuerdo del Personal al Servicio de la Comunidad Vasca (B.O. 2-8-1.991). Otros condicionan su eficacia a su posterior aprobación por parte del Consejo de Gobierno (Acuerdos entre las organizaciones sindicales y la Administración de la Diputación Regional para mejora de las condiciones socioeconómicas y de participación para 1.990 y 1.991 (B.O. 15-6-1990 y 24-5-1.991). Un tercer grupo de Acuerdos se recogen en resoluciones del Consejo de Gobierno correspondiente (Así, por ejemplo, el Acuerdo de incrementos para los funcionarios de la Administración de la Comunidad Autónoma andaluza -B.O. 20 de julio 1.990- y el Acuerdo de Galicia -D.O. 3 y 5 de septiembre de 1.991-. La mayor parte de las negociaciones, sin embargo, concluyen en acuerdos que se recogen en disposiciones reglamentarias, que ni siquiera señalan su origen contractual.

Los procedimientos

no ha introducido diferencias en el procedimiento. Por ello convendrá analizarlo unitariamente, aunque las reflexiones serán realizadas teniendo principalmente en cuenta a la Administración del Estado.

1. Trámites administrativos.

14. Los trámites administrativos exigidos por el legislador son, como se ha visto, dos: la remisión de los Pactos y Acuerdos a la oficina pública y el envío de los mismos para su inserción en el Boletín Oficial correspondiente. No se exige, a diferencia de lo que sucede en el ámbito laboral en relación con los convenios colectivos (art. 90.2 E.T.), el registro de los Pactos y Acuerdos por la autoridad laboral. Sin perjuicio del fin último de todo registro, cual es el de alcanzar la seguridad jurídica⁴⁶³, éste desempeña otro fin, que, aunque secundario respecto de aquel primero, adquiere en este caso calidad de primordial. Efectivamente, este registro presenta, como subraya el Alto Tribunal, "aspectos propios de los Registros establecidos para facilitar la actividad en orden a la delimitación y control de actividades privadas y las relaciones externas a la Administración"⁴⁶⁴. A través de la inscripción registral la

⁴⁶³. MONTORO PUERTO, "Legitimación pública", N.E.J., pág. 83.

⁴⁶⁴. S.T.C.o. 18/1.982, de 4 de mayo, f.j. n° 7.

Los procedimientos

Autoridad laboral conoce la existencia y contenido de los convenios colectivos, lo que le permite hacer uso de la facultad-obligación de abrir el procedimiento de oficio si estima que el convenio colectivo conculca la legalidad vigente o lesiona gravemente el interés de terceros⁴⁶⁵. Así, pues, aun cuando la legislación laboral no le atribuye facultades calificadoras sobre la acomodación a Derecho de los convenios colectivos, función reservada, en exclusiva, a los órganos judiciales⁴⁶⁶, lo cierto es que las tareas que le encomienda comportan un "examen valorativo" de los convenios que equivale a "un auténtico control de legalidad"⁴⁶⁷. Y, aunque los representantes de los trabajadores o empresarios afectados y los terceros lesionados pueden impugnar los convenios colectivos que todavía no han sido registrados, la Autoridad laboral mantiene una posición preeminente en el control preventivo de la legalidad de los convenios colectivos, ya que el ejercicio por aquellos de su derecho a la tutela judicial es subsidiario de la correspondiente "comunicación de oficio" dirigida al tribunal correspondiente (arts. 160 y ss del Real Decreto Legislativo 521/1.990, de 27 de abril, por el que se aprueba el

⁴⁶⁵. Tal actuación de la autoridad laboral pone en marcha un procedimiento especial, que ha sido regulado en los arts. 160 y ss del Real Decreto Legislativo 521/1.990, de 27 de abril, por el que se aprueba el texto articulado de la ley.

⁴⁶⁶. MONEREO PEREZ, J.L., "La intervención..", cit., pág. 530.

⁴⁶⁷. Ver, por todos, PEREZ PEREZ, M.: "La nulidad parcial..", cit., pág. 625; SEMPERE NAVARRO, A.V., "Tribunal ..", cit., pág. 261.

Los procedimientos

texto articulado de la ley de procedimiento laboral)⁴⁶⁸.

15. Siendo esto así, se comprende fácilmente por qué la L.O.R.A.P. se distancia en este tema del sector laboral. La ley no exige el registro por la autoridad laboral de los Pactos y Acuerdos porque no quiere que ésta lleve a cabo un examen valorativo sobre la acomodación a Derecho de estas normas, y ello por las siguientes razones:

En primer lugar, porque el control de legalidad de los Pactos y Acuerdos por la propia Administración carece de sentido. La actividad de la autoridad laboral se explica porque el convenio colectivo, sin perjuicio de su originario carácter contractual, constituye una norma jurídica obligatoria y, además, de eficacia personal general. De este modo, como la actuación de sindicatos y empresarios, guiada por sus intereses privativos y particulares no es garante de antemano de la conformidad del convenio con el resto del ordenamiento jurídico, al que está sometido, se hace necesaria la intervención de la Administración para velar el correcto ejercicio del derecho de negociación. En cambio, aquí, y aunque los Pactos y Acuerdos también están sometidos al principio de jerarquía normativa, como la Administración es parte contratante carece de sentido el control del desarrollo de la negociación colectiva por

⁴⁶⁸. Así, GONZALEZ VELASCO, J., "Los convenios colectivos como normas susceptibles de impugnación por los sujetos individuales", A.L., núm. 47, 1.988, pág. 1.185.

la propia Administración.

En segundo lugar, porque va contra la naturaleza de las cosas y contra los principios más elementales de la organización administrativa el que un órgano de condición jerárquica inferior actúe y supervise lo que otro de mayor rango ha hecho, sobre todo cuando se trata de un Acuerdo, al llevar éste aparejada la aprobación del Consejo de Ministros.

En tercer lugar, porque no es adecuado que realicen el examen valorativo sobre la acomodación a derecho de los instrumentos negociales previstos para la Función Pública órganos tan especializados en materia laboral como la propia Autoridad laboral o el S.M.A.C., pero carentes de conocimientos cualificados sobre las materias objeto de negociación en el sector funcionarial.

En cuarto y último lugar, porque en la elaboración de los Pactos y Acuerdos se han observado una serie de formalidades - informe del C.S.F.P., de la C.S.P.,...- con la finalidad de asegurar el acierto y la legalidad de los mismos, que hacen, por consiguiente, innecesario e inútil un control "a posteriori".

2. Régimen jurídico aplicable.

16. La regulación legal de los trámites administrativos

Los procedimientos

antes reseñados es parca y, además, no alcanza niveles adecuados de claridad; existen numerosos puntos que recargan de dudas un tema que, por afectar muy directamente al derecho de negociación, debería haber sido mejor perfilado. En esta situación es obvio que los problemas jurídicos que se susciten deberán resolverse a partir de otras fundamentaciones legales. En principio, partiendo de la naturaleza reglamentaria que se asigna al Acuerdo, una vez es aprobado expresa y formalmente por el Consejo de Ministros, habría que acudir, con carácter supletorio, a la normativa aplicable a las disposiciones de carácter general. Por contra, teniendo en cuenta que los Pactos son auténticos convenios colectivos, similares a los que se celebran en el ámbito laboral, sólo sería posible acudir al E.T. y normas complementarias, que entrarían en juego bien por aplicación analógica o bien como "directriz" o "marco de referencia" orientador de las resoluciones judiciales.

17. Esta diversidad de soluciones según se trate de un Pacto o un Acuerdo, aparte de que complicaría extremadamente el tema, no parece encontrar acomodo legal. Existen indicios suficientes en la ley para entender que tanto los Pactos como los Acuerdos han de integrarse en el ordenamiento a través de un procedimiento similar a los convenios colectivos.

En primer lugar, el hecho de que el art. 36 de la ley exiga la publicación de los Pactos y, sobre todo, de los Acuerdos, parece

indicar que éstos no siguen el sistema de formalidades previsto para las disposiciones de carácter general o cuando menos el instrumento natural de publicación de éstas. De lo contrario, este precepto sería plenamente superfluo, ya que la exigencia de la publicación consta en el art. 132 de la L.P.A. Este argumento, sin embargo, no es irrefutable, porque, como se ha visto más atrás, el art. 132 de la L.P.A reitera la norma contenida en el art. 129 de la L.R.J.A.E., que, a su vez, no hace más que recoger el principio consagrado en el Código Civil.

En segundo lugar, y más decisivo a este respecto, es la previsión legal del depósito de los Pactos y Acuerdos en los servicios de mediación, arbitraje y conciliación como presupuesto previo a la publicación de los mismos, ya que en líneas generales éste es el iter procedimental a seguir en la formalización externa de los convenios colectivos.

18. En vista de los anteriores argumentos no parece descabellado afirmar que los Pactos y Acuerdos han de ser depositados y publicados como si de un convenio colectivo se tratara⁴⁶⁹. El carácter reglamentario del Acuerdo no representa un obstáculo a la solución apuntada. En este sentido, baste recordar

⁴⁶⁹. En esta dirección se mueve la práctica administrativa. Ver las Resoluciones de la D.G.T. por las que se dispone el depósito y publicación de los Pactos y Acuerdos de la Administración del Estado: de 2 de marzo y 5 de abril de 1.989 (B.O.E. 15-3-89 y 26-4-89, respectivamente), y 20 de febrero y 5 de junio de 1.990 (B.O.E. 14-3-90 y 18-6-90, respectivamente).

Los procedimientos

que han de ser objeto de registro y trámites sucesivos las disposiciones sobre extensión de convenios colectivos, los laudos arbitrales "ex art. 10.1 R.D.L.R.T.", y cualquier otro acuerdo, laudo arbitral o pacto que legalmente tenga reconocida eficacia de convenio (art. 2 R.D. 1.040/1.981). Se trata de normas que poseen distinta naturaleza jurídica. Pero todas ellas son expresión de la autonomía colectiva con un fundamento idéntico al de los convenios colectivos: el acuerdo directo de las partes solucionando el conflicto o remitiendo su solución a un tercero. De ello, resulta que lo decisivo a efectos de registro, depósito y publicación no es la naturaleza de la norma, sino el carácter negociado de la misma, rasgo que, con todas las matizaciones pertinentes, no se puede negar a los Acuerdos.

3. Remisión de los Pactos y Acuerdos a la oficina pública.

19. Las cuestiones planteadas por este trámite son, al menos, las siguientes: 1º) Sujeto que debe proceder a la remisión; 2º) Lugar donde deben presentarse los Pactos y Acuerdos; 3) La actuación del encargado de la oficina pública; y 4º) la virtualidad del depósito.

3.1. Los sujetos responsables de la remisión.

20. La cuestión de fondo consiste en determinar quién o

Los procedimientos

quiénes son los responsables de remitir los Pactos y Acuerdos a la oficina pública a que hace referencia el art. 36 de la ley. La solución a este problema es de vital importancia a la hora de exigir responsabilidades por el eventual incumplimiento de tal obligación, y de ahí, precisamente, el interés del tema. La ley nada dice sobre este extremo. Igual sucede en el ámbito laboral, donde el E.T. tampoco señala nada al respecto, y, sin embargo, la doctrina ha interpretado este silencio en el sentido de que la presentación del convenio acordado para registro ante la autoridad administrativa laboral incumbe a la comisión negociadora y, dentro de ella, a su presidente¹⁷⁰. Idéntico criterio se podría defender en la Función Pública, de forma que la obligación recayese en el presidente de la mesa negociadora y, si no la ha tenido, en la misma mesa negociadora.

Es posible, sin embargo, propugnar otra solución más ventajosa y cómoda para la representación sindical. En efecto, de acuerdo con el principio de oficialidad, cuyo ámbito de aplicación se extiende a los procedimientos de toda índole, la Administración está específicamente obligada a desplegar por si misma, ex officio, toda la actividad que sea necesaria para llegar a la decisión final, sin necesidad de que sea excitada en este sentido por los particulares. La impulsión de oficio comporta para la Administración la

¹⁷⁰. Vid, por todos, ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M^a.E., op. cit., pág. 793; SALA FRANCO, T. y ALBIOL MENTESINOS, I., op. cit., pág. 390.

Los procedimientos

obligación de impulsar los trámites de formalización externa de los Pactos y Acuerdos, sea cual sea la actitud, activa o pasiva, que puedan adoptar las organizaciones sindicales firmantes.

El carácter contractual de estas normas es irrelevante a estos efectos. Nótese a este respecto que el art. 92 del E.T. impone a la presidencia de la comisión negociadora la obligación de presentar el convenio acordado para registro ante la autoridad laboral competente, pero, una vez ésta última tiene conocimiento sobre la existencia del convenio, es a ella, aunque el E.T. no lo señale expresamente, a quien obliga a enviarlo al S.M.A.C. y al diario oficial correspondiente⁴⁷¹. Se trata en ambos casos, como sostiene la doctrina, de una obligación impuesta a la autoridad laboral y no a la comisión negociadora. El legislador exime a los miembros de la comisión negociadora de la obligación de realizar los trámites administrativos dirigidos a garantizar la publicidad del convenio y su inserción en el ordenamiento general. Y lo hace porque considera que, para garantizar la eficacia vinculante del convenio, como le ordena la Constitución⁴⁷², no es suficiente con poner a disposición de los miembros de la comisión negociadora todos los medios de que dispone el Estado para dar publicidad a sus normas,

⁴⁷¹. Ver, por todos, MONTOYA MELGAR, A. , op. cit., pág. 173; SALA FRANCO, T. y ALBIOL MONTESINOS, I., op. cit., pág. 390.

⁴⁷². SEMPERE NAVARRO, A.V., "Tribunal..", cit., pág. 259, señala que el espíritu del art. 37 de la Constitución "es el de potenciar la negociación colectiva apoyándose tanto la actividad negociadora como el fruto resultante".

Los procedimientos

sino que, además, ha de encomendar la formalización externa del convenio a la propia Administración. Si ésta es la solución adoptada para los convenios cuando éstos, en realidad, constituyen un acto de autonomía privada, es lógico seguir idéntico criterio en relación con los Pactos y Acuerdos, y, si cabe con mayor razón, ya que éstos son el resultado de un proceso negociador que forma parte del sector público.

21. Ahora bien, es necesario precisar qué órgano en concreto tiene atribuida tal competencia. Dado que la L.O.R.A.P. carece de cualquier índole de previsión al respecto, la solución deberá obtenerse a partir de otras fundamentaciones legales. En principio, como el depósito constituye un presupuesto previo de la publicación de los Pactos y Acuerdos⁴⁷³, es de suponer que el órgano encargado de remitirlos a la oficina pública debe ser aquel que tenga atribuida la competencia para ordenar su publicación. Así, y por lo que respecta a la Administración del Estado, partiendo de la premisa de que los Pactos y Acuerdos tienen el mismo valor jerárquico que corresponde a las normas emanadas del órgano que los suscribe o aprueba, esto es, Orden Ministerial y Decreto, respectivamente, hay que entender que los órganos facultados para ordenar su publicación y, por ende, su depósito serán aquellos que tengan la facultad de ordenar la publicación de las Ordenes

⁴⁷³. DEL REY GUANTER, S., Comentarios..., cit., pág. 239; SALA FRANCO, T. y ALBIOL MONTESINOS, I., op. cit., pág. 391, entienden que el depósito y la publicación son trámites consecutivos por este orden.

Los procedimientos

Ministeriales y Reales decretos. Así, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 13 del R.D. 1411/1.986, de 6 de junio sobre el Boletín Oficial del Estado, la facultad para ordenar el depósito de los Acuerdos y Pactos corresponderá al Ministro que los haya refrendado o suscrito, o, por su delegación, a los demás órganos superiores del departamento (Secretarios de Estado, Subsecretarios..). Hay que advertir, no obstante, que se trata tan solo de unas normas indicativas de un procedimiento normal de actuación de los órganos que pueden acomodarse a las circunstancias específicas en cada momento.

3.2. La oficina pública

22. De modo inespecífico, el art. 36 de la L.O.R.A.P. señala que los Pactos y Acuerdos deben remitirse "a la oficina pública a que hace referencia el art. 4 de la Ley Orgánica 11/1.985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical". Con el uso de esta expresión el legislador se refiere, como se ha visto más atrás (ver supra Título IV), a la S.M.A.C. y a los servicios de Mediación, arbitraje y conciliación de las C.C.A.A. que hayan recibido la transferencia de competencias en esta materia⁴⁷⁴ o, en su caso, de la Direcciones

⁴⁷⁴. En esta línea, el art. 2.4 del Decreto Vasco 304/1.987, de 6 de octubre, principalmente modificado por el 228/90, dispone que "los Acuerdos aprobados y los Pactos celebrados se remitirán a la Oficina Pública, dependiente del Departamento de Trabajo y Seguridad Social del Gobierno Vasco, a que hace referencia el artículo 4 de la L.O.L.I.S. y se publicarán en el "Boletín Oficial del País Vasco", a partir de cuyo momento adquirirán plena eficacia".

Provinciales del Ministerio de Trabajo.

24. La ley no especifica el criterio para determinar la competencia de la oficina, orgánicamente así determinada. En el sector laboral, según destaca doctrina⁴⁷⁵ y jurisprudencia⁴⁷⁶, la elección de la autoridad competente para ejercer las facultades previstas en el art. 90 del E.T. se hace en función del ámbito territorial de los convenios colectivos. La competencia corresponde a la Autoridad laboral con jurisdicción sobre todo el ámbito territorial de aplicación de los convenios colectivos, y preferentemente a la Administración periférica o de ámbito inferior⁴⁷⁷. Igual criterio hay que seguir en la Función Pública. Así, si los Pactos y Acuerdos son de la Administración del Estado, la competencia pertenece al Estado y, en particular, al S.M.A.C., pues el ámbito espacial de aquellos será siempre nacional. Si son de Comunidad Autónoma, la solución difiere según ésta haya asumido o no las funciones en esta materia: en el primer caso, habrán de presentarse en los niveles centrales de los órganos creados al efecto por la C.C.A.A.; en el segundo, la competencia será estatal y, además, del S.M.A.C., pues el ámbito de las normas es superior al provincial. Finalmente, Los Pactos y Acuerdos de las C.C.L.L.

⁴⁷⁵. Vid, por todos, SEMPERE NAVARRO, A.V., "Tribunal..", cit., pág. 239 y ss.

⁴⁷⁶. Ver las sentencias del T.C. 45/1.982, de 12 de julio y 85/1.982, de 23 de diciembre.

⁴⁷⁷. SEMPERE NAVARRO, V.A.. "Tribunal..", cit., pág. 270.

Los procedimientos

deberán ser depositados en las Delegaciones provinciales de los órganos creados por las C.C.A.A. o en los servicios de mediación, arbitraje y conciliación de las Direcciones Provinciales de Trabajo, según aquellas estén o no ubicadas en alguna de las C.C.A.A que han asumido las funciones certificantes desarrolladas por el extinguido I.M.A.C. en materia de convenios colectivos.

25. En cualquier caso, y a efectos de centralizar la constancia de la existencia de todos los Pactos y Acuerdos, con independencia de su ámbito territorial de aplicación, las Direcciones Provinciales de trabajo y las Comunidades Autónomas, deberán remitir un ejemplar de la documentación presentada al S.M.A.C. (art.5 R.D. 1.040/1.981). De esta forma, corresponderá a este órgano una función coordinadora de la actividad certificante, que puede tener una importancia no sólo estadística, sino también de salvaguardia de la competencia de las mesas de negociación de la Administración del Estado en relación con las bases del estatuto de los funcionarios autonómicos y locales. La misma actividad coordinadora habrá de tener lugar también en los niveles centrales de los órganos creados por las C.C.A.A. en relación con la actividad certificante desarrollada por sus delegaciones provinciales. Obviamente, siendo una obligación que no tiene otro fin que el de facilitar el conocimiento por la Administración de datos relativos a la negociación colectiva, la racionalización y organización de la actividad administrativa, su incumplimiento no

Los procedimientos

influye sobre las vicisitudes jurídicas de los Pactos y Acuerdos presentados a depósito⁴⁷⁸.

26. Los Pactos y Acuerdos han de remitirse directamente a los correspondientes servicios de mediación, arbitraje y conciliación. La práctica administrativa no se ha ajustado, sin embargo, al esquema normativo, ya que, al menos, los Pactos y Acuerdos estatales, generalmente, son presentados ante la Dirección General de Trabajo, quien procede entonces a través de una resolución unitaria a disponer el depósito y la publicación de los mismos⁴⁷⁹. Y es que en esta cuestión emerge la influencia del modelo laboral. En efecto, presentados los Pactos y Acuerdos en el "Registro general" del Ministerio de Trabajo y de Seguridad Social, éstos son remitidos a la unidad secundaria destinataria, pero la distribución, en general, se realiza por unidades superiores - Secretaria General de Empleo y Relaciones Laborales, Dirección General de Trabajo y S.M.A.C.-⁴⁸⁰. De este modo, dada la adscripción orgánica del S.M.A.C. a la dirección General de Trabajo, los Pactos y Acuerdos pasan, primeramente, por esta última. No es entonces extraño que la

⁴⁷⁸. SALA FRANCO, T y ALBIOL MONTESINOS, I., op. cit., pág. 144, llegan a esta misma conclusión en relación con la obligación de remitir al S.M.A.C. ejemplares de los estatutos sindicales depositados en los servicios autonómicos y provinciales.

⁴⁷⁹. Ver las Resoluciones de la D.G.T reseñadas en la nota 461.

⁴⁸⁰. Sobre la distribución de la documentación recibida en el Registro de entrada de los Ministerios, ver SERRANO GUIRADO, E., "Las oficinas de registro de los Ministerios y su significación para la organización y gestión administrativa", D.A., núm. 95, 1.965.

Los procedimientos

Autoridad laboral, habituada a realizar estos trámites en relación con los convenios colectivos, haya entendido que también le corresponde esta función en relación con los Pactos y Acuerdos. Ahora bien, de consolidarse esta práctica administrativa, en ningún caso puede implicar la inscripción registral ni el examen de la legalidad de los Pactos y Acuerdos por la Autoridad laboral, pues la ley es taxativa en este extremo.

3.3. La actuación de la oficina pública.

27. La ley no precisa qué tipo de actividad desarrolla el S.M.A.C. respecto de los Pactos y Acuerdos, pues tan sólo indica que los mismos "se remitirán a la oficina pública a que hace referencia el art. 4 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical 11/1.985, de 2 de agosto". La clave interpretativa para dilucidar esta cuestión se encuentra en el art. 10.3 del R.D. 530/1.985, donde se explicitan las funciones que el ordenamiento jurídico atribuye a este órgano. Este artículo le asigna, entre otras, la función de formalizar el depósito de los siguientes documentos: estatutos de los sindicatos y asociaciones empresariales, actas relativas a las elecciones de representantes unitarios, datos referentes a la representatividad de las asociaciones empresariales y convenios colectivos. El cometido básico de este órgano consiste en formalizar el depósito de los documentos señalados, custodiarlos y expedir certificaciones de los mismos. Así, identificada la

Los procedimientos

función que el ordenamiento jurídico atribuye al S.M.A.C. en materia documental, la conclusión que debe extraerse en orden al tema que ahora se examina no puede ser sino una: la L.O.R.A.P., al imponer la obligación de enviar los Pactos y Acuerdos al S.M.A.C., está exigiendo el depósito de los mismos por este órgano⁴⁸¹.

28. Con el depósito se pretende ejercer por la Administración un tipo de actividad certificante similar a la registral general⁴⁸². El fin último de toda actividad registral es la seguridad jurídica, por lo que los asientos registrales no deben contener datos, hechos o circunstancias que no se ajusten a las normas legales. La efectividad del principio de legalidad se garantiza a través de la función calificadora que, por regla general, realiza el órgano registrador⁴⁸³. Este rasgo genérico de la actividad registral quiebra en el procedimiento de depósito de los convenios colectivos. El encargado de la oficina pública no tiene funciones de calificación sobre la acomodación a Derecho de los convenios colectivos, ni tan siquiera de control sobre su ilegalidad⁴⁸⁴. Es de suponer que el legislador al redactar el art.

⁴⁸¹. En el mismo sentido, GARCIA FERNANDEZ, M., "Representatividad..", cit., pág. 2.472. DEL REY GGUANTER, S., Comentarios..., cit., pág. 238, entiende, en cambio, que la ley exige la inscripción registral.

⁴⁸². Vid. MARTINEZ JIMENEZ, J.E., La función certificante del Estado, Madrid, 1.977, págs. 57 y ss.

⁴⁸³. MONTORO PUERTO, op. cit., pág.94.

⁴⁸⁴. MONEREO PEREZ, J.L., "La intervención..", cit., pág. 535, afirma que el depósito de los convenios colectivos, a diferencia del registro, "no es concebido como prestación de seguridad ("aseguramiento")".

Los procedimientos

336 de la ley ha tenido en cuenta este precedente, por lo que estas consideraciones son extrapolables al ámbito de la Función pública.

Cabría objetar, sin embargo, que el S.M.A.C. no realiza un control sobre la legalidad de los convenios colectivos porque éste ha sido previamente afectado por la autoridad laboral. Presentados los convenios a registro ante la autoridad laboral, ésta procede entonces a un examen sobre el mismo, con el fin de determinar su adecuación al ordenamiento jurídico. Si estima que el convenio se ajusta al ordenamiento jurídico, dispone conjuntamente en una resolución unitaria su inscripción registral, depósito y publicación. Y si considera que el convenio conculca la legalidad vigente o lesiona gravemente el interés de terceros, se dirige de oficio a la jurisdicción laboral. De este modo, aun cuando el registro no convalida ni prejuzga la posible ilegalidad del convenio, lo cierto es que, una vez superado el control de legalidad, existe una presunción "iuris tantum" de que el convenio cumple todos los requisitos. Por ello, las funciones de la oficina pública no tienen ninguna implicación activa, sino meramente pasiva y burocrática, circunscribiéndose a custodiar los convenios colectivos negociados y a expedir las certificaciones de los mismos⁴⁸⁵.

⁴⁸⁵. VALDES DAL-RE. F., "La Comisión Consultiva Nacional de convenios colectivos", R.E.D.T., núm. 17, 11.984, pág. 18.

Los procedimientos

Sin embargo, incluso en los supuestos en que el encargado de la oficina pública recibe directamente los documentos, como sucede, por ejemplo, con los estatutos sindicales, éste se ha de limitar a verificar si los estatutos presentados a depósito contienen o no las menciones mínimas a que hace referencia el art. 4.1 de la L.O.L.I.S., sin entrar en valoraciones personales respecto a si esas menciones estatutarias dan buena cuenta o no de las exigencias legales⁴⁸⁶. El depósito en ningún caso es concebido como prestación de seguridad ("aseguramiento").

29. En definitiva, el encargado de la oficina pública se ha de limitar a formalizar el depósito de los Pactos y Acuerdos, sin entrar en consideraciones personales sobre la conformidad de éstos con el resto del ordenamiento jurídico. El control de la legalidad de tales instrumentos no es una obligación específica del encargado de la oficina pública, quedando supeditado el control judicial de los mismos a la intervención de terceros titulares con legitimación para poner en marcha el procedimiento judicial correspondiente. Así, ni la formalización del depósito ni la publicidad del mismo están supeditadas al previo examen de la legalidad de la documentación presentada. Si el encargado de la oficina pública carece de facultades calificadoras sobre la conformidad a Derecho

⁴⁸⁶. FERNANDEZ LOPEZ, F., "Régimen jurídico sindical", en A.A.V.V., Comentarios a la Ley de Libertad Sindical, Coord. MIGUEL PIÑERO. M., Madrid, 1.986, págs. 93 y ss; SALA FRANCO, T y ALBIOL MONTESINOS, I., op. cit., págs. 154 y ss.

Los procedimientos

de los Pactos y Acuerdos, es obligado concluir que carece igualmente de facultades para rechazar el depósito. Nótese, además, que el depósito no convalida ni prejuzga la posible ilegalidad de los Pactos y Acuerdos⁴⁸⁷.

A lo sumo, y por aplicación analógica de lo dispuesto en el art. 4 de la L.O.L.I.S. acerca del depósito de los estatutos sindicales, podría admitirse una verificación reglada por parte del encargado de la oficina pública, limitada a comprobar si los documentos que se le presentan corresponden a materias objeto de depósito y si reúnen los requisitos formales necesarios. De esta manera, si apreciara la existencia de algún defecto formal, podría requerir a los agentes negociadores para que lo subsanasen⁴⁸⁸.

30. Una vez formalizado el depósito, el encargado de la oficina pública deberá dar publicidad a los Pactos y Acuerdos. El mecanismo de publicidad es doble: de una parte, la oficina pública dispondrá su inserción en el Boletín Oficial correspondiente; de otra, facilitará el acceso de los interesados al depósito y expedirá certificaciones sobre los mismos.

⁴⁸⁷. Aserto que coincide con los principios generales del Derecho Registral, conforme a los cuales, "la inscripción no convalida los actos nulos o contratos nulos". ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Derecho hipotecario, T. I, Barcelona, 1.979, pág. 533.

37. En base a la S.T.C.T. de 10 de agosto de 1.983, SALA FRANCO, T.. "La jurisprudencia de los tribunales en materia de negociación y convenios colectivos", D.L., núm. 11, 1.984, págs. 7 y ss, estima que "antes" de la demanda de oficio, la autoridad laboral administrativa, de hecho, trate de evitarla sugiriendo a las partes citadas modificaciones a determinadas cláusulas de legalidad dudosa.

Los procedimientos

31. De acuerdo con el art. 2.6 del R.D. 530/1.985, corresponde al S.M.A.C.: "expedir certificaciones de la documentación en depósito...". En cuanto a las personas que pueden acceder a la publicidad del depósito, hay que notar que la publicidad de cualquier registro, salvo expresa disposición en contrario, se limita a aquellos que ostentan la condición de "interesado" (arts. 62, 63 y 69 L.P.A.)⁴⁸⁹. En esta línea, el art. 14 del R.D. 1.040/1.981, señala que "tanto el registro como el depósito de convenios colectivos tendrán el carácter de públicos". Por su parte, el art. 4.5 de la L.O.L.I.S. dispone que "cualquier persona estará facultada para examinar los estatutos depositados, debiendo además la oficina pública facilitar a quien así lo solicite, copia autenticada de los mismos". No hay, por contra, precepto alguno que consagre la publicidad absoluta del depósito de los Pactos y Acuerdos. La ausencia de preceptos relativos a la materia puede interpretarse como falta de regulación, salvo que la expresión "depósito" se entienda en un sentido amplio, como equivalente a toda actuación documental ordenada por la oficina pública. En este último sentido, los preceptos antes reseñados adquieren validez general. Así, pues, la publicidad del depósito de los Pactos y Acuerdos alcanza a todas las personas y no exclusivamente a aquellas que ostentan un determinado interés en

⁴⁸⁹. MONTORO PUERTO, op. cit., págs. 85 y ss., señala que solamente se reconoce publicidad absoluta en orden a aquellos registros que en su normativa específica no representan limitación alguna. Esto último sucede cuando, verbigracia, se afirma que el registro "será público" o que toda persona con capacidad legal podrá solicitar certificaciones.

Los procedimientos

conocerlos. Siendo esto así, no puede oponerse reparo alguno a la acreditación de la publicidad del depósito por medio de certificación. No se puede limitar la condición de la persona que pueda solicitar la certificación. En todo caso, el encargado de la oficina pública está obligado a otorgar o conceder la certificación.

3.4. La virtualidad del depósito.

32. Por lo que se refiere a la virtualidad que el depósito tiene sobre los Pactos y Acuerdos, son igualmente válidas las consideraciones formuladas por la doctrina acerca del depósito de los convenios colectivos. Constituye un trámite meramente instrumental que no tiene otro fin que el de facilitar el conocimiento público de los Pactos y Acuerdos a quienes puedan tener interés en ello, y con ello alcanzar la seguridad jurídica, pues ésta está precisamente en función de la publicidad que "refleje lo más exactamente posible la realidad jurídica"⁴⁹⁰. Pero, además, preconstituye una prueba jurídica de su existencia como norma obligatoria⁴⁹¹. En consecuencia, el depósito no influye per se en la validez de los Pactos y Acuerdos como normas en potencia tan sólo necesitadas del trámite de publicación en el "Boletín

⁴⁹⁰. MONEREO PEREZ, J.L., "La intervención..", cit., pág. 531.

⁴⁹¹. MONEREO PEREZ, J.L., op. ult. cit., pág. 531.

oficial que legalmente corresponda".

Obviamente, siendo una obligación que no tiene otro fin que el de facilitar la publicidad de los Pactos y Acuerdos su incumplimiento no originará consecuencia alguna sobre la eficacia de los mismos⁴⁹². Tan sólo cabrá exigir responsabilidades a la Administración de acuerdo con la legislación vigente, pues es a ella a quien corresponde su verificación. Ahora bien, como a la publicación antecede como presupuesto querido por la ley el depósito en la oficina pública, la no presentación de los Pactos y Acuerdos ante éste puede originar, aunque no necesariamente, la no publicación de los mismos y con ello, como se argumentará después, su inaplicación como norma jurídica⁴⁹³.

4. Publicación.

33. El segundo trámite administrativo impuesto en la ley es la publicación de los Pactos y Acuerdos en el Boletín Oficial correspondiente. Aunque no se especifique expresamente, se trata también de una obligación que se impone a la Administración y, en particular, a la Autoridad administrativa que resulte competente para su depósito.

⁴⁹². SALA FRANCO, T. y ALBIOL MONTESINOS, I., op. cit., pág. 391, llegan a esta misma conclusión en relación con el incumplimiento del depósito de los convenios colectivos.

⁴⁹³. SALA FRANCO, T. y ALBIOL MONTESINOS, I., op. cit., pág. 391.

Los procedimientos

34. De acuerdo con la nueva distribución de competencias entre el Estado y las C.C.A.A. en materia de publicación, la ley alude a la inserción de los Pactos y Acuerdos en el "Boletín Oficial del Estado" o diarios oficiales correspondientes". La determinación del periódico oficial en el que deban aparecer los Pactos y Acuerdos queda supeditada a la Autoridad administrativa que resulte competente para tramitar su depósito⁴⁹⁴. Una excepción a esta regla general se da cuando es el S.M.A.C. quien formaliza el depósito de los Pactos y Acuerdos autonómicos porque la Comunidad Autónoma en cuestión todavía no ha asumido las funciones certificantes en materia de convenios colectivos. En este supuesto el órgano estatal deberá remitir los Pactos y Acuerdos al Boletín Oficial de la Comunidad Autónoma⁴⁹⁵, ya que es el único que cumple el requisito de dar carácter constitutivo, validez y entrada en vigor a las disposiciones autonómicas que precisan el trámite de publicación⁴⁹⁶.

La publicación ha de hacerse en el "Boletín Oficial" que legalmente corresponda según el criterio arriba sostenido, sin que pueda estimarse cumplida por la inserción de los Pactos y Acuerdos

⁴⁹⁴. SEMPERE NAVARRO, V.A., "Tribunal..", cit., pág. 260, se pronuncia en el mismo sentido en relación con los convenios colectivos.

⁴⁹⁵. Todas las C.C.A.A. han creado sus propios Boletines Oficiales, que se constituyen como órganos autosuficientes y preeminentes de publicación de la normativa autonómica. Ver GONZALEZ PEREZ, J., Comentarios a la Ley de procedimiento.., cit., pág. 1173.

⁴⁹⁶. GONZALEZ PEREZ, J., op. ult. cit., pág. 1.174.

Los procedimientos

en otras publicaciones, como verbigracia, diarios oficiales de los Ministerios, o por notificaciones individualizadas⁴⁹⁷.

35. Los Pactos y Acuerdos deben publicarse íntegramente, pues el art. 2.1 del C.c. exige la "completa publicación en el B.O.". Estos últimos, como se desprende del tenor literal de la Ley, han de ser publicados después de haber recibido la "aprobación expresa y formal"⁴⁹⁸. Por ello, la expresión del acto aprobatorio y del Acuerdo deben aparecer conjuntamente en el Boletín Oficial⁴⁹⁹

36. La publicación en el diario oficial representa la culminación del procedimiento de formalización de los Pactos y Acuerdos como normas jurídicas. A partir de este momento éstos serán normas jurídicas válidas, sin perjuicio de que el comienzo de su vigencia se haga coincidir con la fecha de su publicación o transcurrido un plazo determinado, pues la entrada en vigor de los Pactos y Acuerdos no afecta tanto a la validez jurídica propiamente

⁴⁹⁷. Ver CANO VITA, E., "La reglamentación del personal del I.N.I.: su historia y su nulidad", R.A.P., núm. 96, 1.981, pág. 387; GONZALEZ PEREZ, J., Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo..., cit., pág. 1.171.

⁴⁹⁸. El Acuerdo suscrito por la Administración del Estado y la C.S.I.F. de 2 de marzo de 1.989 (B.O.E 15-3-90) y el Acuerdo firmado por la Administración Sanitaria del Estado y C.E.M.S.A.T.S.E., C.C.O.O., U.G.T y C.S.I.F. de 18 de enero de 1.990 (B.O.E. 14-3-90) fueron publicados sin haber sido previamente aprobados por el Consejo de Ministros, lo que determina su inaplicabilidad como normas jurídicas en tanto en cuanto éste no los apruebe.

⁴⁹⁹. Así, OJEDA AVILES, A., "Validez..", cit., pág. 306.

Los procedimientos

dicha como a los límites temporales de la eficacia de la norma⁵⁰⁰. A lo dicho no obsta en absoluto la retroactividad de la eficacia de los Pactos y Acuerdos, siempre que dicho efecto retroactivo se haga constar expresamente, porque de no ser así entraría en juego la regla general del art. 2.3 C.c, a tenor de la cual las "leyes no tendrán efecto retroactivo si no dispusieren lo contrario".

Aunque la fuerza vinculante de los Pactos y Acuerdos deriva de la autonomía colectiva y de la aprobación del Consejo de Ministros, respectivamente, es imposible que alcancen la fuerza normativa en tanto no sean publicadas en el periódico oficial. El incumplimiento de tal requisito comportará, al igual que sucede con los Reglamentos y los convenios colectivos, la "inaplicabilidad jurídica con valor normativo" pues sabido es que la publicación de una norma no constituye un mero requisito de formalidad sino un presupuesto para su existencia⁵⁰¹. La especialidad de estas normas no puede fundamentar la inobservancia del trámite de publicación⁵⁰². Ahora bien, mientras los convenios colectivos, a pesar de la inobservancia del trámite de publicación, no dejan de

⁵⁰⁰. Ver MONEREO PEREZ, J.L., "La intervención..", cit., pág. 539.

⁵⁰¹. Ver, por todos, CANO VITA, E., op. cit., pág.385; SEMPERE NAVARRO, V.A., "Tribunal..", cit., pág. 256.

⁵⁰². CANO VITA, E., op. cit., pág. 256, señala que la especialidad de una norma nunca puede amparar la no publicación de la misma.

Los procedimientos

tener eficacia inter partes y sus representados⁵⁰³. Los segundos, por el contrario, no alcanzan ninguna virtualidad.

37. Al igual que con los convenios colectivos⁵⁰⁴ y los reglamentos⁵⁰⁵, la publicación de los Pactos y Acuerdos determina, a la postre, la presunción de legalidad de los mismos, esto es, una presunción de que cumplen todos los requisitos legales, que sólo puede ser destruida a través del oportuno procedimiento tendente a declarar su nulidad. Por consiguiente, mientras esta nulidad no sea declarada, los Pactos y Acuerdos constituyen normas jurídicas exigibles y producen todos los efectos que le son propios. Este deber de obediencia afecta tanto a los funcionarios como a la Administración. Todos y cada uno de los órganos administrativos vienen obligados a su observancia y no podrán dictar resoluciones o normas que los contradigan, aun cuando emanen del mismo órgano que los suscribió o aprobó.

⁵⁰³. Así, SEMPERE NAVARRO, V.A.. "Tribunal..", cit., pág. 256.

⁵⁰⁴. Así, MONEREO PEREZ, J.L., "La intervención..", cit., pág. 529. Ver, entre otras, las S.S.T.C.T. de 19 de octubre de 1.981, 29 de marzo de 1.987, 15 de diciembre de 1.983, S.T.S. de 20 de junio y 30 de diciembre de 1.983, 12 de junio de 1.984.

⁵⁰⁵. BARRACHINA JUAN, E., Compendio de Derecho Administrativo, Tomo I, Barcelona, 1.986, pág. 211. En sentido contrario, GARCIA DE ENTERRIA, E. y FERNANDEZ VELASCO, T., Curso de Derecho administrativo, Tomo I, Madrid, 1.987, págs. 220 y ss.

b11510006

i2355924X

CB 0002203303

~~Nº Dobit 382 266~~

~~Nº Diets 382259~~

BID.T 244(3)

TITULO VI

EL AMBITO OBJETIVO DE LA NEGOCIACION COLECTIVA

Indice

CAPITULO I: LAS MATERIAS EXCLUIDAS DE LA NEGOCIACION.

I. LAS MATERIAS EXCLUIDAS DE LA OBLIGATORIEDAD DE CONSULTA O NEGOCIACION.

1. Las potestades de organización de las Administraciones Públicas.
2. Las decisiones de la Administración que afectan al servicio de los derechos de los ciudadanos ante los funcionarios públicos.
3. El procedimiento de formación de los actos y disposiciones administrativas.

II. LAS MATERIAS OBJETO DE CONSULTA.

CAPITULO II: LAS MATERIAS OBJETO DE NEGOCIACION.

I. CONSIDERACIONES GENERALES.

II. EL CONVENIO NORMATIVO DE LOS PACTOS Y ACUERDOS.

1. Materias económicas.

- 1.1. Elemento cualitativo.
- 1.2. Elemento cuantitativo.
 - 1.2.1. La determinación del incremento global de las retribuciones de los funcionarios públicos.
 - 1.2.2. La determinación de las retribuciones de los funcionarios públicos.
 - 1.2.3. La aplicación de las retribuciones.
 - A) Complemento de destino.
 - a) Determinación del nivel correspondiente a cada puesto.
 - b) Determinación de su cuantía.
 - B) Complemento específico.
 - a) Determinación de los puestos a que se asigna.
 - b) Determinación de su cuantía.
 - C) Complemento de productividad.
 - a) Determinación de su cuantía global.
 - b) Distribución individualizada.
 - D) Las gratificaciones por razón de servicios extraordinarios.
 - E) Las indemnizaciones por razón de servicios.

2. Materias de índole funcional.

3. Materias organizativas con incidencia en el ámbito funcional.

- 3.1. La preparación y diseño de los planes de oferta de empleo público.
- 3.2. La clasificación de los puestos de trabajo.
- 3.3. Los sistemas de ingreso, provisión y promoción profesionales de los funcionarios públicos.

4. Materias Sindicales.

- 4.1. Las Juntas y Delegados de personal.
 - 4.1.1. El ámbito de actuación de las Juntas y Delegados de

Indice

personal.

A) Correcciones por exceso.

B) Correcciones por defecto.

4.1.2. La Composición numérica de las J.P. y D.P.

4.1.3. El sistema Electoral.

A) Los órganos electorales.

B) El procedimiento electoral.

4.1.4. Las Competencias.

4.1.5. Las garantías y facilidades.

4.2. Las cláusulas de Seguridad Sindical.

4.2.1. Las cláusulas de garantía de la presencia sindical en los centros de trabajo.

A) Las cláusulas de descuento por la Administración de cuotas las sindicales.

B) Las cláusulas sobre secciones y delegados sindicales.

a) Secciones sindicales.

1ª. El ámbito de la sección sindical.

2ª. Los derechos.

b) Delegados sindicales.

1ª. Número de delegados sindicales.

2ª. Derechos y garantías.

4.2.2. Las cláusulas de Seguridad Sindical que afecten a la vida de la relación de servicio.

A) La cláusula por gastos de negociación.

B) La cláusula de solidaridad por negociación.

C) Las cláusulas de ventajas reservadas.

5. Materias de Seguridad Social.

III. CONTENIDO OBLIGACIONAL DE LOS PACTOS Y ACUERDOS.

IV. CONTENIDO MINIMO DE LOS PACTOS Y ACUERDOS.

CAPITULO I

LAS MATERIAS EXCLUIDAS DE LA NEGOCIACION

1. En el sector laboral, la negociación colectiva ha sido y es la vía por excelencia para la regulación pactada de las condiciones de trabajo, mientras que las otras formas participativas -consulta, codeterminación,..etc- se centraban en aspectos de la empresa no directamente relacionados con tales condiciones¹. Por el contrario, en la Función Pública la participación a través de vías consultivas ha tenido precisamente como objeto material las condiciones de empleo, esto es, aquello que era objeto de negociación colectiva en el sector privado. De esta forma, mientras en este último ha existido una relación de complementariedad entre negociación colectiva y otras vías participativas, en el sector funcionarial tal relación ha tendido a ser de supletoriedad, de manera que la primera y las segundas se presentaban con alternativas excluyentes².

2. Este panorama cambia a partir de la L.M.R.F.P. Esta disposición legal introduce la negociación colectiva en la

¹. OJEDA AVILES, Derecho Sindical, Madrid, 1,990, pág. 190.

². DEL REY GUANTER, Estado, sindicatos y relaciones colectivas en la Función Pública, I.N.A.P., Madrid, 1.986, pág. 140.

El ámbito objetivo

ordenación de las condiciones de trabajo. Sin embargo, ello no supone el desplazamiento de la vía tradicional de participación de los funcionarios públicos en la Administración, ya que esta ley no contemplaba la posibilidad de que la negociación colectiva se desarrollase respecto a aquellos ámbitos materiales reservados a la ley. De esta forma, y en la medida en que muchos aspectos y, desde luego, los más importantes estaban - y siguen estando - reservados material o formalmente al legislador, la negociación colectiva desempeñaba un papel bastante marginal y secundario en comparación con la consulta.

3. Esta situación permanece igual tras la Ley 9/1.987. Esta disposición legal concibe tres sistemas de determinación de las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos en atención a las distintas materias y al rango con el que deben ser reguladas: 1º) El sistema de determinación unilateral; 2º) el sistema de consulta; y 3º) el sistema de negociación. Así, el art. 34 excluía y sigue excluyendo -en tanto que no se ha modificado- de la obligatoriedad de la consulta o negociación tres órdenes de materias: a) Las decisiones de la Administración que afecten a sus potestades de organización, salvo que sus consecuencias repercutan sobre las condiciones de trabajo de los funcionarios en cuyo caso procederá la consulta; b) el ejercicio de los derechos de los ciudadanos frente a los funcionarios públicos; c) el procedimiento de formación de los actos y disposiciones administrativas.

El ámbito objetivo

En una segunda línea se encontraban las materias sobre las que únicamente cabía la consulta a las organizaciones sindicales, y que eran todas aquellas materias cuya regulación tuviera una reserva de ley o exigiera un incremento de disponibilidades presupuestarias cuya aprobación correspondiera al correspondiente legislativo.

Una tercera línea comprendía, finalmente, a las materias negociables, y que eran taxativamente las siguientes: la aplicación de las retribuciones de los funcionarios; la preparación de los planes de oferta de empleo; la clasificación de puestos de trabajo; los sistemas de ingreso, provisión y promoción profesional de los funcionarios públicos. El art. 32.e), junto a la enumeración de estas materias, establecía una especie de cláusula abierta o general, en la que se realizaba una configuración sumamente global -y casi ilimitada- de materias que podían ser objeto de negociación³. De acuerdo con el citado artículo, eran objeto de negociación "las materias de índole económica, de prestación de servicios, sindical, asistencial y, en general, cuantas otras afecten a las condiciones de trabajo y al ámbito de relaciones de los funcionarios públicos y sus organizaciones sindicales con la Administración". En principio, pues, nos encontrábamos ante una reproducción casi literal del

³. En este sentido, DEL REY GUANTER, S., Comentarios a la Ley de Organos de Representación, Determinación de las Condiciones de Trabajo y Participación del Personal al servicio de las Administraciones Públicas, Madrid, 1.988, pág. 212; MARTINEZ ABASCAL, V.A., "Contenido de la negociación colectiva: materias de consulta obligatoria y de consulta potestativa", en A.A.V.V., Seminario sobre relaciones colectivas en la Función Pública, Sevilla, 1.989, págs. 333.

art. 85.1 del E.T. Sin embargo, la cercanía terminológica no nos podía ocultar el hecho de que el significado del art. 85.1 del E.T. y de ese apartado e) del art. 32 de la L.O.R.A.P. distaban de ser coincidentes. La razón fundamental para ello es que, como se ha visto, estaban excluidas de la negociación las materias, cuya regulación tuviera una reserva de ley o exigiera un incremento de disponibilidades presupuestarias cuya aprobación correspondiera al correspondiente legislativo⁴. Se trataba de una exclusión decisiva y que reinterpretaba todo el art. 32, que aisladamente considerado podría parecer como delimitando más generosamente el ámbito material de la negociación colectiva funcionarial. Además de recortar el alcance de la citada cláusula general, otros apartados de aquel precepto experimentaban una acentuada e incierta reducción, en tanto que se referían a materias con determinados ámbitos reservados a ley -el acceso a la Función Pública, por ejemplo-⁵.

4. La nueva Ley sigue admitiendo la dualidad consulta-negociación, si bien el perfil de una y otra ha sufrido importantes variaciones al reducirse, de forma ostensible, el alcance de la consulta y engrosarse el de la negociación⁶. Así,

⁴. Así, DEL REY GUANTER, S., Comentarios..., cit., pág. 213; MARTINEZ ABASCAL, V.A., op. cit., pág. 333.

⁵. Vid. MARTINEZ ABASCAL, V.A., op. cit., pág. 333 y ss.

⁶. En este sentido, DEL REY GUANTER, S., "la nueva regulación de la negociación colectiva y de la solución de los conflictos colectivos en la Función Pública", R.L., núm. 11, 1.991, pág. 11; ESCUDERO RODRIGUEZ, R., "El nuevo marco de la negociación colectiva de los funcionarios públicos", R.L., núm. 19, 1.990, pág. 94.

por una parte, desaparecen las exclusiones negociales que se establecían en el art. 33. Por otro lado, la desaparición de la prohibición que, a sensu contrario, tenía el antiguo art. 33 para la negociación de las materias reservadas a la ley o con incidencia cuantitativa presupuestaria se une a la nueva opción que se realiza en el nuevo art. 32 y que se manifiesta esencialmente en sus apartados a) y j). En virtud de este último se establece, junto a una referencia específica a determinadas materias, una cláusula abierta por la que se declara la negociabilidad de todas las materias afectantes "a las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos y cuya regulación exija norma con rango de ley". Por tanto, se trata de una alternativa diametralmente opuesta a la desarrollada por la L.O.R.A.P.

La reforma marca, sin duda, un aumento de la legislación prenegociada, ya que algunas de las materias objeto de negociación requerirán después, necesariamente, su conversión en normas legales⁷. Sin embargo, su inclusión en el ámbito de la negociación resulta simbólica, ya que, como se ha visto, el Gobierno jurídicamente no está obligado a asumir el contenido del Acuerdo alcanzado al respecto, y después el Parlamento, tampoco está obligado a tramitar el proyecto de ley y no enmendarlo.

⁷. Así lo entienden, ESCUDERO RODRIGUEZ, R., op. cit., pág. 95; PALOMAR OLMEDA, A., "Comentarios a la Ley por la que se regula la negociación colectiva y la participación en la determinación de las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos (Ley 7/1.990, de 19 de julio)", A.A., núm. 23, 1.991, pág. 301.

5. A la luz de estas consideraciones, podemos abordar ahora el análisis más concreto de la extensión a la que se ciñe el ámbito objetivo de cada uno de los tres sistemas de determinación de las condiciones de trabajo previstos en la L.O.R.A.P. A tal efecto, partiremos de la distinción entre: 1º) Las materias excluidas de la obligatoriedad de la consulta o negociación; 2º) las materias objeto de consulta; y 3º) las materias objeto de negociación.

I. LAS MATERIAS EXCLUIDAS DE LA OBLIGATORIEDAD DE LA CONSULTA O NEGOCIACION.

6. El art. 34.1 de la L.O.R.A.P., como ya sabemos, excluye "de la obligatoriedad de la consulta o negociación" tres órdenes de materias: a) Las decisiones de la Administración que afecten a sus potestades de organización, b) el ejercicio de los derechos de los ciudadanos frente a los funcionarios públicos; c) el procedimiento de formación de los actos y disposiciones administrativas. Esas facetas configuran lo que podríamos denominar la estructura y la función administrativas. Rigurosamente interpretada esta frase, ello significa que, si bien la Administración no está obligada a negociar o consultar tales materias, nada le impide hacerlo, quedando a su discrecionalidad⁸. Así, frente a las materias de negociación obligatoria (art. 32) y consulta obligatoria (art. 34.2),

⁸. Así, DEL REY GUANTER, S., Comentarios....., cit,

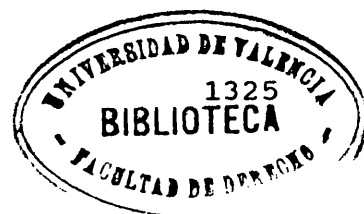
existirían dos nuevos ámbitos de negociación potestativa y de consulta potestativa (art. 34.1). Se trata, por tanto, de examinar si existe alguna objeción de índole jurídica a la posibilidad de negociar o consultar tales materias.

1. Las potestades de organización de las Administraciones

Públicas.

7. En un orden cronológico de exposición, la primera cuestión que se plantea consiste en fijar el alcance de la expresión "potestades de organización". El examen de la organización administrativa presenta un doble aspecto o vertiente. Por un lado, el análisis estático de la organización, la consideración de cómo están articulados los órganos de la Administración Pública. Por otro, la dinámica del problema que responde a la pregunta de quién puede crear órganos, atribuir competencias, suprimir órganos, coordinar su actividad., etc. Este segundo aspecto es el que responde a la llamada potestad organizatoria, como conjunto de facultades que la Administración ostenta para organizar su estructura.

Por potestades organizatorias se entiende el conjunto de facultades que la Administración ostenta para configurar su estructura. La posibilidad, por consiguiente, de autoorganizarse. La doctrina científica conceptúa la potestad organizatoria como la creación de organizaciones y de órganos, su establecimiento



real y su puesta en marcha; la determinación de sus competencias abstractas y concretas, la extinción y variación de alguna de sus cualidades; su sometimiento al ordenamiento general y a la tutela estatal; la estructuración interna y la dación y retirada del "status jurídico"⁹. La potestad organizatoria no es sólo, pues, el poder de crear, modificar y extinguir órganos, sino también el poder de estructuración interna.

Así, el fenómeno o proceso organizatorio supone la existencia de un proceso complejo en el que es inexcusable distinguir varias fases de distinta trascendencia¹⁰: 1ª) La conformación de los órganos administrativos; 2ª) la distribución de las funciones; y 3ª) la atribución de la competencia. La primera fase es la creación de un Ministerio. La segunda la distribución de las funciones, la creación dentro de un Ministerio de las distintas direcciones generales, que recogen fines a que el Ministerio sirve. La tercera, atribución de funciones a cada uno de los órganos ya distribuidos. Estas tres fases son necesarias en toda organización administrativa, y vienen a ser el equivalente de la organización técnica en las empresas. Pero una vez se ha efectuado el reparto de competencias viene la división del trabajo.

⁹. ALVAREZ RICO, M., Principios constitucionales de organización de las Administraciones Públicas, Estudios de Derecho Público, Madrid, 1.986, pág. 42.

¹⁰. VILLAR PALASI, J.L. y VILLAR ESCURRA, J.L., Principios de Derecho Administrativo, Tomo II, 1.985, pág. 140.

8. Esta organización secundaria, sin embargo, no ha merecido ninguna atención por parte de la doctrina administrativa, que ha centrado su esfuerzo en el análisis de la organización principal. Esta circunstancia, probablemente, obedezca al dato de que mientras esta última ha de ser ejercitada en el contexto de la ley; la organización del trabajo, por el contrario, ha permanecido en el poder de dirección o decisión unilateral de la Administración. En esta organización secundaria, como se ha señalado, la Administración se comporta como una empresa privada, por lo que no es descabellado acudir a las aportaciones doctrinales acerca del poder de organización del empresario.

En el sector laboral, en lo que se refiere al papel de la negociación colectiva en relación con el poder de organización y dirección del empleador, las Leyes de convenios colectivos de 1.958 y 1.973 prohibían a los convenios colectivos establecer cláusulas que implicaran disminución de "las facultades de dirección y disciplina que son propias de las empresas", o de "las facultades inherentes a la dirección" de las mismas. De semejantes formulaciones no era difícil deducir que tales facultades constituían una materia de derecho necesario absoluto y, por consiguiente, estaban radicalmente excluidas de la negociación colectiva sindical¹¹. Pero tras la Constitución, y

¹¹. RODRIGUEZ SAÑUDO, F., "La negociación colectiva en la Constitución de 1.978", Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución, Madrid, 1.980, pág. 350.

particularmente su artículo 37 y el amplísimo contenido negocial previsto en los arts. 82.2 y 85.1 del E.T., no cabe duda que todas las cuestiones que se refieren a la organización del trabajo en la empresa son negociables y pueden ser recogidas en los convenios colectivos¹². Y ello sin que el principio constitucional de libertad de empresa del art. 38 de la C.E. sea un obstáculo para ello, sobre todo si tenemos en cuenta que el propio art. 129.2 C.E. prevé la participación de los trabajadores en la dirección de la empresa¹³.

Pero, de seguido, hay que hacer una matización que probablemente contribuirá a aclarar los términos del problema. Lo que no cabe, y ha de entenderse nula, es aquella cláusula convencional, conforme a la cual el empleador renuncia pura y simplemente al poder de dirección que le reconoce el E.T. (arts. 5.c) y 20), y en última instancia la C.E. (art. 38). Y ello porque se estaría produciendo, sin duda, una "abdicación de las normas que definen al empresario como figura contractual", al desaparecer su "ámbito de organización y dirección" a que se refiere el art. 1.1 del E.T. En este sentido, y con toda propiedad, podría decirse que se estará atentando contra las "estructuras institucionales" del Derecho del Trabajo que, por

¹². Así, CRUZ VILLALON, J y GARCIA MURCIA, J., "La regulación de las condiciones de trabajo en los convenios colectivos", R.P.S., núm. 137, 1.983, pág. 467; VALDES DAL-RE, F., "La negociación colectiva en la Constitución", R.P.S., núm. 121, 1.979, pág. 492.

¹³. CRUZ VILLALON, J. y GARCIA MURCIA, J., op. cit., pág. 467; DURAN LOPEZ, F., "Contenido de la negociación colectiva a la luz del nuevo sistema (constitucional) de relaciones laborales", en A.A.V.V., Los trabajadores y la Constitución, Madrid, 1.980, pág. 265; VALDES DAL-RE, F., op. ult. cit., pág. 467.

El ámbito objetivo

hipótesis, exigen el respeto de aquel ámbito de organización y dirección, y la posibilidad de que el empleador emita órdenes e instrucciones, como prevén y disponen los arts. 5.c) y 20 del E.T., y contra lo que se podría denominar uno de los contenidos esenciales que hacen reconocible la libertad de empresa del art. 38 C.E. Pero son inobjetables aquellas otras cláusulas convencionales que modalizan, concretan, o introducen límites, formales y materiales, al poder de dirección del empleador, siempre que permanezca en manos de éste, o de la persona en quien delegue, conforme al art. 20.1 del E.T. Así, no es gratuita ni está privada de consecuencias, la referencia a los convenios colectivos contenida en el art. 20.2 del E.T. Si estos han fijado aquellas modalidades, concreciones y limitaciones, y a salvo de supuestos extremos, tales cláusulas habrán de considerarse jurídicamente irreprochables. Y ello porque integrarán "el ejercicio regular" de las facultades de dirección del empleador a que hacen referencia los arts. 5.c) y 20.2 E.T., de manera que será irregular un ejercicio de tales facultades que no se atenga a los contenidos convencionales.

9. A la vista de cuanto queda dicho, se plantea la cuestión de determinar el alcance de la expresión "potestades de organización" utilizada en el art. 34.1 de la L.O.R.A.P. Es decir, dilucidar, si comprende sólo las decisiones adoptadas en materia de estructura interna de los órganos administrativos o si, por el contrario, alcanza también las adoptadas en relación

a la organización interna del trabajo.

A favor de una interpretación no extensiva del concepto se pueden aducir varios argumentos. Así, en primer lugar, la interpretación sistemática de los arts. 34 y 32.k) de la L.O.R.A.P. Como se sabe la cláusula general que recoge este último precepto constituye una transcripción casi literal de las prescripciones que sobre el contenido de la negociación recoge el art. 85.1 del E.T. para los convenios colectivos. Y, aunque la cercanía terminológica no puede ocultar que el significado de ambos preceptos es diferente, ya que el contexto jurídico-positivo en el que se insertan ambas disposiciones es distinto, lo cierto es que este último sirve de criterio indicador. Y a este respecto conviene notar que el art. 85.1 del E.T. ha sido interpretado en un sentido amplio como comprensivo del poder de organización de trabajo del empleador.

Pero es que, además, varias de las materias específicamente contempladas en el art. 32 son más organizativas que funcionariales¹⁴. Tal sucede con las materias referentes a la oferta de empleo público, la clasificación de puestos de trabajo y los sistemas de ingreso, provisión y promoción profesional de los funcionarios. Se trata de materias organizativas con incidencia en el ámbito funcional. La expresa inclusión de estas materias organizativas en la esfera de lo negociable pone

¹⁴. Así lo subraya, MARTINEZ ABASCAL, V.A., op. cit., pág. 320.

El ámbito objetivo

de manifiesto que la expresión "potestades de organización" es empleada en su acepción más estricta. De acuerdo con este planteamiento, es posible realizar una interpretación del art. 34 de la L.O.R.A.P., según la cual las materias organizativas con incidencia en el ámbito funcional se incluyen en la esfera de lo negociable, mientras que el régimen de funcionamiento y demás aspectos de la organización administrativa pueden ser regulados unilateralmente por reglamentos organizativos.

10. Así, el A.M.A., después de afirmar que la organización del trabajo es una facultad y responsabilidad de la Administración y su personal directivo, señala que "la legislación vigente establece los cauces de participación de los representantes legítimos de los empleados públicos en las condiciones de empleo de los mismos (cláusula 1 del Cap. II, Tít. I). Este último inciso es de singular importancia puesto que a través del mismo, se está reconociendo la intervención de los trabajadores, aunque sea de una manera indirecta. Esta afirmación es posteriormente confirmada, por la cláusula cuarta del Capítulo XIII del Título IV ya que incluye en el ámbito de la negociación aquellas materias que acuerden la Administración y los sindicatos en relación con: los aspectos retributivos de las relaciones de puestos de trabajo y los requisitos profesionales para el desempeño de los mismos; la aplicación de los horarios de trabajo; la aplicación de las medidas de salud y seguridad laboral; la aplicación de criterios sobre productividad y niveles

El ámbito objetivo

de rendimiento; la aplicación de los criterios de reasignación de efectivos en su ámbito. De este modo, se negocia como se ha visto más atrás (ver supra, Tít. III) las decisiones de gestión que se adoptan en aplicación de los Acuerdos y Pactos generales y sectoriales. Por ello, y como la potestad organizatoria, en el ámbito no reservado a la ley, no está confiada únicamente a los Ministros y al Consejo de Ministros, sino que está repartida entre los diversos órganos de la Administración, las partes han previsto para la negociación de estas materias la constitución de ámbitos de negociación descentralizados, teniendo en cuenta los siguientes criterios: que el organismo afectado presente una problemática claramente específica dentro del sector; que el colectivo afectado tenga restringida la movilidad interna en el ámbito de su organización específica; que se trate de un Departamento, en el caso de la Administración Central y el nivel territorial del ámbito descentralizado.

11. Ahora bien, cabe plantearse si la organización administrativa de los servicios es susceptible de negociación. En un principio, y dejando a un lado la posibilidad de que respecto a las potestades de organización pueda desarrollarse la consulta potestativa, cabría descartar respecto a las mismas toda posibilidad de negociación, entendida esta última expresión en sentido estricto, como resultante en Acuerdos y Pactos con

El ámbito objetivo

eficacia jurídica¹⁵. Y ello en base a los siguientes argumentos: en primer lugar, que la potestad organizatoria, al vincularse con la prestación de un servicio público que ha de ser definido fundamentalmente por el poder legislativo en virtud de la reserva legal a la que se refiere el art. 103.2 de la Constitución, no puede ser objeto de negociación entre la Administración y los funcionarios¹⁶.

En segundo lugar, que la estrechísima vinculación de esta materia con los "intereses generales" a los que la Administración ha de servir con "objetividad" hace de las mismas susceptibles únicamente de regulación estatal, y poco apropiada para su inclusión en la negociación colectiva¹⁷. La Administración debe actuar necesariamente conforme a los parámetros de objetividad, que no son los propios de los intereses sectoriales, vehiculizados, en este caso, a través de las organizaciones sindicales.

En tercer lugar, que la potestad de organización, como consecuencia de su origen legal y no negocial es inalienable, intransferible e irrenunciable, justamente porque es indisponible por el sujeto en cuanto creación del Derecho

¹⁵. DEL REY GUANTER, S., Comentarios..., cit., pág. 222.

¹⁶. Así, DEL REY GUANTER, S., Comentarios..., cit., pág. 223.

¹⁷. DEL REY GUANTER, S., Comentarios... cit., pág. 223.

objetivo supraordenado al mismo¹⁸. El titular de la potestad puede ejercerla o no, pero no transferirla.

12. En sentido contrario, cabría señalar, sin embargo, las siguientes observaciones:

Primera, que de la dicción del art. 103.2 de la C.E. no se deriva, como se ha visto, una reserva de ley de carácter absoluto, sino otra de signo relativo. La potestad organizatoria tiene un carácter plural desde el punto de vista de su titularidad pues no es única ni confiada a un único órgano del Estado, sino diversa y confiada a toda la escala de órganos públicos. La potestad organizatoria se distribuye entre la ley y el reglamento según el tipo de organización de que se trate, siendo a su vez repartida, en el ámbito no reservado a la ley, entre los diversos órganos de la Administración. Por ello, no es de recibo el argumento de que no es posible la negociación porque esta materia ha de ser ordenada por la ley, en tanto que la reserva relativa de ley atinente a la organización administrativa supone dejar un determinado ámbito a la regulación reglamentaria¹⁹. Es más a partir de la Ley 7/1.990 tampoco es de recibo el argumento de la reserva legal, ya que esta disposición legal incluye en la esfera de lo negociable las materias

¹⁸. Vid. GARCIA DE ENTERRIA, E. y RAMON FERNANDEZ, T., Curso de Derecho Administrativo, Tomo I, Madrid, 1.987, pág. 421; VILLAR PALASI, J.L. y VILLAR ESCURRA, J.L., op. cit., pág. 11.

¹⁹. Así lo entiende, MARTINEZ ABASCAL, V.A., op. cit., pág. 348.

funcionariales reservadas a la ley.

Segunda, en el momento de crear un órgano o de establecer sus competencias no basta que se haga de acuerdo con la ley, sino que es preciso valorar su oportunidad, la duplicidad de funciones con otros órganos²⁰.., etc. En este contexto la participación de los sindicatos podría contribuir a la consecución del interés de la colectividad, cifrado en la eficiencia y en la productividad de los aparatos administrativos. Al decir que la Administración debe actuar conforme a los parámetros de objetividad, que no son los propios de los sindicatos, se olvida, de un lado, que la objetividad no estriba "en la pretendida "neutralidad" política y social", que no es un concepto mecánico y absoluto, sino que debe conectarse con los valores de un orden político concreto, y, de otro, la dimensión pública, que el propio Tribunal Constitucional ha reconocido al sindicato²¹.

Tercera, que las potestades organizatorias quizás sean las únicas que no pertenecen a las denominadas potestades administrativas o fiduciarias²². Generalmente, las potestades administrativas deben ejercitarse en función del interés público, que no es el interés propio del aparato administrativo, sino el interés de la comunidad de la cual la Administración es una mera

²⁰. ALVAREZ RICO, M., op. cit., pág. 33.

²¹. MARTINEZ ABASCAL, V.A., op. cit., pág. 350.

²². Vid GARCIA DE ENTERRIA, E. y RAMON FERNANDEZ, T., op. cit., pág. 423.

organización servicial. Pero la potestad organizatoria, probablemente, sea la única potestad administrativa que no debe ser ejercitada en interés ajeno al propio y egoísta del titular. Por lo demás, la negociación del poder de organización no supondría la renuncia a su ejercicio por parte de la Administración. En esta línea, se afirma que "este sensible retroceso del instrumento reglamentario a través del que se manifiesta con frecuencia la potestad organizatoria de la Administración, no puede implicar constitucionalmente la disolución de dicha potestad, pero sí puede conllevar su adecuada compaginación con la autonomía colectiva"²³.

12. En esta dirección, el A.M.A., después de reconocer la capacidad autoorganizatoria de la Administración, establece que los proyectos de organización administrativa que impliquen modificación en las condiciones de trabajo del personal tendrán el tratamiento establecido en el presente Acuerdo. Esta última afirmación es de singular trascendencia, puesto que a su través se está consagrando la intervención de los funcionarios en la organización administrativa, aunque sea de una manera indirecta.

Una vez afirmado que la potestad autoorganizatoria permanece en manos de la Administración, se establece el procedimiento a seguir para canalizar la participación de los sindicatos en las reorganizaciones y reestructuraciones de los organismos y

²³. M. MARTINEZ ABASCAL, V.A., op. cit., pág. 349.

El ámbito objetivo

servicios públicos. A este respecto, se dispone que los proyectos de reorganización administrativa que impliquen modificaciones en las condiciones de empleo del personal tendrán el siguiente tratamiento: a) La Administración informará previamente a los sindicatos de los proyectos de cambios organizativos que impliquen transformaciones del régimen jurídico de un organismo o reasignación de efectivos de personal; b) En la fase de elaboración del proyecto de cambio de marco jurídico del organismo afectado o de realización de los trabajos técnicos necesarios para la reasignación de efectivos, la Administración consultará a los sindicatos sobre la repercusión que tales procesos tengan en las condiciones de trabajo del personal afectado; c) Administración y sindicatos negociarán los aspectos del Estatuto de organización, personal y funcionamiento del Organismo, que afecten a las condiciones de trabajo del personal del mismo; d) Una vez realizado el cambio de marco jurídico o finalizado los trabajos técnicos para la reasignación de efectivos, la Administración negociará con los Sindicatos el destino y régimen del personal afectado en el marco de los criterios y condiciones que se acuerden, así como los posibles cursos de adaptación o reciclaje que fueran necesarios.

2. Las decisiones de la Administración que afectan al ejercicio de los derechos de los ciudadanos ante los funcionarios públicos.

13. En lo tocante a las materias relativas a las decisiones de la Administración que afecten al ejercicio de los derechos de los ciudadanos ante los funcionarios públicos, la solución ha de ser diametralmente opuesta a la anterior. Ciertamente, aún cuando guardan cierta conexión con la potestad organizatoria de la Administración Pública, tratándose de normas de relación con sujetos distintos de los propios funcionarios, la Administración "queda exclusivamente sometida al principio constitucional de legalidad, de buen funcionamiento y de imparcialidad, respecto de los cuales difícilmente podría justificarse en esta materia la legalización de una intervención condicionante de las organizaciones sindicales de trabajadores"²⁴.

3. El procedimiento de formación de los actos y disposiciones administrativas.

14. En cuanto al procedimiento de formación de los actos y disposiciones administrativas, aun cuando guarden cierta conexión con la potestad organizatoria de la Administración, tratándose de normas de Derecho Público y, por tanto, imperativas, ius cogens, tal como se ha señalado por la doctrina²⁵ y jurisprudencia²⁶, quedan excluidas de la esfera de

²⁴. MARTINEZ ABASCAL, V.A., op. cit., pág. 351. En el mismo sentido, DEL REY GUANTER, S., Comentarios..., cit., pág. 322.

²⁵. Así, GONZALEZ PEREZ, J., Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo, Madrid, 1.989, pág. 84.

²⁶. Vid., entre otras, las S.S.T.S. de 30 de mayo de 1.964 y 11 de junio de 1.965.

lo negociable²⁷.

II. LAS MATERIAS OBJETO DE CONSULTA.

15. La nueva Ley, como ha quedado dicho, ha reducido ostensiblemente el ámbito objetivo de la consulta. A partir de las reformas introducidas, sólo procederá la consulta a las organizaciones sindicales "cuando las consecuencias de las decisiones de las Administraciones Públicas que afecten a sus potestades de organización puedan tener repercusión sobre las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos" (art. 34.2 L.O.R.A.P.). Se trata, de acuerdo con la interpretación antes formulada, de aquellas decisiones de la Administración que afectan a la organización administrativa principal: creación o supresión de Ministerios y organismos, la dación o retirada del status público a los organismos, la reestructuración de los servicios públicos. La cuestión consiste en dilucidar cuando estas decisiones inciden sobre las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos. Sin embargo, este tema ya ha sido abordado al analizar la consulta desde la vertiente procedimental, lo que nos excusa el hacerlo aquí.

²⁷. En este mismo sentido, DEL REY GUANTER, S., Comentarios ..., cit., pág. 222; MARTINEZ ABASCAL, V.A., op. cit., pág. 351.

CAPITULO II

LAS MATERIAS OBJETO DE LA NEGOCIACION

I. CONSIDERACIONES GENERALES.

1. El art. 32 de la L.O.R.A.P. delimita las materias susceptibles de negociación. Por otra parte, aunque desde la perspectiva meramente sistemática hubiera encontrado un acomodo más racional y una formulación técnica mejor si se hubiera ubicado en el art. 32 y puesto en consonancia con el contenido de la negociación colectiva, el art. 35 establece el contenido obligatorio de los Pactos y Acuerdos, refiriéndose a lo que en el ámbito laboral se conoce como "cláusulas delimitadoras o normas de configuración" de los acuerdos negociales.

2. Si los arts. 31.3 y 33 de la L.O.R.A.P. contemplan el aspecto formal de la obligación de negociar, este artículo regula el componente sustancial o material de dicha obligación, esto es, qué materias han de ser objeto de negociación entre las Administraciones Públicas y los representantes sindicales de los

El ámbito objetivo

funcionarios públicos²⁸. De este modo, al introducir una serie de materias dentro de la obligación -sustancial- de negociar, se está operando una sustracción -relativa, como veremos- de esas materias del poder unilateral de la Administración para su regulación. Esto es, el art. 32 configura un ámbito material caracterizado por un poder bilateral o compartido, que no podrá ser alterado con posterioridad por la Administración en el ejercicio de su potestad reglamentaria²⁹. Por consiguiente, este significado del art. 32 -y, en gran medida, de la implantación de la negociación colectiva en la Función Pública en cuanto tal- representa una limitación por reducción del poder normativo que al Gobierno le reconoce la Constitución. Téngase en cuenta, que a partir de la Ley 7/1.990, esta sustracción operará respecto a la actividad normativa de la Administración en su más amplio sentido, tanto la potestad reglamentaria como la función legislativa, bien preparatoria de la de los órganos legislativos, o bien función legislativa delegada.

3. La inclusión de las materias que a continuación se relacionan en la obligación que comentamos está ya de antemano condicionada por dos factores.

²⁸. DEL REY GUANTER, S., Comentarios, cit, pág. 195.

²⁹. Así, DEL REY GUANTER, Comentarios..., cit., pág. 197; LOPEZ GANDIA, A., "La negociación colectiva de los funcionarios públicos", Revista de Treball, núm. 8, 1.988, pág. 24, habla de una "reserva de negociación" sobre las materias del art. 32 de la ley.

El ámbito objetivo

En primer lugar, han de ser materias que entren dentro de las competencias de cada Administración Pública³⁰. En efecto, como ya se ha señalado, en nuestro ordenamiento jurídico actual más que de "Administración Pública" ha de hablarse de "Administraciones Públicas", y ello es acertadamente recogido por la L.O.R.A.P. En esta línea, el art. 32.1 impone la negociación sobre las materias "en relación con las competencias de cada Administración Pública". Se ha de tratar de materias que se incluyan en el ámbito competencial de la Administración en cuestión, con lo cual se está aludiendo al reparto de competencias entre el Estado, las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales, estudiado en el título II del presente trabajo. A este respecto, ha de tenerse en cuenta las normas de la L.F.C.E. y de la L.M.R.F.P. que tienen la consideración de bases del régimen estatutario y, por tanto, aplicables a todas las Administraciones Públicas. Precisamente, las materias enunciadas en los diferentes apartados del art. 32 de la L.O.R.A.P. no sólo son tratadas, con más o menos detalle, por tales disposiciones legales, sino que ,además, reciben en su mayor parte ese tratamiento de bases del régimen estatutario. Por consiguiente, la competencia de la mesa de negociación de las C.C.A.A. y E.E.L.L. para negociar sobre las materias enunciadas en el art. 32 está previamente condicionada por la regulación de la normativa estatal -en sentido estricto- respecto a las bases del régimen estatutario

³⁰. Vid. DEL REY GUANTER, S., Comentarios..., cit., pág. 197.

El ámbito objetivo

de los funcionarios y, en consecuencia, por el espacio dejado a las C.C.A.A. y E.E.L.L. para ordenación de las condiciones de trabajo en su respectiva Función Pública.

En segundo lugar, se ha de tratar de materias que se incluyan en el "ámbito respectivo" de la Mesa de negociación en cuestión, con lo cual se está aludiendo esencialmente al reparto de competencias entre la Mesa general y Mesas sectoriales que contempla el art. 31.1 in fine -o reparto que pueda establecerse, en este sentido, entre las Mesas generales y sectoriales de las C.C.A.A. y E.E.L.L., respectivamente³¹. Con ello, lo que se esté indicando es que no basta con que una materia sea susceptible de inclusión en el listado del art. 32, sino que es preciso que su negociación esté permitida por las reglas de concurrencia, complementariedad o suplementariedad que hayan podido establecer el legislador y las Mesas generales.

4. De los sistemas que existen para establecer las materias que son de obligada negociación colectiva -cláusula general, lista enumerativa "cerrada", lista enumerativa "abierta", etc.-, el art. 32 de la L.O.R.A.P. ha optado por un sistema mixto³². De esta manera, la L.O.R.A.P. se aparta del E.T., el cual, en su artículo

³¹. DEL REY GUANTER, S., Comentarios..., cit., pág. 197.

³². Vid DEL REY GUANTER, S., Comentarios..., cit., pág. 198.

El ámbito objetivo

85.1, ha escogido un sistema de cláusula general. Esta desviación con respecto a la normativa laboral debe evaluarse positivamente por razones diversas³³. En el ámbito de la Función Pública, a diferencia del laboral, se hace necesaria una referencia expresa a una serie de materias, que por su tradicional inclusión en la esfera de decisión unilateral de la Administración, podrían plantear problemas respecto a su calificación o no como materias negociables. Así, sucede con las materias recogidas en los apartados c), d) y g). Estas materias afectan más bien a la relación orgánica que a la de servicio, por lo que de no mediar tales referencias específicas, y a partir de una interpretación extensiva de la expresión "potestades de organización" del art. 34.1, se podría negar su carácter negociable. En otras ocasiones como, verbigracia, en los apartados a) y b), las referencias expresas contribuyen notablemente a deslindar los espacios reservados, respectivamente a la legislación negociada y a la negociación colectiva strictu sensu. En materia de Seguridad Social, la alusión explícita a las "prestaciones" también era conveniente, en tanto que la incidencia ordenadora de la negociación colectiva laboral sólo es posible en relación con las mejoras voluntarias.

En definitiva, la implantación de la negociación colectiva en

³³. Vid. Las reflexiones formuladas a este respecto por DEL REY GUANTER, S., Comentarios..., cit., pág. 198.

la Función Pública significa la creación de un espacio de regulación conjunta en un universo ordenador con anterioridad ocupado por la potestad unilateral de la normativa estatal, por lo que es trascendental la fijación de las fronteras que en el futuro van a separar ambos métodos de regulación. Lo cual no quiere decir, precisamente por la dificultad intrínseca en la delimitación de esas fronteras, que el sistema adoptado esté exento de problemas, pero si que serán menores que los que hubieran planteado cualquiera de los otros sistemas de delimitación de las materias negociables.

5. Precisamente en relación a este último tema, es imprescindible realizar una ulterior puntualización de carácter general. En la versión original de la L.O.R.A.P. sólo se operaba una sustracción de la potestad reglamentaria de la Administración para ordenar la materia funcionarial. Sólo eran negociables los aspectos no reservados material o formalmente a la Ley. La negociación empezaba donde acababa la reserva de ley. Por todo ello, para delimitar el espacio material de la negociación colectiva resultaba trascendental fijar las fronteras que separan los ámbitos materiales competencia del legislador y de la Administración Pública, lo que remitía, sin duda, a la crucial y compleja cuestión del alcance horizontal y, sobre todo, vertical de las reservas legales en materia funcionarial³⁴.

³⁴. Vid. DEL REY GUANTER, S., Comentarios..., cit., pág. 199. MARTINEZ ABASCAL, V.A., op. cit, págs. 344 y ss.

El ámbito objetivo

La Ley 7/1.990 amplia el espacio de la negociación, incluyendo en el mismo las materias reservadas a la ley. Siendo esto así, cabría pensar que el análisis del reparto de poderes normativos entre el legislador y la Administración Pública carece de funcionalidad alguna en este nuevo contexto normativo.

6. La inclusión de las materias reservadas a la ley dentro del ámbito de la negociación colectiva no quiere decir, sin embargo, que lo sea en los mismos términos que el resto de materias que entran dentro del ámbito de disponibilidad de la Administración Pública. Y ello es así, fundamentalmente, por una doble razón:

En primer lugar, porque los límites a que está sujeta la negociación colectiva difieren según la índole de la materia. La autonomía colectiva queda limitada, en el terreno de las materias reservadas, por la Constitución y el bloque de constitucionalidad. En cambio, la negociación de las restantes materias, aparte de éste, tiene un segundo límite constituido por las leyes que regulan los diferentes ámbitos de la Función Pública, cuyos términos pueden ser o no los acordados por las propias partes negociadoras en el seno de las mesas de negociación. En efecto, aunque el art. 32.k) de la L.O.R.A.P., a diferencia del art. 85 del E.T., no hace mención expresa al necesario respeto de las leyes por los Pactos y Acuerdos, es evidente que éste sigue siendo un límite de la

El ámbito objetivo

autonomía colectiva³⁵. La posición claramente subordinada que los instrumentos negociales ocupan en el ordenamiento jurídico comporta respecto a la ley restricciones en la esfera de la actividad negocial. En este sentido, debe significarse que las reglas que van a determinar esta relación entre los acuerdos negociales y la ley es una trasposición de las que rigen la relación ley y reglamento (ver supra, tit. II). Lo cual significa, en primer lugar, que la negociación colectiva no podrá abordar aquellos aspectos que están ya predeterminados por la ley o sobre los que recae reserva de ley³⁶. Así, la inclusión de una materia en el ámbito de la negociación propiamente dicha no quiere decir que ésta pueda abordar todas y cada una de las cuestiones, sino tan sólo aquellas que entren dentro del ámbito de disponibilidad de la Administración.

Para delimitar este espacio no hay que acudir a la L.O.R.A.P., ya que ésta no delimita los espacios reservados a la ley³⁷, sino a las especificaciones constitucionales efectuadas en beneficio de la

³⁵. Así, ESCUDERO RODRIGUEZ, R., op. cit., pág. 95. En el mismo sentido, las S.T.S. de 19 de abril y 23 de septiembre de 1.991.

³⁶. Así, lo subrayan BLASCO ESTEVE, A., op. cit., pág. 2.169; DEL REY GUANTER, S., Comentarios..., cit., págs. 196 y ss; MARTINEZ ABASCAL, V.A., op. cit., págs. 329 y ss; LOPEZ GANDIA, J., op. cit., págs. 20 y 21; aunque las reflexiones que realizan estos autores se refieren a la Ley 9/1.987, siguen teniendo validez.

³⁷. MARTINEZ ABASCAL, V.A., op. cit., pág. 344.

El ámbito objetivo

ley y a las diferentes leyes de la Función Pública. A partir de su examen se podrá inducir el ámbito de la potestad reglamentaria en materia funcionarial y, con ello, el de la negociación colectiva propiamente dicha. A ésta le corresponderá, en consecuencia una competencia de detalle, de especificación de puntos abordados legalmente o, cuando ello sea el caso, de ordenación de cuestiones no tratadas por la ley, que le sean reenviadas, expresa o implícitamente, aunque siempre, en uno u otro caso, con respeto absoluto a lo regulado por ésta. Los Pactos y Acuerdos podrán desarrollar la ley en sentido acorde a lo dispuesto en ésta, matizar y concretar las líneas generales expuestas en ella, pero no modificarla, a menos que ella lo autorice.

En segundo lugar, porque la negociación colectiva concluye en instrumentos negociales de muy distinta naturaleza según versen o no sobre materias objeto de reserva de ley. Mientras en este último supuesto, el Gobierno está obligado a asumir en sus propios términos el Acuerdo alcanzado en sede negocial, en el primero, en cambio, el Gobierno no está obligado a hacerlo, y después el Parlamento, tampoco está obligado a tramitarlo y no enmendarlo. A nuestro modo de ver, la falta de eficacia jurídica de estos acuerdos, desemboca inevitablemente en la coerción o restricción severa del contenido negocial. Porque si, desde el punto de vista del diseño de la L.O.R.A.P., tales Acuerdos carecen de eficacia, el precipitado lógico de los mismos, esto es, el contenido normativo

El ámbito objetivo

se desvanece y puede ser constreñido, ya que, en definitiva, será el órgano administrativo y en última instancia el legislador quienes decidan dar o no efectividad a aquel contenido.

7. A la luz de las consideraciones anteriores, procede abordar el análisis de la extensión a la que se ciñe el ámbito objetivo o contenido de la negociación colectiva en la Función Pública. A tal efecto, partiremos de la tradicional distinción entre contenido normativo y contenido obligacional de los instrumentos negociales. En el sector laboral, en atención a los distintos fines perseguidos por las diferentes cláusulas del convenio, así como, sobre todo a los distintos sujetos obligados por las mismas, la dogmática tradicional del convenio colectivo ha venido distinguiendo entre un contenido normativo, integrado por las cláusulas y estipulaciones que regulan las relaciones individuales y colectivas de trabajo de empresarios y trabajadores incluidos en el ámbito de aplicación del convenio, y un contenido obligacional del mismo, integrado por cuantas cláusulas definen y regulan las relaciones entre los sujetos negociadores o partes del convenio a fin de garantizar la observancia y la duración del convenio en el periodo acordado.

Para el final de nuestro estudio queda el que hemos denominado contenido mínimo u obligatorio de los Pactos y Acuerdos, que aparece recogido en el art. 35, párrafo cuarto de la L.O.R.A.P.,

las partes, plazo de vigencia y ámbitos personal, funcional y territorial.

II. EL CONTENIDO NORMATIVO DE LOS PACTOS Y ACUERDOS.

8. El art. 32 dedica su atención principalmente al contenido normativo de los Acuerdos y Pactos. De conformidad con lo preceptuado en este precepto "serán objeto de negociación en su ámbito respectivo y en relación con las competencias de cada Administración Pública, las materias siguientes: El incremento de retribuciones de los funcionarios y del personal estatutario de las Administraciones Públicas que proceda incluir en el Proyecto de Presupuestos Generales del Estado de cada año, así como el incremento de las demás retribuciones a establecer para su respectivo personal, en los proyectos normativos correspondientes de ámbito autonómico y local. b) La determinación y aplicación de las retribuciones de los funcionarios públicos. c) La preparación y diseño de los planes de oferta de empleo público. d) La clasificación de puestos de trabajo. e) La determinación de los programas y fondos para la acción de promoción interna, formación y perfeccionamiento. f) La determinación de las prestaciones y pensiones de las clases pasivas y, en general, todas aquellas materias que afecten, de algún modo, a la mejora de las condiciones de vida de los funcionarios. g) Los sistemas de ingreso, provisión y promoción profesional de los funcionarios públicos. h) Las propuestas sobre derechos sindicales y de participación. i) Medidas sobre salud laboral. j) Todas aquellas materias que afecten, de algún modo, al acceso a la Función Pública, Carrera administrativa, retribuciones y Seguridad Social, o a las condiciones de trabajo de

El ámbito objetivo

los funcionarios públicos y cuya regulación exija norma con rango de Ley. k) Las materias de índole económica, de prestación de servicios, sindical, asistencial, ..".

9. Desde una perspectiva formal habría que señalar que las materias susceptibles de negociación aparecen reunidas en el artículo tantas veces repetido sin obedecer a sistemática u ordenación alguna, yuxtaponiéndose materias de índole diversa. Hay que subrayar que en la versión original al enumerar las materias negociables si se seguía un criterio sistemático. Pero el legislador, al incorporar referencias expresas a nuevas materias, las ha insertado entre las que figuraban sin seguir un criterio lógico en su ordenación, lo que ha distorsionado el esquema inicial. No obstante ello, es posible agruparlas en relación a cada uno de los ámbitos identificables en la esfera de la Función Pública. La Ley no se centra exclusivamente en el ámbito estrictamente funcional, sino que se refiere a un conjunto de ámbitos materiales económico, funcional (incluyendo seguridad e higiene), organizativo, sindical, y de Seguridad Social, que podríamos englobar dentro de la esfera general del "orden funcional".

10. A continuación, expondremos una panorámica de los contenidos de la negociación colectiva funcional en cada uno de estos ámbitos materiales.

1. Materias económicas.

11. De acuerdo con lo preceptuado en el art. 32 de la L.O.R.A.P. en materia económica serán objeto de negociación las siguientes cuestiones: a) El incremento de retribuciones de los funcionarios y del personal estatutario de las Administraciones Públicas que proceda incluir en el Proyecto de Presupuestos Generales del Estado de cada año, así como el incremento de las demás retribuciones a establecer para su respectivo personal, en los proyectos normativos correspondientes de ámbito autonómico y local; b) La determinación y aplicación de las retribuciones de los funcionarios públicos; c) Todas aquellas materias que afecten, de algún modo, {...} (a las) retribuciones {...} de los funcionarios públicos y cuya regulación exija norma con rango de Ley; y d) Las materias de índole económica.

12. Con toda seguridad, las materias de índole funcional comprenden a las de índole económica y ambas pueden ser refundidas bajo la fórmula general "de condiciones de trabajo". No obstante, dada la especial atención que la Ley dedica al tema de las retribuciones, van a ser objeto de una consideración específica. La cuestión consiste en delimitar el espacio de desenvolvimiento de la actividad negocial en este ámbito material. Por lo pronto, hay que indicar las materias económicas susceptibles de negociación se constriñen, a diferencia de lo que sucede en el sector laboral, al

El ámbito objetivo

tema retributivo. La diferencia se debe a los cambios imprescindibles derivados de la Función Pública. La entidad empleadora no actúa en base a criterios económicos, de modo que pierde todo sentido la negociación de la política económica de la empresa³⁸.

14. Pero antes de abordar esta cuestión, conviene sentar varias premisas las cuales coherentemente relacionadas nos pueden ayudar a comprender más fácilmente el tema. Las retribuciones de los funcionarios tienen dos componentes o elementos: en primer lugar, el componente cualitativo, esto es, la estructura retributiva; en segundo lugar, el componente cuantitativo, esto es, la cuantía de las retribuciones.

Por estructura de las retribuciones se entiende la composición o forma ordena de la distribución, por razón de su naturaleza y especie, de las distintas partidas retributivas cuya suma da como resultado la suma de la retribución. Partiendo de un planteamiento meramente descriptivo, cabe entender por cuantía retributiva el resultado aritmético de sumar las partidas que integran la estructura de la retribución. Formalmente considerada, la descripción parece obvia, pero resulta necesario completarla con

³⁸. En base a este mismo argumento CRUZ VILLALON, J., "Juntas y Delegados de Personal: conceptos, ámbitos de actuación y competencias", en A.A.V.V., Seminarios sobre relaciones colectivas en la Función Pública, Sevilla, 1.989, pág. 101, justifica que los representantes unitarios no tengan reconocidas facultades de información pasiva en materia económica.

algunas reflexiones que coadyuven a su comprensión.

15. La idea que sobre la cuantía retributiva se ha establecido resulta cierta si se valora estáticamente su configuración. Pero la suma de elementos que dan como resultado la cuantía de la retribución no se resuelve a través de una sencilla suma, sino a través de una más complicada operación que es necesario desarrollar para establecer la retribución que ha de percibir el funcionario.

Por tanto, tres momentos han de diferenciarse: en primer lugar, la determinación del incremento retributivo global; en segundo lugar, la determinación genérica de la retribución, esto es, la fijación de la retribución en vía general y abstracta, aplicable a todos los funcionarios de un mismo grupo ; en tercer lugar, la fijación individualizada de la retribución, esto es, la determinación de la retribución realmente percibida por cada funcionario en atención a las características del puesto de trabajo que desempeña y de su rendimiento personal.

16. Horquillada así la materia objeto de estudio, habrá que plantearse cuál es el rol de la negociación colectiva en relación con cada uno de estos componentes. Pero antes conviene realizar una muy elemental cronología que mida, a través de su lectura, el grado de madurez de la normativa actual.

17. De acuerdo con el antiguo art. 32.a) de la L.O.R.A.P. era objeto de negociación "la aplicación de las retribuciones de los funcionarios públicos". La cuestión consistía en delimitar el alcance de la expresión "aplicación". Y, en este sentido, hay que indicar que, gramaticalmente hablando, el término "aplicación" necesita, como ha señalado la doctrina³⁹, de dos elementos o componentes sobre los que hacer recaer la acción de aplicar. Son dos elementos que, de por sí quedan fuera del ámbito de lo que se quiere determinar por dicha acción. Se aplica A a B, y cuando se indica que lo que se incluye en una determinada competencia es el proceso de aplicación, se entiende que queda fuera de esa competencia la conceptualización y especificación tanto de A como de B.

Si se tuviera que delimitar esos dos componentes A y B en el ámbito retributivo de los funcionarios, el segundo (B), aquel sobre el que recae la acción, es la estructura retributiva, mientras que el primero (A), el componente activo o aplicado, es el incremento anual de la retribución global de los funcionarios. De este modo, y a partir del tenor literal de la ley, quedaba extramuros del contenido negocial la determinación de la estructura de las retribuciones y la cuantía global de las mismas⁴⁰. Dicha exclusión derivaba no solo del sentido del término "aplicación", sino también

³⁹. DEL REY GUANTER, S., Comentarios..., cit., pág. 201.

⁴⁰. DEL REY GUANTER, S., Comentarios..., cit., págs. 201-202; MARTINEZ ABASCAL, V.A., op. cit., pág. 333.

El ámbito objetivo

de una interpretación sistemática de los arts. 32.a) y 33 de la L.O.R.A.P. De acuerdo con lo dispuesto en este último precepto quedaban al margen del sistema de negociación colectiva "las materias reservadas a la ley", y, precisamente, estos aspectos de las retribuciones de los funcionarios pertenecen al ámbito de la reserva de ley (art. 23 L.M.R.F.P.)⁴¹.

Pero el legislador también excluía del ámbito de la negociación colectiva la determinación genérica de las retribuciones de cada grupo de funcionarios. Es decir, la negociación colectiva no podía entrar a determinar exactamente la distribución que debía hacerse del incremento anual de la retribución global de los funcionarios entre los grupos, entre sus distintos conceptos retributivos. De este modo, sólo podía ser objeto de negociación la determinación individualizada de las cuantías retributivas que no están afectadas por el instrumento legislativo presupuestario⁴², esto es, la aplicación de los complementos específicos y de productividad⁴³.

1.1. Elemento cualitativo.

⁴¹. MARTINEZ ABASCAL, V.A., op. cit., pág. 333.

⁴². Así, MARTINEZ ABASCAL, V.A., op. cit., pág. 338.

⁴³. Así, PIÑAR MAÑAS, J.L., "El nuevo sistema retributivo de los funcionarios y su aplicación", R.A.P., núm 111, 1.986, pág. 362.

18. La Ley 7/1.990, en principio, y a diferencia de lo que ocurre con el elemento cuantitativo, no se refiere de modo expreso a la estructura de las retribuciones. No obstante ello, este aspecto es incluíble en el apartado j) del art. 32, que menciona las materias que afecten, de algún modo, a las "retribuciones" de los funcionarios y cuya regulación tenga que hacerse por norma con rango de ley. Ahora bien, la estructura de las retribuciones de los funcionarios no es susceptible de negociación propiamente dicha, ya que se trata de un aspecto que pertenece al ámbito de la reserva de ley⁴⁴.

19. En efecto, la regulación esencial de las retribuciones de los funcionarios se encuentra en el art. 23 -"conceptos retributivos"- de la L.M.R.F.P. La distinción fundamental que ahí se realiza es entre retribuciones "básicas" y "complementarias". Las primeras incluyen el "sueldo" -"que corresponde al índice de proporcionalidad asignado a cada uno de los grupos en que se organizan los cuerpos y escalas, clases o categorías", grupos que a su vez vienen determinados en el art. 25 de la propia L.M.R.F.P.-, los "trienios" -"consistentes en una cantidad igual para cada grupo por cada tres años de servicio en el cuerpo o escala, clase o categoría"- , y las "pagas extraordinarias" -"que serán dos al año por un importe mínimo, cada una de ellas, de una mensualidad

⁴⁴. Así lo entiende, MARTINEZ ABASCAL, V.A., op. cit., pág. 333, al decir que la determinación de la estructura retributiva se encomienda al art. 23 L.M.R.F.P.

El ámbito objetivo

del sueldo y trienios..". Las retribuciones complementarias están compuestas por el "complemento de destino" -correspondiente al nivel del puesto que se desempeñe-, el "complemento específico" -"destinado a retribuir las condiciones particulares en algunos puestos de trabajo en atención a su especial dificultad técnica, dedicación, responsabilidad, peligrosidad o penosidad"-, el "complemento de productividad" -"destinado a retribuir el especial rendimiento, la actividad extraordinaria y el interés o iniciativa con que el funcionario desempeñe su trabajo"- y las "gratificaciones por servicios extraordinarios" -"fuera de la jornada normal, que en ningún caso podrán ser fijas en su cuantía y periódicas en su devengo".

20. De este modo, estando regulada la estructura retributiva en el art. 24.1 de la L.M.R.F.P. y, sin perjuicio de que esta cuestión esté o no sometida a una reserva material de ley, su ordenación está reservada formalmente al legislador. Además, la redacción de este precepto parece excluir toda posibilidad de intervención reglamentaria⁴⁵ y, por ende, de la negociación propiamente dicha, de forma que puedan ser especificados los "conceptos" ahí definidos o incrementados por otros nuevos.

21. En síntesis, la estructura retributiva queda fuera del

⁴⁵. Así, DEL REY GUANTER, S., Comentarios..., cit., pág. 202.

El ámbito objetivo

contenido negocial propiamente dicho. Por lo demás, el art. 24 de la L.M.R.F.P. se considera por el art. 1.3 de la propia L.M.R.F.P. como una de las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos dictada al amparo del art. 149.1.18 de la Constitución y, en consecuencia, aplicable al personal de todas las A.A.P.P. sujeto a dicho régimen⁴⁶. Por ello, la estructura retributiva queda extramuros del contenido negocial no sólo en la esfera estatal, sino también en los ámbitos autonómico y local.

22. En este sentido, la diferencia sobre el tema entre el sector laboral y el funcionarial no estriba en la ausencia de regulación estatal en el primero, sino en que mientras en este último caso tal intervención no es excluyente de la negociación colectiva - los convenios colectivos laborales pueden, si así lo desean, añadir nuevos conceptos salariales a los indicados por la norma estatal, pero no alterar los conceptos de salario base, complementos salariales y percepciones extrasalariales-, en el ámbito de la Función Pública la regulación estatal si es excluyente de la negociación colectiva que no podrá definir nuevos conceptos retributivos, ni básicos ni complementarios⁴⁷.

23. Por último, conviene realizar unas breves reflexiones

⁴⁶. En este sentido, PIÑAR MAÑAS, J.L., op. cit., pág. 365, afirma que la estructura de las retribuciones de los funcionarios públicos vincula a las C.C.A.A.

⁴⁷. Así, DEL REY GUANTER, S., Comentarios..., cit., pág. 202-203.

El ámbito objetivo

sobre la estructura retributiva de los funcionarios públicos. El art. 23 establece, como hemos visto, dos tipos de retribuciones: básicas y complementarias. Las primeras se fijan en función del grupo al que se pertenece, sin tomar en consideración los cuerpos y las escalas. De este modo, todos los cuerpos y escalas que pertenecen a un mismo grupo, por tener la misma titulación reciben las retribuciones básicas en cuantía igual. Las segundas retribuyen las características del puesto de trabajo y el especial rendimiento de los funcionarios.

1.2. Elemento cuantitativo.

24. A la hora de establecer las retribuciones de los funcionarios públicos, hay que distinguir, como se ha visto, tres fases: 1ª) La determinación del incremento retributivo global; 2ª) la determinación genérica de las retribuciones; y 3ª) la aplicación de las retribuciones.

1.2.1. La determinación del incremento global de las retribuciones de los funcionarios públicos.

25. Centrándonos en la primera fase, hay que indicar que existen, básicamente, dos modelos normativos de determinación de condiciones salariales, según el grado de intervención normativa

El ámbito objetivo

por parte del Estado⁴⁸: primero, un sistema netamente negocial en el que el respeto al equilibrio del mercado marca la actitud abstencionista del Estado, produciéndose la inexistencia de disposiciones salariales. El segundo modelo, al que se denominaría como institucional, es aquel en el que existen soluciones administrativas y negociales. Así, por ejemplo, se establecen mínimos interprofesionales que funcionan como mínimos contractuales de los distintos niveles de contratación colectiva o una política de salarios restrictiva de la acción autónoma de las partes en la negociación colectiva. Ambos modelos no actúan, por lo general, separadamente, sino de forma coordinada.

26. En el sector laboral, las funciones de la normativa estatal y de la negociación colectiva están notablemente delimitadas en este ámbito⁴⁹. A la Administración, le corresponde fijar el salario mínimo interprofesional (art. 27.1 E.T.). Al convenio colectivo, le corresponde la función de incrementar dicho mínimo dando lugar a los salarios mínimos profesionales. Así, es el nivel negocial el que lleva consigo el peso de la determinación salarial, desempeñando el Estado sólo una función supletiva respecto de la autonomía colectiva; función que se desarrolla no

⁴⁸. Sobre los modelos normativos de determinación genérica del salario ver MARTINEZ JIMENEZ, J.M., "La acción gubernamental en el control de salarios: algunas experiencias recientes en los países industrializados", R.E.D.T., núm. 22, 1.985, págs. 191 y ss; GONZALEZ POSADA, E., "La determinación y estructura del salario", R.P.S., núm. 141, 1.984, págs. 30 y ss.

⁴⁹. Vid. GONZALEZ POSADA, E., op. cit., págs. 34 y ss.

El ámbito objetivo

sólo a través del establecimiento del S.M.I., sino también fijando directamente las condiciones salariales mediante la extensión de convenios colectivos (art. 92.2 E.T.) o el ejercicio del poder reglamentario residual que le reconoce la disposición adicional primera del E.T. A través de estas medidas el Estado suple el déficit de la autonomía colectiva en determinados sectores.

En síntesis, es el nivel negocial el que lleva consigo el peso de la determinación salarial⁵⁰. El único sector, dentro del ámbito laboral, en el que no se aplica el cuadro que sumariamente se ha descrito es precisamente el del personal laboral al servicio de la Administración Pública⁵¹. En efecto, si bien hasta la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1.983 se establecía un índice de incremento máximo salarial de carácter indicativo para

⁵⁰. No obstante, este principio de libertad de fijación de salarios está sujeto a ciertas restricciones:

En primer lugar, la propia autonomía colectiva puede ser fuente externa de limitaciones a la libertad de contratación de los salarios. Esta posibilidad está implícitamente contemplada por el art. 83.2 del E.T. De este forma, mediante acuerdos interprofesionales o convenios marco los sindicatos y asociaciones empresariales más representativas a nivel estatal o autonómico pueden limitar la libertad de fijación de los salarios en las unidades de negociación inferiores. Esto último ha sucedido en los últimos años con los sucesivos acuerdos interprofesionales. Sin embargo, la eficacia obligacional y no normativa que los ha caracterizado ha permitido fenómenos de "derivación salarial" en los convenios colectivos -principalmente en los de nivel de empresa.

En segundo lugar, el nivel negocial no es, sin embargo, totalmente autónomo respecto de la acción estatal, dándose controles más o menos mediatos de éstos sobre aquella. Así, los periodos de política de rentas de carácter obligatorio que implicaban limitaciones a los incrementos salariales a operar por convenios colectivos. Tales controles o influencias pueden ir desde la presión ejercida bien por un control de la información sobre los datos que sirven de cálculo para todo tipo de valoración de los incrementos salariales, a través de restricciones de créditos bien por la influencia que sobre la opinión pública. Pero la limitación más importante a la libre fijación de salarios por los convenios colectivos se da a través de una política de rentas que implica la fijación, directa o indirecta, de unos topes salariales a la negociación por parte del Estado.

⁵¹. Así, DEL REY GUANTER, S., Comentarios..., cit., pág. 203.

El ámbito objetivo

los convenios colectivos de este personal, a partir de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1.984 dicho índice adquirió carácter de obligatorio⁵². De esta forma, la autonomía de la negociación colectiva laboral experimenta esta notable excepción en la determinación anual de los incrementos salariales.

28. El anterior panorama nos puede servir de referencia para comprender hasta qué punto se distancian los sistemas de negociación colectiva laboral y funcional.

29. El nuevo art. 32.a) de la L.O.R.A.P. enumera, entre las materias que pueden ser objeto de negociación, los incrementos retributivos a incluir en los proyectos de presupuestos de las Administraciones Públicas, por lo que tales cuestiones dejan de gravitar en el área de la consulta. Ahora bien, ha de tenerse en cuenta que la actual formulación del art. 32 encuadra estas cuestiones en el ámbito de la legislación negociada y no en el de la negociación propiamente dicha⁵³. Y ello es así porque en esta materia existe una reserva material de ley. Así, y por lo que respecta a la esfera estatal, el art. 134 de la C.E. dispone que

⁵². Sobre este particular ver DE LA VILLA, L.E. y GARCIA BECEDAS, G., "Limitaciones salariales y negociación colectiva: acerca de la constitucionalidad de la Ley 44/1.983", R.L., núm. 3, 1.985, págs. 447 y ss; MORENO VIDAL, N. "Intervencionismo estatal en la negociación colectiva a través de la fijación de topes salariales máximos", A.L., núm. 14, 1.989, págs. 163 y ss; SALA FRANCO, T y RAMIREZ MARTINEZ, J.M^a. "La negociación colectiva del personal laboral al servicio del sector público", R.L., núm. 3, 1.985, pág. 473 y ss.

⁵³. DEL REY GUANTER, S., "La nueva..", cit., pág. 12; ESCUDERO RODRIGUEZ, R., op. cit., pág. 95.

El ámbito objetivo

las leyes de Presupuestos Generales del Estado "...incluirán la totalidad de los gastos {...} del sector público estatal.." y, entre ellos, los del personal al servicio de la Administración estatal y de sus Organismos Autónomos⁵⁴. En este sentido, esta cuestión, aunque está muy directamente conectada con el régimen estatutario de los funcionarios públicos en tanto que condiciona directamente los incrementos máximos de las retribuciones de cada funcionario, individualmente considerado, no afecta esencialmente a la reserva legal en materia funcionarial, sino más bien a la reserva legal en materia presupuestaria.

30. De este modo, al extender la negociación colectiva a los incrementos retributivos, lo que hace el legislador es abrir en términos participativos el procedimiento de elaboración de las leyes presupuestarias en el ámbito del ejecutivo con anterioridad a la presentación de los proyectos de la ley ante el legislativo⁵⁵. Téngase en cuenta a este respecto que la formación del Presupuesto pasa por dos fases, elaboración del proyecto y aprobación del mismo, y que en cada una de ellas tiene el protagonismo un órgano distinto del Estado -la elaboración del Proyecto de ley de Presupuestos es competencia del Gobierno, su aprobación lo es del

⁵⁴. Subraya este hecho DEL REY GUANTER, S., Comentarios..., cit., pág. 203.

⁵⁵ DEL REY GUANTER, S., "La nueva.....", cit, pág. 12.

El ámbito objetivo

Parlamento⁵⁶. Así, lo que se negocia, como expresamente indica el nuevo art. 32.a) son los proyectos normativos, de forma que la eficacia obligacional del acuerdo se refleja en el deber de la Administración de presentar los mismos ante el Parlamento en términos consonantes con lo pactado. De esta forma, se garantiza el derecho de negociación de los funcionarios, al tiempo que el Parlamento ejercita en la fase culminante del ciclo presupuestario⁵⁷, que es la aprobación de la Ley de Presupuestos, su poder financiero supremo, adoptando las decisiones fundamentales sobre el gasto del sector público⁵⁸.

⁵⁶. Sobre la elaboración del Presupuesto del Estado ver, por todos, PALAO TOBOADA, C., Derecho Financiero y Tributario, T.I., Introducción, Derecho Presupuestario, ingresos públicos no tributarios, Madrid, 1.985, págs. 77 y ss.

⁵⁷. Las Leyes de Presupuestos para 1.991 y 1.992 establecen el incremento anual de la retribución global de los funcionarios públicos. El art. 20.1 de la Ley 31/1.991, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1.992 dispone que: "con efectos de 1 de enero de 1.992, la cuantía de los componentes de las retribuciones de personal en activo del sector público, excepto el sometido a la legislación laboral, experimentará el siguiente incremento con respecto a las establecidas para el ejercicio de 1.991:

a) Las retribuciones básicas de dicho personal, así como las complementarias de carácter fijo y periódico asignadas a los puestos de trabajo que desempeña, experimentarán un incremento del 5 por 100, sin perjuicio, en su caso, de la adecuación de estas últimas cuando sea necesaria para asegurar que las asignadas a cada puesto de trabajo guarden la relación procedente con el contenido de especial dificultad técnica, dedicación, responsabilidad, peligrosidad o penosidad del mismo.

b) El conjunto de las restantes retribuciones complementarias tendrá, asimismo, un crecimiento de 5 por 100, sin perjuicio de las modificaciones que se deriven de la variación del número de efectivos asignados a cada programa, el grado de consecución de los objetivos fijados para el mismo y del resultado individual de su aplicación.

c) Los complementos personales y transitorios y demás retribuciones que tengan análogo carácter se regirán por su normativa específica y por lo dispuesto en esta Ley, quedando excluidos del aumento del 5 por 100 previsto en la misma.

d) Las indemnizaciones por razón del servicio se regirán por su normativa específica".

⁵⁸. Ya con anterioridad a la Ley 7/1.990, el Acuerdo sobre incremento de retribuciones de los funcionarios del Estado para 1.989 (B.O.E.) establecía el incremento de retribuciones que se incluirá en el proyecto de presupuesto para 1.989 y, además, un fondo adicional para mejoras retributivas, tendente a reducir desequilibrios.

El ámbito objetivo

Sin embargo, los órganos de Gobierno pueden presentar ante el legislativo correspondiente unos proyectos que no se correspondan con lo pactado y, después éste, tampoco está obligado a asumirlo. Esta circunstancia pone sobre aviso sobre las diferencias que existen entre la negociación colectiva funcionarial y laboral, ya que en este último caso, salvo en circunstancias especiales, no cabe una política de rentas. Se trata, por tanto, de una peculiaridad más del sistema de negociación colectiva funcionarial.

31. Por lo demás, la inclusión en el plano de la negociación colectiva de los incrementos retributivos a incluir en los proyectos de presupuestos de las Administraciones Públicas, se presta a las siguientes consideraciones:

En primer lugar, que esta cuestión se negociará en el seno de las Mesas de negociación que se creen en el ámbito de cada una de las Administraciones Públicas. En efecto, en virtud del principio de autonomía financiera de las Comunidades Autónomas (art. 156.1 de la C.E.) y de las Entidades Locales (arts. 137, 140 y 141.2 C.E.), es a ellas a quienes corresponde determinar, a través de sus respectivos Presupuestos, el incremento global de las retribuciones de sus funcionarios, con las limitaciones obvias resultantes de la coordinación de las Haciendas autónomas y locales con la Hacienda

El ámbito objetivo

estatal y del principio de solidaridad⁵⁹. En esta línea, el art. 32.a) señala que se negociará el "incremento {...} que proceda incluir en el Proyecto de Presupuestos Generales del Estado {...} y en los proyectos normativos correspondientes de ámbito autonómico y local".

En segundo lugar, los niveles negociales autonómicos y locales son, en principio, totalmente autónomos respecto de la acción estatal. No obstante ello, hay que tener en cuenta que el Tribunal Constitucional ha dicho que "no resulta injustificado que, en razón de una política de contención de la inflación a través de la reducción del déficit público, y de la prioridad de las inversiones públicas frente a los gastos consuntivos, se establezcan por el Estado topes máximos globales al incremento de la masa retributiva de los empleados públicos"⁶⁰. Ahora bien, el establecimiento de topes máximos a las retribuciones sólo es posible si se hace globalmente y no, sin embargo, si es de forma individualizada o personalizada⁶¹.

Así, aún cuando el Tribunal Constitucional, al referirse al art. 2.2.b) de la Ley 44/1.983, de 28 de diciembre, de Presupuestos

⁵⁹. Vid. BARREIRO GONZALEZ, G., "Sobre el control presupuestario de las rentas del personal laboral en el sector público", R.E.D.T., núm. 27, 1.986, págs. 445 y ss.

⁶⁰. S.T.C.O. 63/1.986, de 21 de mayo, f.j. n.º. 11.

⁶¹. Sobre este tema ver BARREIRO GONZALEZ, G., op. cit., págs. 445 y ss.

El ámbito objetivo

Generales del Estado para 1.984, donde se extendían las limitaciones establecidas en dicho precepto, en relación con el aumento de las retribuciones, al personal que se halla al servicio de las Comunidades Autónomas, Entidades Locales y Organismos Autónomos de ellas, lo caracteriza como "una simple medida coyuntural y de eficacia limitada en el tiempo"⁶², lo cierto es que estos límites vienen reiterándose desde entonces en las sucesivas Leyes de Presupuestos Generales del Estado. Así, el art. 28 de la Ley 33/1.987, de 23 de diciembre, de Presupuestos para 1.988, el art. 25 de la Ley 37/1.988, de Presupuestos para 1.989, el art. 19.2 de la Ley 4/1.990, de 29 de junio, de Presupuestos para 1.990, el art. 18 de la Ley 31/1.990, de 27 de diciembre, de Presupuestos para 1.991 y el art. 20 de la Ley 31/1.991, de 30 de diciembre, de Presupuestos para 1.992.

Esto significa que las partes negociadoras a nivel autonómico y local se encontrarán vinculados por estos topes legales, no pudiendo pactar una masa retributiva por encima de los máximos establecidos a nivel estatal⁶³. Y si lo hicieran, incurrirían en

⁶². S.T.C.O. 63/1.986, de 21 de mayo f.j. n.º. 11.

⁶³. En esta línea, la negociación colectiva autonómica y local se abstiene de entrar en la regulación de este aspecto de las retribuciones de los funcionarios públicos. En términos generales, los Acuerdos a este nivel se limitan a transcribir con fiel literalidad las cláusulas correspondientes de la Ley de Presupuestos Generales del Estado en vigor (Acuerdo Salarial y Social de Cantabria para 1.989 - B.O., 24-3-1.990-, el Acuerdo de Cantabria para la mejora de las condiciones socio-económicas y de participación -B.O., 11-7-1.990-, Acuerdo de Andalucía sobre incrementos retributivos para 1.990 -B.O., 20-7-1.990) o se remiten a lo dispuesto en su respectivo Presupuesto, donde, a su vez, se recoge lo dispuesto en la Ley de Presupuestos Generales del Estado (Acuerdo de Cantabria para mejora de las condiciones socio-económicas y de participación -B.O., 24-5-1.991). En adelante sólo añadiremos la

El ámbito objetivo

ilegalidad, la cual constituye una de las causas de impugnación judicial de los Pactos y Acuerdos.

En tercer lugar, aunque la ley no señala expresamente el nivel negocial competente para la negociación del incremento anual de las retribuciones de los funcionarios, no cabe duda que debe ser el general. Esta conclusión se infiere a partir del tenor literal del art. 32.a) de la Ley. En este sentido, debe tenerse presente que el procedimiento de elaboración del proyecto de Ley de los Presupuestos Generales del Estado consta de tres fases: confección de anteproyectos parciales por los órganos del Estado y por los Departamentos ministeriales y demás Organismos Autónomos; redacción del anteproyecto por el Ministro de Economía y Hacienda y aprobación del mismo por el Gobierno; y remisión del proyecto de ley a las Cortes. Y de acuerdo con el antecitado precepto, lo que se negocia es el incremento retributivo que se ha de incluir en el Proyecto de Presupuestos Generales del Estado, esto es, el incremento retributivo global, que, al tener un efecto directo sobre la cuantificación de los derechos económicos de todos los funcionarios públicos corresponde, obviamente, a la Mesa general.

En cuarto lugar, esto significa que las partes no pueden negociar por encima de las retribuciones especificadas en la ley

fecha del Boletín Oficial correspondiente cuando se trate de acuerdos no citados.

El ámbito objetivo

presupuestaria⁶⁴. De lo contrario los Pactos y Acuerdos incurrirán en ilegalidad, la cual constituye una de las causas de impugnación de los mismos. De este modo, se limitan las posibilidades de la negociación colectiva strictu sensu.

Ahora bien, existe la posibilidad de negociar por encima de las cuantías de las retribuciones específicas en la Ley de Presupuestos, sobrepasando el límite señalado como incremento retributivo global de los gastos de personal. La viabilidad de esta negociación se apoya en la existencia de determinadas técnicas presupuestarias en virtud de las cuales se puede expecionar el principio establecido en el art. 60 de la L.G.P. Estas técnicas son las siguientes:

Primera, a través de la concesión de créditos extraordinarios o suplementos de crédito (arts. 134.5 C.E. y 64 L.G.P.). Ahora bien, la concesión de créditos extraordinarios o de suplementos de crédito es una competencia parlamentaria⁶⁵. Por consiguiente, aún

⁶⁴. En efecto no puede olvidarse el principio general según el cuál los créditos autorizados en el estado de gastos tienen carácter limitativo y, por tanto, no es posible la adquisición de compromisos de gastos por cuantía superior a su importe. Así lo establece el art. 60 de la Ley General Presupuestaria, que fué promulgada como Ley 11/1.977, de 4 de enero y su Texto Refundido por Real Decreto Legislativo 1.091/1.988, de 23 de septiembre (en adelante L.G.P.).

⁶⁵. La concesión de nuevos créditos supone una decisión de la misma naturaleza que la aprobación del Presupuesto, al que en cierto modo viene a rectificar, y revisten, por ello, la forma de Ley. Vid. PALAO TABOADA, C., Derecho Financiero y Tributario, Tomo I, Introducción, Derecho Presupuestario, Ingresos públicos no tributarios, Madrid, 1.985, págs. 86 y ss

El ámbito objetivo

cuando la Administración y los sindicatos puedan acordar la dotación de nuevos y mayores créditos, será necesaria la aprobación ulterior del legislador⁶⁶.

Segunda, los créditos presupuestarios también pueden ser modificados mediante transferencias de créditos⁶⁷. A parte de las limitaciones competencial y funcional a que están sometida las transferencias⁶⁸, la utilización de esta técnica de modificación presupuestaria a los efectos que se proponen encuentra las siguientes objeciones: en primer lugar, que dada la generalización de la técnica de las transferencias, por un lado, y la crónica o muy extendida situación de déficit presupuestario, por otro, será

⁶⁶. A este respecto, debe significarse que el antiguo art. 33 establecía que "procederá la consulta cuando {...} se trate de materias que supongan incremento de disponibilidades presupuestarias, cuya autorización corresponda a las Cortes Generales, Asambleas legislativas", con lo que se sustraía a la autonomía colectiva todo el ámbito material propio de las leyes presupuestarias y, más concretamente, de los créditos extraordinarios y suplementos de crédito. En la Ley 7/1.990, por el contrario, existen datos que parecen indicar que estos aspectos son susceptibles de negociación. Por lo pronto, la supresión de la exclusión de la negociación colectiva que realizaba el art. 33 de la L.O.R.A.P., en su versión original. Dicha exclusión parece indicar, a sensu contrario, que si procederá la negociación sobre las materias que supongan incremento de las disponibilidades presupuestarias cuya autorización corresponda a las Cortes Generales o Asambleas legislativas de las C.C.A.A. También, y más decisivo a este respecto, la posibilidad que abre el art. 32.f) de negociar "todas aquellas materias que afecten, de algún modo, al acceso a la Función Pública, carrera administrativa, retribuciones y Seguridad Social, o a las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos y cuya regulación exiga norma con rango de ley". Por último, la posibilidad de negociar el incremento retributivo que procede incluir en el Proyecto de Presupuestos Generales del Estado. En base a todos los anteriores argumentos interpretativos, se puede afirmar que la dotación de nuevos y mayores créditos cuya autorización corresponda al Parlamento es negociable. Y la fórmula a emplear para canalizar la participación de los sindicatos en la de la "legislación negociada"

⁶⁷. Las transferencias de créditos presupuestarios consisten en aumentar el importe de un crédito en la misma cuantía en que es disminuido otro del mismo presupuesto. Es decir, la transferencia no es otra cosa que un mecanismo interno de ajuste presupuestario que trata de acercar la previsión formulada con anticipación considerable a la realidad sobrevenida muchos meses después.

⁶⁸. Ver, por todos, SANCHEZ DE REVENGA, J., Presupuestos Generales del Estado y aspectos básicos del Presupuesto General de las C.E.E., Barcelona, 1.989, págs. 142 y ss.

El ámbito objetivo

infrecuente que un crédito extraordinario o suplementario se financie con baja en otros conceptos. En segundo lugar, esta técnica presenta el inconveniente de que favorece el secretismo sobre las retribuciones de los funcionarios⁶⁹. Además, en términos generales, tanto con anterioridad a la L.G.P. como en ésta, las autorizaciones para realizar transferencias que afectan a conceptos de personal son muy limitadas. La tendencia permisiva poco a poco, va ganando terreno y también en este campo se tiende a la aceptación de las transferencias.

Tercera, en supuestos tasados es posible considerar como ampliables determinados créditos (art. 66 L.G.P.)⁷⁰. La utilidad de esta técnica presupuestaria para favorecer la negociación de las retribuciones de los funcionarios es escasa, y ello por las siguientes razones: en primer lugar, porque, aún cuando mediante la técnica de la ampliación de créditos se sustraiga de la competencia parlamentaria inmediata y directa la determinación del verdadero importe de los créditos presupuestarios, ello sólo es aceptable en

⁶⁹. Precisamente, la necesidad de reflejar la cuantía exacta de las retribuciones en la Ley de Presupuestos se explica por la necesidad de hacer frente a la falta de publicidad del sistema de retribuciones y consiguiente dificultad de conocer lo que perciben todos y cada uno de los funcionarios; dificultad que proviene de la extraordinaria complejidad, ya apuntada del sistema y, sobre todo, del secretismo interesado que ha venido rodeando muchas de las decisiones emanadas de la Administración Pública en este ámbito.

⁷⁰. De acuerdo con el citado artículo "no obstante lo dispuesto en el art. 60 de esta ley, tendrán, excepcionalmente, la condición de ampliables aquellos créditos que de modo táxativo y debidamente explicitado se relacionen en el estado de gastos de los Presupuestos Generales del Estado y, en su virtud, podrá ser incrementada su cuantía, previo cumplimiento de los requisitos exigidos por vía reglamentaria, en función de la efectiva recaudación de los derechos afectados o del reconocimiento de obligaciones específicas del respectivo ejercicio, según disposiciones con rango de ley".

El ámbito objetivo

relación con los conceptos que expresa y limitadamente establezca el Parlamento. Es decir la Administración necesita la autorización expresa del Parlamento para proceder en este sentido. Ello no obstante, este sistema presenta con respecto a la técnica presupuestaria de los créditos extraordinarios o del suplemento de crédito la ventaja de que el procedimiento para ampliar el crédito es más ágil y rápido que el de la concesión de un crédito extraordinario o de un suplemento de crédito. En segundo lugar, porque la causa primera de la ampliabilidad de los créditos se halla en un error de previsión porque el Parlamento, al confeccionar el Presupuesto no dispone de todo el conjunto de datos y estimaciones exactas para establecer instrumentos absolutamente coincidentes con la realidad futura. De acuerdo con este planteamiento, las Leyes Generales de Presupuestos suelen considerar ampliables los créditos destinados a cubrir las necesidades relativas a trienios, dotaciones de plazas vacantes cuando se cubran, ayuda familiar y ciertos incrementos salariales. Es decir, para sufragar los gastos económicos de los funcionarios que no eran previsibles al confeccionar los Presupuestos porque no se conocían los trienios, las plazas cubiertas,..etc., pero no, así, las retribuciones básicas y complementarias de los funcionarios. A partir de estas consideraciones, queda de manifiesto que esta técnica de modificación presupuestaria no está pensada para favorecer o posibilitar la participación de los sindicatos ni es la más adecuada para ello.

El ámbito objetivo

Cuarta, también existe la posibilidad de que la Ley de Presupuestos Generales del Estado establezca un fondo adicional para mejoras retributivas del personal, aplicables con independencia del incremento retributivo global autorizado⁷¹.

En definitiva, sólo con ciertas reservas puede admitirse que el techo presupuestario condicione, hasta casi su anulación, la posibilidad de negociar por encima de las previsiones presupuestarias⁷².

1.2.2. La determinación de las retribuciones de los funcionarios públicos.

32. De acuerdo con lo dispuesto en el art. 32.b) de la

⁷¹. Así, el art. 25.3 de la Ley 37/1.988, de Presupuestos para 1.989 establecía la aplicación de un fondo de 20.000 millones de pesetas previsto para mejoras retributivas del personal incluido en el ámbito de aplicación de la L.O.R.A.P.; estas mejoras se aplicaron de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo sobre aplicación del fondo previsto en el art. 25 de la Ley 37/1.988 y aprobación de las mejoras retributivas que se derivan del mismo para los del Estado (B.O.E., 26-4-1.989)

⁷². Es regla general la inserción de una cláusula que reviste diversas modalidades, aunque con un contenido similar, en la que se prevé la revisión salarial. Así, en el anexo al A.N.C. se establece que "a partir de 1.990 el Gobierno aplicará una revisión salarial a los empleados públicos, en el caso en que el I.P.C. previsto sea superado por el I.P.C. registrado en el ejercicio" y que "dicha revisión se fijará de forma que el incremento de las retribuciones de los empleados públicos, una vez incorporada dicha revisión, mantenga la misma diferencia, en punto, respecto al I.P.C. registrado que la original incluida en la Ley de Presupuestos Generales del Estado en relación con el I.P.C. previsto". En cumplimiento de lo dispuesto en el citado Acuerdo, la disposición adicional vigésima de la Ley 31/1.991 de Presupuestos para 1.992 dispone "para compensar la desviación entre el índice de precios al consumo previsto y el registrado en el año 1.991, de acuerdo con la tasa interanual de noviembre de 1.991 sobre la del mismo mes del año 1.990, todas las referencias contenidas en el tít. III y en la disposición transitoria segunda de esta ley relativas al incremento de retribuciones del 5 por 100 sobre las cuantías establecidas para el ejercicio de 1.991, se entenderán referidas a estas últimas incrementadas en el 0,6667 por 100". En el mismo sentido, los Acuerdos de Cantabria para mejora de las condiciones socio-económicas y de participación para 1.990 y 1.991.

El ámbito objetivo

L.O.R.A.P., entre las materias que pueden ser objeto de negociación, se encuentra la "determinación {...} de las retribuciones de los funcionarios públicos". Por tal expresión hay que entender la fijación de la retribución en vía general y abstracta, aplicable a todos los funcionarios de un mismo grupo. Es decir, la determinación de la cuantía de los conceptos retributivos vinculados al grupo (el sueldo, los trienios y las pagas extraordinarias).

33. No obstante, la dificultad puede estribar en determinar si esta cuestión se encuentra a efectos participativos en el plano de la negociación colectiva strictu sensu o en de la legislación negociada. En principio, el art. 24.1 de la L.M.R.F.P. dispone que las "cuantías de las retribuciones básicas serán iguales en todas las Administraciones Públicas para cada uno de los grupos en que se clasifican los Cuerpos, escalas, categorías o clases de funcionarios. El sueldo de los funcionarios del grupo A no podrá exceder en más de tres veces al sueldo de los funcionarios del grupo E". Este artículo no tiene por objeto formular una reserva legal respecto de la específica fijación de las cuantías retributivas, sino el establecimiento de criterios de homogeneización y de equidad en tal fijación⁷³. No obstante ello, el apartado segundo del art. 24.2 de la L.M.R.F.P. señala que "la

⁷³. MARTINEZ ABASCAL, V.A., op. cit., pág. 334.

El ámbito objetivo

cuantía de las retribuciones básicas {...} deberá reflejarse para cada ejercicio presupuestario en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado y figurar en los Presupuestos de las demás Administraciones Públicas". De la formulación de este precepto se colige que el mismo pretende garantizar la competencia del legislador estatal en esta materia, de suerte que la ley de Presupuestos Generales del Estado debe reflejar las referidas cuantías. No obstante, a partir de la L.O.R.A.P., la obligación de "reflejar" en las leyes presupuestarias tales cuantías lo será en sentido estricto, esto es, en la ley se expresará meramente lo ya acordado en la negociación colectiva con los representantes de los funcionarios. Lo cual no significa que el Gobierno y las Cortes Generales no puedan modificar la distribución cuantitativa operada por esta última. En este sentido, la inclusión de la determinación exacta de los conceptos retributivos de los funcionarios de forma anual en la negociación colectiva *strictu sensu* exigiría seguramente una modificación del actual 24.1 de la L.M.R.F.P.⁷⁴. En consecuencia con lo anterior, los arts. 22 y 23 de las Leyes de Presupuestos Generales del Estado para 1.991 y 1.992 realizan la cuantificación de los sueldos, trienios y pagas extraordinarias correspondientes a los diferentes grupos.

34. Por lo demás, tal y como se desprende del tenor literal

⁷⁴. Vid. DEL REY GUANTER, S., Comentarios..., cit., pág. 206.

El ámbito objetivo

del art. 24.2 de la L.M.R.F.P., la competencia para negociar este aspecto de las retribuciones corresponde a la Mesa general de negociación de la Administración del Estado. En efecto, las cuantías deben reflejarse "en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado y figurar en los Presupuestos de las demás Administraciones Públicas". De aquí se deduce que su cuantía debe ser la misma para todos los funcionarios públicos con independencia de la Administración en que presten servicios⁷⁵. Por consiguiente, queda fuera del arbitrio de las mesas de negociación que se creen en las C.C.A.A. y en las E.E.L.L., la regulación de este aspecto, de modo que éstas se limitarán a reflejar en su respectivo Presupuesto la cuantía de las retribuciones básicas que se fije, para cada grupo, en la Ley de Presupuestos Generales del Estado, previa negociación con los sindicatos.

1.2.3. La aplicación de las retribuciones de los funcionarios públicos.

35. De conformidad, con lo preceptuado en el art. 32.b) de la L.O.R.A.P. será objeto de negociación "la aplicación de las retribuciones de los funcionarios públicos". Por tal expresión, hay que entender, como se ha señalado antes, la determinación de la retribución que corresponde a cada funcionario en atención a las

⁷⁵. PIÑAR MAÑAS, J.L., op. cit., pág. 367.

El ámbito objetivo

características del puesto de trabajo que desempeña y de su rendimiento personal. Esto es, la determinación de la cuantía de los conceptos retributivos vinculados al puesto de trabajo y al rendimiento personal. Como quiera que el rol de la autonomía colectiva es diferente en relación con los complementos de destino, específico y de productividad, vamos a analizarlos por separado.

A) Complemento de destino.

36. La ley señala que el complemento de destino será el correspondiente al nivel del puesto de trabajo que se desempeñe (art. 23.3 L.M.R.F.P.), lo cual remite, a su vez, a la clasificación en 30 niveles de los puestos de trabajo, a la que se alude en el art. 21 de la ley, y que su cuantía deberá reflejarse para cada ejercicio presupuestario en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado y fijada en los Presupuestos de las demás Administraciones Públicas (art. 24.2 L.M.R.F.P.). De todo ello se desprende que el complemento de destino es "una retribución general, directamente vinculada al desempeño de un puesto de trabajo concreto, cuya cuantía depende del nivel asignado a éste"⁷⁶. Así pues, la concreta puesta en marcha del sistema previsto en la ley requiere dos procesos concurrentes: determinación del nivel correspondiente a cada puesto de trabajo y

⁷⁶. Así, ABELLA POBLET, M. y otros, Régimen Jurídico y Económico de los funcionarios de la Administración Local, Tomo I, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Madrid, 1.990. pág. 176.

El ámbito objetivo

determinación de la cuantía del complemento de destino correspondiente a los puestos de cada nivel⁷⁷. Véamos, pues, cuál es el rol de la autonomía colectiva en relación con cada una de estas fases.

a) Determinación del nivel correspondiente a cada puesto.

37. La L.M.R.F.P. atribuye al Gobierno y, a través de las relaciones de puestos de trabajo, determinar el nivel correspondiente a cada uno de ellos (art. 15.1.b) y e) de la L.M.R.F.P.). Estando, pues, la cuestión dentro del ámbito de disponibilidad de la Administración, es evidente su carácter negociable⁷⁸. Así, a las partes negociadoras les corresponde determinar el nivel correspondiente a cada puesto de trabajo, dentro de los límites mínimos y máximos establecidos en el art. 26 del R.D. 28/1.990, de 15 de enero, aprobatorio del Reglamento General de Provisión de puestos de trabajo de la Administración del Estado⁷⁹.

38. Por último, hay que subrayar que el art. 15 de la

⁷⁷. ABELLA POBLET, M. y otros, op. cit., pág. 176.

⁷⁸. Así, el Acuerdo suscrito en el seno de la Mesa Sectorial de las Instituciones Sanitarias Públicas suscrito el 11 de mayo de 1.990 (B.O.E de 28 de julio de 1.990) determina los niveles de complemento de destino correspondientes a los puestos de trabajo.

⁷⁹. El citado artículo establece el abanico de niveles asignables a los puestos de trabajo que correspondan a los cuerpos y escalas de cada grupo.

El ámbito objetivo

L.M.R.F.P. no tiene el carácter de norma básica. El art. 16 de esta disposición legal establece que las C.C.A.A. y las E.E.L.L. "formarán también la relación de puestos de trabajo existentes en su organización, que deberán incluir en todo caso la denominación y características que le correspondan y los requisitos exigidos para su desempeño. Por consiguiente, compete a las C.C.A.A. y E.E.L.L., y a través de las relaciones de puestos de trabajo, determinar el nivel correspondiente a cada uno de ellos⁸⁰. Por lo que respecta a estas últimas, el art. 3.1 del R.D. 861/1.988, en relación con el art. 93 de la L.B.R.L., atribuye al Pleno de las E.E.L.L., determinar el nivel correspondiente a cada uno de ellos, dentro de los límites mínimos y máximos, que es establecen en el Anexo de dicho R.D.⁸¹

b) Determinación de su cuantía.

39. El art. 24.2 de la L.M.R.F.P. dispone que la "cuantía {...} de los complementos de destino asignados a cada puesto de trabajo {...} deberá reflejarse para cada ejercicio presupuestario en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado y figurar en los Presupuestos de las demás Administraciones

⁸⁰. Así, el Acuerdo de Extremadura en materia de retribuciones complementarias de 29 de julio de 1988 (D.O., 12-1-89) fija los niveles mínimos de complementos de destino correspondientes a los puestos de trabajo según el grupo al que correspondan de acuerdo con la tabla establecida al respecto.

⁸¹. Vid ABELLA POBLET, M. y otros, op. cit., págs. 177 y ss.

El ámbito objetivo

Públicas". Por consiguiente, y al igual que ocurre con la cuantía de las retribuciones básicas, la determinación de la cuantía de este concepto retributivo será acordada por la Administración Pública con los representantes de los funcionarios en el seno de la Mesa general de la Administración del Estado y luego recogida en las normas presupuestarias. En consecuencia con lo anterior, el art. 23.1.c.) de la Ley 31/1.991, de 30 de diciembre, de Presupuestos del Estado para 1.992 realiza la cuantificación concreta e igual de cada nivel. Al seguirse el mismo sistema que en el supuesto anterior, valen aquí las consideraciones que antes hemos realizado sobre la incidencia de la negociación colectiva.

40. Así pues, el arbitrio de las C.C.A.A. y E.E.L.L.⁸² y, por ende, de las mesas de negociación que se creen en tales ámbitos se reduce a asignar el nivel a cada puesto de trabajo; pero una vez realizada dicha operación, el importe del complemento de destino es el mismo que para ese nivel corresponde a los funcionarios del Estado.

B) Complemento específico.

41. En cuanto se refiere a los complementos específico y de

⁸². ABELLA POBLET, M. y otros, op. cit., pág. 182. En esta línea, el Acuerdo de la Junta de Andalucía sobre incrementos retributivos para 1.990 se limita a repetir lo fijado en el art. 22.1.c) de la Ley 4/1.990, de Presupuesto del Estado para 1.990.

El ámbito objetivo

productividad. El primero está destinado "a retribuir las condiciones particulares de algunos puestos de trabajo en atención a su especial dificultad técnica, dedicación, responsabilidad, peligrosidad" (art. 23.3.b) L.M.R.F.P.). El segundo tiene por misión el especial rendimiento, la actividad extraordinaria y el interés o iniciativa con que el funcionario desempeñe su trabajo". La ley da algunos parámetros para la valoración de las características del puesto de trabajo y del rendimiento personal del funcionario. Sin embargo, y contrariamente a lo que hace en relación con el complemento de destino, no exige que su cuantía se consigne o se refleje en las normas presupuestarias⁸³. En efecto, de conformidad con lo dispuesto en el art. 24.1 de la L.M.R.F.P. "la cuantía complementos específico y de productividad, en su caso, deberá reflejarse para cada ejercicio presupuestario en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado y figurar en los Presupuestos de las demás Administraciones Públicas". Así, los complementos específicos y de productividad se reflejan sólo "en su caso". Se trata de una medida lógica, ya que no es posible consignar en la leyes presupuestarias las cuantías individuales que corresponden por estos conceptos a cada funcionarios, pues éstos están en función de una serie de circunstancias particulares y personales relativas al puesto de trabajo y al funcionario, que no es posible tomar en consideración al elaborar el Presupuesto.

⁸³. Así, PIÑAR MAÑAS, J.L., op. cit., pág. 357.

El ámbito objetivo

42. Todo ello va a suponer un desenvolvimiento aceptable de la actividad negocial propiamente dicha en este ámbito. Este espacio negocial, aún limitado en su extensión, no es susceptible de ser negado por el ejercicio unilateral de la potestad reglamentaria, a no ser que se produzca una falta de acuerdo en la negociación colectiva. Y, en este sentido, y antes de entrar en el examen del concreto ámbito en el que puede moverse la actividad negocial, conviene realizar una reflexión global. El sistema retributivo instaurado por la L.M.R.F.P. ha merecido un juicio peyorativo entre los miembros de la doctrina científica. Las principales críticas se han centrado en la reducción del peso relativo que en el conjunto de la retribución corresponde a las retribuciones básicas, y en el aumento de las retribuciones vinculadas al puesto⁸⁴. En este sentido, se afirma que el nuevo sistema retributivo ha aumentado notablemente la discrecionalidad de la Administración y que puede revestir un instrumento de arbitrariedad en una Administración politizada (o desinstitucionalizada)⁸⁵.

Pues bien, en este contexto no cabe duda que la negociación colectiva puede representar un límite y corrector de las

⁸⁴. Así, PALOMAR OLMEDA, A., Derecho de la Función Pública, Régimen jurídico de los funcionarios públicos, Madrid, 1.990, pág. 238; PARADA VAZQUEZ, J.R., Derecho Administrativo, Organización y empleo público, Madrid, 1.988, pág. 252.

⁸⁵. Así PALOMAR OLMEDA, A., op. ult. cit., pág. 238.

El ámbito objetivo

arbitrariedades de la Administración Pública. Ahora bien, todo dependerá del buen uso que se de a este instrumento, ya que un sistema de negociación colectiva que no vincula la validez y eficacia de los acuerdos negociales a la suficiencia representativa de los sindicatos negociadores, puede servir de cobertura a toda clase de maniobras interesadas.

43. A la hora de identificar el concreto ámbito de desenvolvimiento de la actividad comercial en relación con el complemento específico y sus límites, habrá que estar a lo dispuesto en la L.M.R.F.P. y en las diferentes normas presupuestarias. De acuerdo con el art. 23.3.b.) de la L.M.R.F.P., el complemento específico está destinado a retribuir las condiciones particulares de algunos puestos de trabajo en atención a su especial dificultad técnica, dedicación, responsabilidad, incompatibilidad, peligrosidad o penosidad. Por tanto, este complemento retributivo es distinto y diferenciado del complemento de destino ya que, mientras este último es general para todos los puestos de trabajo, el complemento específico sólo es asignable a concretos puestos de trabajo en que la Administración Pública aprecie la concurrencia de aquellas circunstancias, también específicas, que lo justifican⁸⁶.

⁸⁶. Vid. ABELLA POBLET, M y otros, op. cit., pág. 185.

El ámbito objetivo

45. Al igual que sucede con el complemento de destino, la puesta en marcha del sistema previsto en la ley requiere dos procesos concurrentes: la determinación de los puestos a que se asigna y la determinación de su cuantía.

a) Determinación de los puestos a que se asigna.

De los arts. 15 y 23 de la L.M.R.F.P. se deduce que el establecimiento del complemento específico, exigirá, con carácter previo, que por la Administración Pública se efectúe una valoración del puesto de trabajo atendiendo a las expresadas circunstancias que lo justifiquen⁸⁷. Efectuada la valoración, el Gobierno determinará aquellos puestos a los que corresponda un complemento específico. De acuerdo con el art. 15.b) las relaciones de puestos de trabajo indicarán "en su caso" el complemento específico que corresponda a los mismos. La expresión "en su caso" se explica porque el complemento específico está destinado a retribuir las condiciones particulares de algunos puestos de trabajo, pero no todos⁸⁸. Por consiguiente, la facultad de fijar los niveles de complementos específico es una facultad discrecional de la Administración y, en consecuencia, es evidente su inclusión en el ámbito de la negociación propiamente dicha. A la negociación

⁸⁷. ABELLA POBLET, M. y otros, op. cit., pág. 188.

⁸⁸. PIÑAR MAÑAS, J.L., op. cit., pág. 348.

El ámbito objetivo

colectiva le corresponderá concretar los criterios de valoración objetiva para la determinación de los puestos a que se asigna.

46. En cuanto a los límites de la autonomía colectiva, debe significarse lo siguiente:

En primer lugar, el complemento específico está destinado a retribuir las condiciones particulares de algunos puestos de trabajo, pero no de todos⁸⁹.

En segundo lugar, la ley da algunos parámetros para la valoración de las características de los puestos de trabajo que es, sin duda, el gran caballo de batalla para su implantación⁹⁰. Entre ellos, se citan la especial dificultad técnica, la responsabilidad, la peligrosidad, la especial dedicación o la incompatibilidad.

En tercer lugar, en ningún caso podrá asignarse más de un complemento específico a cada puesto de trabajo.

Para finalizar, hay que indicar que el Acuerdo alcanzado en sede negociada deberá ser elevado al Gobierno para su posterior

⁸⁹. En esta línea, la doctrina ha criticado la tendencia generalizadora seguida por las Administraciones, porque la generalización del complemento desvirtúa su finalidad. Así, ABELLA POBLET, M. y otros, op. cit., pág. 185.

⁹⁰. PALOMAR OLMEDA, A., Derecho..., cit, pág. 237.

El ámbito objetivo

aprobación expresa y formal⁹¹. En efecto, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 15.1 de la L.M.R.F.P., la aprobación conjunta de las relaciones de puestos de trabajo corresponde a los Ministerios para las Administraciones Públicas y de Economía y Hacienda, "excepto la asignación inicial de los complementos específico, que corresponde al Gobierno".

47. Por lo demás, compete a las C.C.A.A. y E.E.L.L. la facultad para, determinar a qué puestos de trabajo deben asignársele el complemento específico por concurrir las circunstancias contempladas en el art. 23.3.b) de la L.M.R.F.P., por lo que esta cuestión habrá de ser negociada en las mesas de negociación que se creen en su respectivo ámbito.

b) Determinación de su cuantía.

48. Como se ha visto, la L.M.R.F.P. no exige que las leyes de Presupuestos Generales del Estado reflejen la cuantía individualizada del complemento específico asignado a los diferentes puestos de trabajo. Ello no obstante, las normas presupuestarias vienen estableciendo la cantidad global destinada a la asignación del complemento específico. Así, el art. 20.1.a) de

⁹¹. Así, por ejemplo, el Acuerdo del Consejo de Ministros aprobatorio del Acuerdo de la Mesa Sectorial de las Instituciones Sanitarias establece "la determinación de las cuantías, en valores de 1.989, de los complementos específicos correspondientes a los diversos puestos de trabajo y categorías").

El ámbito objetivo

la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1.992 dispone que las retribuciones "complementarias de carácter fijo y periódico asignadas a los puestos de trabajo que desempeña, experimentarán un incremento del 5 por 100, sin perjuicio, en su caso, de la adecuación de estas últimas cuando sea necesario para asegurar que las asignadas a cada puesto de trabajo guarden la relación procedente con el contenido de especial dificultad técnica, dedicación, responsabilidad o penosidad del mismo". Por consiguiente, si se prosigue en esta línea, la determinación de la cuantía global entrará en el campo de la legislación negociada, de modo que el acuerdo negocial alcanzado al respecto deberá ser asumido por la Ley de Presupuestos Generales del Estado para producir efectos⁹².

49. Una vez la Ley de Presupuestos Generales del Estado haya fijado la cuantía global destinada a la asignación del complemento de destino a los puestos de trabajo, corresponderá a la negociación colectiva strictu sensu su distribución individualizada. Es decir, le corresponderá determinar la cuantía a asignar a cada puesto de trabajo en función de la valoración que se efectúe de los puestos de trabajo, atendiendo a las circunstancias que, de las contempladas en el art. 23.3.b) de la L.M.R.F.P., concurren en los

⁹². Así, el A.M.A. prevé fondos adicionales para el personal de Instituciones Sanitarias Públicas, personal de Universidades y para el personal incluido en su ámbito de aplicación para cubrir, entre otros, los gastos derivados del establecimiento del complemento específico; fondos que habrán de ser recogidos, como señalan las propias partes, en la Ley de Presupuestos Generales del Estado.

El ámbito objetivo

mismos. De esta forma, a la negociación colectiva le corresponde "aplicar" el incremento retributivo conjunto del complemento específico a los distintos puestos de trabajo, de forma que, siempre respetando el tanto por ciento global, podrán existir puestos de trabajo que experimenten subidas mayores a la indicada legalmente y otros que las pierdan o las tengan iguales o menores a ella⁹³.

Por lo que se refiere a la negociación colectiva autonómica y local debe subrayarse que el límite máximo para el aumento de las retribuciones complementarias de carácter fijo y periódico asignados a los puestos de trabajo se extiende al personal funcionario de las C.C.A.A., E.E.L.L. y Organismos Autónomos dependientes de ellas⁹⁴. El límite es global para el conjunto del personal funcionario. De este modo, a las mesas de negociación que se creen en las C.C.A.A. y E.E.L.L. les corresponderá su distribución individualizada⁹⁵.

⁹³. Así, el A.M.A. prevé con cargo a los fondos adicionales cuya constitución acuerdan las partes y que habrán de ser recogidos en la Ley de Presupuestos Generales del Estado, la implantación de un complemento específico general para los puestos que no perciban dicho complemento, o en su caso, un incremento del mismo, por importe de 22.002 pts. Por su parte, el Acuerdo concluido el 11 de mayo de 1.990 en el seno de la Mesa Sectorial de Sanidad establecía las cuantías, en valores de 1.989, de los complementos específicos correspondientes a diversos puestos de trabajo.

⁹⁴. Así, el art. 18.1.b.) y 2 de la Ley 31/1.990 y el art. 201.b.) y 2 de la Ley 31/1.991.

⁹⁵. Así, por ejemplo, los Acuerdos de Aragón sobre retribuciones para 1.991 (B.O., 26-4-91); el Acuerdo de la Comunidad de Madrid sobre jornada, horario y reparto económico (B.O., 7-9-90) y el Acuerdo de Extremadura sobre retribuciones complementarias (D.O., 12-1-89), establecen las cuantías de los complementos específicos correspondientes a los diferentes puestos de trabajo.

El ámbito objetivo

C) Complemento de productividad.

50. El complemento de productividad tiene por misión retribuir el especial rendimiento, la actividad extraordinaria y el interés o iniciativa con que el funcionario desempeña su trabajo. Su cuantía global no puede exceder de un porcentaje sobre los costes totales de personal de cada programa y cada órgano, que se determina en la Ley de Presupuestos.

a) Determinación de su cuantía global.

51. El art. 20.1.b) de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1.992 dispone que "el conjunto de las restantes retribuciones complementarias tendrá asimismo, un crecimiento del 5 por 100, sin perjuicio de las modificaciones que se deriven de la variación del número de efectivos asignados a cada programa, del grado de consecución de los objetivos fijados para el mismo, y del resultado individual de su aplicación"; límite que, en virtud del art. 20.2.b) y c), se extiende al personal funcionario de las C.C.A.A. y de los Organismos Autónomos dependientes de ellas. De este modo, y al igual que con el complemento específico, la determinación de la cuantía global será negociada en el seno de la Mesa general de negociación de la Administración del Estado y, en su caso, asumida por la Ley de Presupuestos Generales del Estado.

b) Distribución individualizada.

52. Parece evidente, por consiguiente, que la competencia de las mesas negociadoras estatal, autónoma y local estribará fundamentalmente en "aplicar" ese incremento global a los distintos programas, de forma que, siempre respetando el tanto por ciento global, podrán existir programas que experimenten subidas mayores a la indicada legalmente y otras que las tengan iguales o menores a ella. A tal efecto, el art. 23.1.e) establece que "de acuerdo con lo previsto en el art. 20.1.b), de esta Ley, el Ministro de Economía y Hacienda podrá modificar la cuantía de los créditos globales destinados a atender el complemento de productividad para adecuarla al número de efectivos asignados a cada programa y al grado de consecución de los objetivos fijados al mismo".

En segundo lugar, también le corresponderá establecer los criterios para aplicar el crédito global aprobado para cada Departamento a los distintos funcionarios. Y en esta labor, habrán de tener en cuenta la reglas que se establezcan al respecto en las normas presupuestarias⁹⁶.

⁹⁶. Así, el art. 22.1.E) de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1.992 dispone que el Departamento ministerial respectivo determinará la cuantía individual que corresponde, en su caso, de acuerdo con las siguientes normas: primera, la valoración de la productividad deberá realizarse en función de las circunstancias relacionadas directamente con el desempeño del puesto de trabajo y la consecución de los resultados u objetivos asignados al mismo en el correspondiente programa; segunda, en ningún caso las cuantías asignadas por complemento de productividad durante un periodo de tiempo originarán ningún tipo de derecho individual respecto de las valoraciones o apreciaciones correspondientes a periodos sucesivos.

El ámbito objetivo

53. De acuerdo con lo previsto en el art. 23.3.c) de la L.M.R.F.P.: "En todo caso, las cantidades que perciba cada funcionario por este concepto serán de conocimiento público de los demás funcionarios del Departamento u Organismos interesado así como de los representantes sindicales". En esta línea, el art. 9.4 de la L.O.R.A.P. reconoce a los representantes unitarios la facultad de conocer y ser oídos sobre las "cantidades que perciba cada funcionario por complemento de productividad", facultad que en virtud de lo dispuesto en el art. 10.3 se extiende a los representantes sindicales. De esta forma, se puede controlar el cumplimiento por parte de la Administración de lo acordado con los sindicatos en esta materia. En fin, se prevé la publicidad respecto a los funcionarios y su información a los representantes sindicales. Se aprecia un intento de controlar la aplicación del complemento de productividad, para así contar con un instrumento que, al menos en parte, incentive al funcionario más eficaz⁹⁷. Y se quiere evitar el peligro de caer en amiguismos no deseables que atendieran a beneficiar no precisamente al funcionario que muestre más interés, sino al que más interese.

D) Las gratificaciones por razón de servicios extraordinarios.

⁹⁷. Vid PIÑAR MAÑAS, J.L., op. cit., pág. 349.

El ámbito objetivo

54. Su naturaleza jurídica es la de una retribución complementaria de carácter ocasional, que tiene por objeto retribuir servicios extraordinarios, realizados por los funcionarios fuera de la jornada habitual de trabajo (art. 23.2 L.M.R.F.P.). Constituyen requisitos ineludibles el haber efectuado trabajos extraordinarios, expresión que no debe indentificarse con la de trabajos distintos al habitual, ya que aún dentro de éste es posible realizar trabajos extraordinarios, y que los mismos se realicen fuera de la jornada normal de trabajo del funcionario en cuestión ⁹⁸. Por lo que a su cuantía se refiere, la Administración tiene un mayor margen de discrecionalidad, ya que ninguna norma señala parámetros para graduar su cuantía⁹⁹. De esta forma, puede señalarse que su cuantía, dentro de los límites de la legalidad presupuestaria, se decide libremente por la Administración¹⁰⁰. A la negociación colectiva le corresponderá fijar los parámetros para su concreción real.

E) Las indemnizaciones por razón de servicio.

55. La L.M.R.F.P. dispone en su art. 23.4 de contenido básico, aplicable, por tanto, a todas las Administraciones Públicas, que

⁹⁸. PALOMAR OLMEDA, A., Derecho..., cit., pág. 238.

⁹⁹. PALOMAR OLMEDA, A., op. ult. cit., pág. 239.

¹⁰⁰. PALOMAR OLMEDA, A., Derecho..., cit., pág. 238.

El ámbito objetivo

"los funcionarios percibirán las indemnizaciones por razón de servicio". Su regulación actual, en lo que a la esfera estatal se refiere, se encuentra en el R.D. 236/1.988, de 4 de marzo, sobre indemnizaciones por razón del servicio, parcialmente modificado por el R.D. 1.254/1.986, de 6 de octubre, y actualizado en sus cuantías por la Resolución de 11 de febrero de 1.991, conjunta de las Subsecretarías de Economía y Hacienda y para las Administraciones Públicas. Se trata, por tanto, de una cuestión que entra dentro del ámbito de disponibilidad de la Administración y que, en consecuencia, a la luz de la L.O.R.A.P. debería ser objeto de negociación.

2. Materias de índole funcional.

57. El art. 32 de la L.O.R.A.P. incluye en el contenido de la negociación colectiva las materias de índole funcional (incluyendo seguridad e higiene). Así, de acuerdo con el mismo, son susceptibles de negociación: 1º) La determinación de los programas y fondos para la acción de promoción interna, formación y perfeccionamiento; 2º) las medidas sobre salud laboral; 3º) todas aquellas materias que afecten, de algún modo, al acceso a la Función Pública, carrera administrativa o a las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos y cuya regulación exija rango de ley; y 4º) las materias de prestación de servicios, asistencial, y en general cuantas otras afecten a las condiciones de trabajo.

El ámbito objetivo

58. Como se aprecia, los apartados j) y k) del tan reiterado art. 33 establecen una especie de cláusula abierta o general en la que se realiza una configuración sumamente global de materias de índole funcional que habrán de ser objeto de negociación. No obstante, y por las razones más arriba expuestas, hay que distinguir entre las materias incluidas en el ámbito de la legislación negociada y las incluidas en el ámbito de la negociación propiamente dicha.

59. Centrándonos en este último nivel, hay que indicar que, la negociación colectiva en la Función Pública se encuentra, como es comprensible, en un periodo rodaje. Las retribuciones constituyen una de las partes cuantitativamente más importantes de los Pactos y Acuerdos, siendo una de las pocas materias que figura en la práctica totalidad de los mismos. El resto de materias de índole funcional apenas ha merecido la atención de los agentes negociadores.

No obstante, se observa en algunos Acuerdos, un cambio de orientación en la finalidad perseguida por las partes, sobre todo en el ámbito autonómico. Así, el contenido de los instrumentos negociales ha alcanzado un amplio número de materias, como las

El ámbito objetivo

siguientes¹⁰¹: el tiempo de trabajo; la Seguridad e higiene; la formación profesional; las situaciones administrativas.

Los instrumentos negociales señalados dedican gran parte de su contenido a la regulación de la prestación de trabajo desde su perspectiva temporal¹⁰². La determinación de las retribuciones y del tiempo de trabajo son los parámetros imprescindibles para la cuantificación de la retribución, siendo por ello los dos elementos primordiales en los que se materializa el contenido normativo de tales Pactos y Acuerdos. Además, el papel que viene a cumplir la negociación colectiva en el ámbito de lo que afecta al tiempo de trabajo no se reconduce a la simple fijación del número de horas de actividad exigible por la Administración. Es mucho más extenso, en tanto que viene a regular la práctica totalidad de facetas del tiempo de trabajo. Dentro del mismo cabe distinguir tres grandes temas: la cuantía de la jornada; el horario de trabajo (trabajo a turnos, trabajo nocturno, calendario); los tiempos de descanso (descanso semanal, días festivos, vacaciones).

¹⁰¹. Así, sucede en la negociación colectiva llevada a cabo en el País Vasco, donde los Acuerdos han alcanzado un mayor desarrollo y amplitud que en el resto de las unidades de negociación. Esto sucede con los Acuerdos sobre regulación de las condiciones de trabajo del Personal al servicio de la Administración Pública para 1.988 (B.O., 14-10-88), para 1.989 (B.O., 30-6-1.989), para 1.990 (BO. 16-6-1.990) y para 1.991 (B.O., 2-8-1.991); los Acuerdos de regulación de las condiciones de trabajo del personal del Servicio Vasco de Salud para 1.988(B.O., 31-1-1.989) y 1991 (B.O. 18-4-1990); el Acuerdo sobre condiciones del trabajo del personal docente público no universitario para 1.989-1.990 (B.O., 14-11-1.989); y el Acuerdo de regulación de condiciones laborales del personal de Universidades para 1.991-1.992 (B.O., 18-12-1.991).

¹⁰². Así, los Acuerdos citados en nota anterior.

El ámbito objetivo

Estos Acuerdos también regulan el tema de la seguridad e higiene. Se trata con todo de regulaciones parciales; nunca se aborda el tema en su conjunto sino alguna (o algunas) de sus facetas. Normalmente, se centran en potenciar la creación de organismos competentes en materia de seguridad e higiene. Así, la negociación determina cuestiones como las siguientes: la obligatoriedad de constituir comités o vigilantes de seguridad e higiene: determinación de los ámbitos en los que deben constituirse; la composición de los comités y la designación de sus miembros; régimen de organización y funcionamiento de los Comités de seguridad e Higiene; competencias de los Comités y Vigilante de Seguridad e Higiene.

Pero los Acuerdos también acuerdan, aunque en menor medida, normas de carácter sustantivo o material y no sólo instrumentales. De esta forma, establecen algunas medidas concretas de seguridad en la Administración que sirvan para adaptar a sus características organizativas y productivas la normativa general de seguridad e higiene para hacer frente a los específicos problemas de seguridad que se plantean en relación con determinados puestos de trabajo, tales como aquellos que exigen la utilización de pantallas de visualización.

Por otra parte, es patente el interés que entre las partes negociadoras va suscitando poco a poco el tema de la formación del

El ámbito objetivo

personal al servicio de las A.A.P.P.¹⁰³. Los Acuerdos que abordan la formación plantean el tema en una doble dirección. Una es la formación general del funcional, tenga o no relación con su trabajo, orientada desde la perspectiva integral del funcionario, y viene referida a los estudios que desarrollan al margen de su condición de funcionarios. La segunda es una formación que entra en relación directa con el puesto de trabajo en particular o bien con la actividad de la Administración. Esta segunda vertiente da lugar a su vez a una formación que se desarrolla fuera de la Administración (cursillos de perfeccionamiento profesional, cursos de capacitación o reciclaje para la adaptación de su nuevo puesto de trabajo) y otra que tiene lugar dentro de la propia Administración y que da lugar a los Planes de formación organizados por el I.N.A.P. u otros órganos.

Los Acuerdos también dedican parte de su contenido al tema de las situaciones administrativas de los funcionarios. Dentro de este grupo de materias abordan tres grandes temas: las licencias (por enfermedad o accidente, gestación, alumbramiento y lactancia, por paternidad, por adopción, por matrimonio propio de parientes, por enfermedad grave) y permisos (para el cuidado de menores o minusválidos, para la realización de estudios de perfeccionamiento profesional, para la realización de estudios no

¹⁰³. Además, de los Acuerdos citados en la nota anterior, abordan, entre otros, este tema el A.M.A. y el Acuerdo en materia de formación del personal al servicio de las Administraciones Públicas de 2 de abril de 1.991.

El ámbito objetivo

directamente relacionados con las funciones o puesto de trabajo desempeñado, ..., etc.); servicios especiales y excendencias.

3. Materias organizativas con incidencia en el ámbito funcional.

60. La L.O.R.A.P. incluye en la esfera de lo negociable las siguientes materias organizativas con incidencia en el ámbito funcional:

3.1. La preparación y diseño de los planes de oferta de empleo público.

61. La definición de lo que debemos entender por oferta de empleo público viene dada por el artículo 18 de la L.M.R.F.P. Está constituida, nos indica dicho artículo, por "las plazas dotadas que no pueden ser cubiertas con los efectivos de personal existentes". Tiene carácter anual y es aprobada por el Gobierno a propuesta del Ministro para las Administraciones Públicas una vez aprobada la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el correspondiente año. Así, el R.D. 265/1.992, de 20 de marzo, contiene la oferta de empleo público para 1.992.

62. Las demás Administraciones Públicas, indica el mismo art.

El ámbito objetivo

18 de la L.M.R.F.P., "elaborarán y propondrán públicamente sus ofertas de empleo ajustándose a los criterios anteriormente expuestos" -vid. art. 3.2.e), f) y g) de la L.M.R.F.P.-. Por su parte, el art. 91.1 de la L.B.R.L. establece que "las Corporaciones locales formularán públicamente su oferta de empleo ajustándose a los criterios fijados en la normativa básica estatal", normativa que está constituida por el art. 18 de la L.M.R.F.P.. Y el art. 128.1 del T.R.R.L., tomando como partida la referencia que se hace en el art. 91.1 de la L.B.R.L. y la remisión a los criterios fijados en la normativa básica estatal, determina que las "Corporaciones locales aprobarán y publicarán anualmente dentro del plazo de un mes desde la aprobación de su Presupuesto, la oferta de empleo público para el año correspondiente, ajustándose a la legislación básica del Estado sobre Función Pública y a los criterios que reglamentariamente se establezcan en desarrollo de la normativa básica estatal para su debida coordinación con las ofertas de empleo del resto de las Administraciones". Los criterios a que se alude se han establecido en el Real Decreto 352/1.986, de 10 de febrero, donde se establecen las normas sobre coordinación y confección de las ofertas de empleo público¹⁰⁴.

¹⁰⁴. Pese a su limitación temporal (para 1.986) esta norma, dictada en uso de la competencia atribuida al Gobierno para aprobar los criterios de coordinación de los planes de oferta de empleo público de las Administraciones Públicas (art. 2.2.j) L.M.R.F.P.), ha de considerarse plenamente aplicable y así lo vienen declarando lo sucesivos Reales Decretos por los que se han ido aprobando la oferta de empleo público. Así, ABELLA POBLET, M. y otros., op.

El ámbito objetivo

63. De acuerdo con el antiguo art. 32.b) de la L.O.R.A.P. era objeto de negociación "la preparación de los planes de oferta de empleo público". Qué es lo que exactamente se podía negociar en este ámbito aparecía un tanto diluido por dos razones¹⁰⁵. Por un lado, porque la oferta de empleo público está totalmente condicionada por lo dispuesto en los Presupuestos Generales del Estado, de forma que el factor determinante de aquella materia se escapaba al ámbito mismo de la negociación colectiva, según el antiguo art. 33. Por otro lado, y desde un punto de vista técnico jurídico, porque la utilización de los términos "preparación" y "planes" es "sumamente ambigua y, sobre todo, inapropiada, al referirse más a un aspecto procedimental que sustancial"¹⁰⁶. En principio, negociar la preparación de los planes de oferta de empleo público significaba literalmente negociar los actos procedimentales a través de los cuales se va a aprobar dicha oferta, con exclusión, por tanto, del proyecto de norma.

cit., pág. 50. En la actualidad, la disposición final primera del R.D. 265/1.992, de 20 de mayo dispone que "se entenderán vigentes las normas de empleo público contenidas en el R.D. 352/1.986, de 10 de febrero".

¹⁰⁵. DEL REY GUANTER, S., Comentarios..., cit., pág. 207.

¹⁰⁶. DEL REY GUANTER, S., Comentarios...cit, pág. 207. En parecidos términos se expresa MARTINEZ ABASCAL, V.A., op. cit., pág. 340.

El ámbito objetivo

Sin embargo, esta interpretación no puede aceptarse, principalmente, a la vista del antiguo 34.1 in fine de la propia L.O.R.A.P.¹⁰⁷. Para determinar cuál era el área de desenvolvimiento de la actividad negocial en este ámbito material, es necesario tener en cuenta el contexto normativo en el que se inserta el referido precepto. A este respecto, son fundamentales los apartados e), f) y g) del art. 32, donde se delimitan las competencias gubernamentales en materia de oferta de empleo público. De acuerdo con lo preceptuado en los mismos, al Gobierno le corresponden las siguientes competencias: -aprobar, previa deliberación del Consejo Superior de la Función Pública, los criterios para coordinar la programación de las necesidades de personal a medio y largo plazo de las Administraciones Públicas; aprobar, previa deliberación del Consejo Superior de la Función Pública, los criterios de coordinación de los planes de oferta de empleo de las Administraciones Públicas; - aprobar la oferta de empleo de la Administración del Estado.

¹⁰⁷. Así, DEL REY GUANTER, S., Comentarios..., cit., pág. 207. A este respecto, MARTINEZ ABASCAL, V.A., op. cit., pág. 340, partiendo de la tesis de que la negociación colectiva no constituye más que un trámite especial en el procedimiento de elaboración de la disposición general, afirma que según esta interpretación la actividad negocial se ceñiría en exclusiva a unas germinales fases de elaboración de los planes de oferta, meros esbozos o borradores de los mismos, con exclusión, por tanto, del proyecto de norma. Por ello, entiende, en aras a la lógica jurídica, que esta interpretación debe rechazarse entendiéndose que la formulación de este apartado es tautológica y que, por tanto, no comporta reducción del ámbito negocial.

64. Pues bien, teniendo en cuenta lo hasta ahora dicho, es evidente que en la esfera de negociación se incluía el establecimiento de los criterios y bases para la coordinación y confección de las ofertas de empleo público. Es decir, a la actividad negocial le correspondía establecer los criterios y principios conforme a los cuales los órganos correspondientes en cada Administración debían confeccionar la oferta de empleo público.

No obstante, la dificultad estribaba en determinar si al término "preparación" había que darle un sentido más extenso al anteriormente indicado, esto es, si por tal había que entender no sólo la determinación de los criterios de coordinación y confección de las ofertas de empleo público, sino también la negociación del proyecto de la norma reguladora de la oferta de empleo público. Es decir, si entraba en la esfera negocial el diseño de la oferta de empleo público conforme a los criterios previamente negociados¹⁰⁸.

65. Pues bien, la nueva Ley ha preferido explicitar lo que antes podría entenderse comprendido en tal ambiguo apartado, disipando toda duda al respecto. Así, ha añadido respecto a la

¹⁰⁸. A juicio de DEL REY GUANTER, S., Comentarios..., cit., pág. 207, a la negociación colectiva le correspondía fijar los criterios de distribución de la oferta entre los distintos grupos, cuerpos y entre los distintos ámbitos de la Administración.

El ámbito objetivo

eferta de empleo público el término "diseño". A la negociación colectiva le corresponde, según el nuevo art. 32.c), "la preparación y diseño de los planes de oferta de empleo público"¹⁰⁹. Así, se puede concluir que a la autonomía colectiva le corresponde, en primer lugar, negociar los criterios de coordinación y confección de las ofertas de empleo público, en relación precisamente a los puntos actualmente abordados por el citado R.D. 352/86. En segundo lugar, también le compete el diseño del plan de oferta de empleo público de conformidad con los criterios establecidos en la citada disposición reglamentaria o, en su caso, acordados por las partes negociadoras. Así, la autonomía colectiva determinará la distribución de la oferta de empleo entre los

¹⁰⁹. En esta línea, el A.M.A. dispone que "en el marco de lo dispuesto en la Ley 7/1.990, de 19 de julio, la Administración negociará la preparación y diseño de los planes de oferta de empleo público, en las siguientes condiciones: a) La previsión de necesidades de personal de cada Ministerio a incluir en la oferta de empleo público será consultada a nivel Departamental con los Sindicatos, antes de su elevación al Ministerio para las Administraciones Públicas. b) Los aspectos de la oferta de empleo público relacionados con la promoción interna y los criterios básicos de selección serán negociados con las organizaciones sindicales. Finalizado este proceso la Administración determinará el número y características de los puestos de trabajo a incluir en la oferta de empleo público". Por lo que se refiere al resto de Acuerdos, la regla general es el silencio al respecto. Excepcionalmente algunos Acuerdos establecen de forma simbólica el compromiso de la Administración de convocar la oferta de empleo público (Acuerdo de Cantabria para la mejora de las condiciones socio-económicas y de participación) o de convocar un mínimo de plazas o de reservar un tanto por cien de los puestos ofertados a promoción interna (Acuerdo de Andalucía de retribuciones del personal de Centros e Instituciones Sanitarias para 1.990 -B.O., 31-7-1.990).

distintos grupos, cuerpos,..etc y entre los distintos ámbitos de la Administración, los porcentajes o número de plazas reservadas a promoción interna, la reserva en favor de minusválidos o las que se estimen conveniente,..etc.

66. En todo caso, con la redacción dada a este precepto, lo que ha querido dejarse patente es que la oferta de empleo público, en cuanto tal, no ha pasado a la esfera negocial, sino que continúa siendo objeto de decisión unilateral de la Administración¹¹⁰.

67. Por lo demás, la negociación sobre los planes de oferta de empleo público desembocará necesariamente en Acuerdos por corresponder al Gobierno la aprobación de las normas sobre coordinación y confección de las ofertas de empleo público y de la oferta de empleo público de la Administración del Estado.

3.2. La clasificación de los puestos de trabajo.

68. La clasificación de puestos de trabajo se plasma en las relaciones de puestos de trabajo. Dicha materia se contempla esencialmente en los arts. 15 y 16 de la L.M.R.F.P. y, respecto al Estado, en la Orden de 2 de diciembre de 1.988 (B.O.E. de 8 de

¹¹⁰. Igual conclusión mantiene DEL REY GUANTER, S., Comentarios.., cit., pág. 207, si bien se refiere al sistema normativo anterior.

El ámbito objetivo

diciembre de 1.988) y en la Orden de 6 de febrero de 1.989 (B.O.E. de 7 de febrero de 1.989), por la que se aprueba el modelo de relaciones de puestos de trabajo de personal funcionario y se dictan normas para su elaboración.

69. Las relaciones de puestos de trabajo (en adelante R.P.T.) se introducen en nuestro ordenamiento de la Función Pública por la L.M.R.F.P. como una "medida de racionalización" de la misma^{III}. El art. 15.1 de la L.M.R.F.P., en la nueva redacción introducida por la Ley 23/1.988, las conceptúa como el "instrumento técnico a través del cual se realiza la ordenación del personal, de acuerdo con las necesidades de los servicios, y se precisan los requisitos para (su) desempeño". Las R.P.T. constituyen, como se ha visto más atrás (ver supra, Tít. III) el eje de toda la regulación jurídica de la Función Pública, la técnica organizativa sobre la que descansa la regulación de otros importantes aspectos del régimen jurídico del personal al servicio de las Administraciones Públicas, como el sistema retributivo, el número y características de los puestos que pueden ser ocupados por personal eventual y los que pueden desempeñarse por personal laboral, o el sistema de provisión de puestos de trabajo y de carrera administrativa".

^{III}. SAINZ MORENO, F., "El Estatuto de la Función Pública después de la sentencia T.C. 99/1.987 y de la Ley 23/88", R.A.P., núm. 117, Madrid, 1.988, pág. 357, que cita la Memoria de la ley en la que se califica a la regulación de las R.P.T. de tema "test" en cualquier intento de reforma administrativa.

El ámbito objetivo

70. El art. 15.1 de la L.M.R.F.P. exige que las relaciones de puestos de trabajo contengan determinados datos mínimos que el propio precepto se encarga de indicar. Así, según el apartado a) del art. 15 de la L.M.R.F.P. "las relaciones comprenderán, conjunta o separadamente, los puestos de trabajo del personal funcionario de cada Centro gestor, el número y las características de los que puedan ser ocupados por personal eventual así como los de aquellos otros que puedan desempeñarse por personal laboral". Habrán de indicar, "en todo caso, la denominación y características esenciales de los mismos: los requisitos exigidos para su desempeño; el nivel de complemento de destino y, en su caso, el complemento específico que corresponda a los mismos, cuando hayan de ser desempeñados por personal funcionario, o la categoría profesional y régimen jurídico aplicable cuando puedan desempeñarse por personal laboral". Por su parte, el art. 1 de la Orden de diciembre de 1.988 precisa lo anterior, y en este sentido establece que "entre las características esenciales de los puestos de trabajo y los requisitos exigidos para su desempeño deberán figurar necesariamente el tipo de puesto, el sistema de provisión y los Gupos, Cuerpos y Escalas a que deberán adscribirse y, en su caso, la titulación académica y formación específica necesarias para el correcto desempeño del puesto de trabajo".

71. Ello va a significar un desenvolvimiento aceptable de la

El ámbito objetivo

actividad negocial preparatoria de la resolución que apruebe dichas relaciones, aprobación que compete conjuntamente a los Ministerios para las Administraciones Públicas y de Economía y Hacienda, según reza el apartado f) del antedicho precepto¹¹². A la actividad negocial le corresponde establecer las normas y criterios generales conforme a los cuales los centros gestores elaborarán la propuesta de relación de puestos de trabajo adscritos a los mismos. Se trata precisamente de negociar los puntos actualmente abordados por Orden de 6 de febrero de 1.989, donde se recogen básicamente los compromisos asumidos por la Administración del Estado y las organizaciones sindicales U.G.T. y C.S.I.F. en el Pacto de 13 de mayo de 1.988, celebrado entre ambas partes, sobre elaboración de relaciones de puestos de trabajo, participación sindical en resoluciones de concursos, plan de trabajo en la Mesa general de negociación de la Administración del Estado y permisos para la realización de funciones sindicales. Este espacio negocial, aun configurado como actividad preparatoria de la correspondiente resolución administrativa, no es susceptible de ser negado por el ejercicio unilateral de la potestad reglamentaria en la fase de elaboración de la norma.

72. Las partes podrán acordar, entre otros, los siguientes

¹¹². Así, DEL REY GUANTER, S., Comentarios..., cit., pág. 210; MARTINEZ ABASCAL, V.A., op. cit., pág. 341.

El ámbito objetivo

aspectos¹¹³:

1º- Los criterios de adscripción de los puestos de trabajo a los funcionarios, eventuales o laborales.

73. De acuerdo con el art. 15.a) de la L.M.R.F.P., las R.P.T. "comprenderán, conjunta o separadamente, los puestos de trabajo del personal funcionario de cada Centro gestor, el número y las características de los que puedan ser ocupados por personal eventual, así como los de aquellos otros que puedan desempeñarse por personal laboral". En cuanto a la concreta atribución de regímenes jurídico -laboral o funcional- a los distintos puestos de trabajo de la Administración del Estado, el art. 15.1 de la

¹¹³. A este respecto, debe subrayarse que la Orden de 6 de febrero de 1.989 recoge los compromisos asumidos por la Administración del Estado y las organizaciones sindicales en el Pacto más arriba citado. Por su parte, el A.M.A. establece que la Administración negociará con los sindicatos, en los ámbitos descentralizados, los aspectos retributivos de las relaciones de puesto de trabajo y los requisitos profesionales para el desempeño de los mismos. En los ámbitos sectoriales se negocian los criterios indicativos y la fijación de prioridades. En los Departamentos se negocia la aplicación de los criterios indicativos acordados. La negociación se hace respetando la masa salarial del Departamento incrementada, en su caso, con los fondos adicionales que se deriven del presente Acuerdo, o los que pudieran derivarse de la negociación a efectuar en ejercicios presupuestarios venideros. En aquellos sectores en los que aún no existan relaciones de puestos de trabajo, la adecuación del contenido del presente epígrafe se aplicará al modelo de plantilla vigente en los mismos". A continuación, señala que "en el marco de lo señalado en el presente capítulo, la Administración establecerá el número, denominación, características de los puestos de trabajo y requisitos para su desempeño..".

El ámbito objetivo

L.M.R.F.P. atribuía al Ministro de la Presidencia, a propuesta de los Ministerios correspondientes, la facultad de "especificar aquellos puestos que, en atención a la naturaleza de su contenido, se reservan a funcionarios públicos". El precepto permitía que cualquier tipo de funciones administrativas fueran desempeñadas de forma indistinta y permanente por funcionarios y personal laboral, remitiendo, en todo caso, las fronteras entre unos y otros a la decisión gubernativa¹¹⁴. Pero esta libertad de la Administración para calificar sus puestos de trabajo, de laborales o funcionariales, fué declarada inconstitucional en la sentencia del Tribunal Constitucional 99/1.987, de 11 de junio de 1.987 por conculcar el principio de reserva legal establecido en el art. 103.3. de la Constitución¹¹⁵. A juicio del referido Tribunal, debe

¹¹⁴. Vid. MARTIN PUEBLA, E., "La problemática aplicación del Derecho del Trabajo en el seno de la Administración Pública", R.L., núm 1, 1.990, págs. 13 y ss; SALA FRANCO, T y RAMIREZ MARTINEZ, J.L., "La carrera profesional del personal laboral de la Administración Pública", D.A, núm. 210-211, 1.987, págs. 175 y ss.

¹¹⁵. Así, vino a señalar, en su fundamento tercero, que "este apoderamiento indeterminado que la ley confería al Ministerio de la Presidencia, a efectos de especificar cuáles sean los puestos de trabajo que deban quedar reservados a funcionarios públicos, entraña una patente conculcación de la reserva de la ley establecida en el art. 103.3 de la Constitución y, de esta manera, una plena renuncia del legislador a su tarea de establecer en este punto, ciertamente crucial para la estructura de las Administraciones y de la propia Función Pública, condiciones y límites materiales sobre las determinaciones concretas que puedan ser adoptadas por los órganos de la Administración. Tal necesario encuadramiento legislativo de las decisiones de quienes hayan de aplicar o desarrollar las propias normas de la ley no viene dado en este precepto, desde luego, por su mención, como pretendido

El ámbito objetivo

ser necesariamente una ley la que establezca, cuando menos, los criterios para que la Administración clasifique con posterioridad los distintos puestos de trabajo como funcionariales o laborales¹¹⁶.

74. La Ley 23/1.988 ha ido más lejos, y en esta línea, establece el principio general de que "los puestos de trabajo de la Administración del Estado, sus Organismos Autónomos y las Entidades Gestoras de la Seguridad Social, serán desempeñados por funcionarios públicos (art. 15.1.c) L.M.R.F.P., en la nueva redacción dada por la Ley 23/88). Y, a continuación, establece como excepción a este principio general una relación tasada de cinco supuestos en los cuales los puestos correspondientes podrán desempeñarse por trabajadores contratados en régimen laboral.

Los supuestos en los que pueden desempeñarse puestos de trabajo por personal laboral son los siguientes:

criterio para las decisiones sobre esta reserva de puestos de trabajo, a "la naturaleza de su contenido" propio, imprecisa referencia, que no vincula efectivamente a la decisión administrativa. Este último inciso del art. 15.1 ("debiendo especificar aquellos puestos que, en atención a la naturaleza de su contenido se reservan a funcionarios públicos" es inconstitucional y ha de ser declarado nulo".

¹¹⁶. SALA FRANCO, T y RAMIREZ MARTINEZ, J.M, op. cit., pág. 176.

El ámbito objetivo

- Los supuestos de naturaleza no permanente y aquellos cuyas actividades se dirijan a satisfacer necesidades de carácter periódico y discontinuo.

- Los puestos cuyas actividades sean propias de oficios, así como los de vigilancia, custodia, porteo y otros análogos.

- Los puestos de carácter instrumental correspondiente a las áreas de mantenimiento y conservación de edificios, equipos e instalaciones, artes gráficas, encuestas, protección civil y comunicación social, así como los puestos de las áreas de expresión artística y los vinculados directamente a su desarrollo, servicios sociales y protección de menores.

- Los puestos correspondientes a áreas de actividades que requieran conocimientos técnicos especializados cuando no existan Cuerpos o Escalas de funcionarios cuyos miembros tengan la preparación específica necesaria para su desempeño.

- Los puestos de trabajo en el extranjero con funciones administrativas de trámite y colaboración y auxiliares, que comporten manejo de máquinas, archivos y similares.

75. El legislador no se limita a establecer criterios materiales y generales que deban ser explicitados por la autoridad gubernativa, sino que establece una relación tasada de cinco supuestos en los cuales los puestos correspondientes podrán

El ámbito objetivo

desempeñarse por trabajadores contratados en régimen laboral¹¹⁷, reduciendo paralelamente de forma drástica el potencial ámbito de la negociación que debe proyectarse sobre esta materia. En realidad, éste queda reducido a la posibilidad de optar entre el régimen jurídico laboral o funcionarial para algunos de los puestos de trabajo señalados. En efecto, el art. 15.1.c) de la L.M.R.F.P. no establece una reserva de puestos de trabajo para el personal laboral, sino que permite que tales puestos puedan ser adscritos en las R.P.T. a personal laboral¹¹⁸. Y, precisamente, algunos de ellos pueden ser ocupados indistintamente tanto por laborales como por funcionarios¹¹⁹.

2º- La forma de provisión de los puestos de trabajo.

¹¹⁷. MARTIN PUEBLA, E., op. cit., pág. 14.

¹¹⁸. SAINZ MORENO, F., op. cit., pág. 362.

¹¹⁹. Así, en primer lugar, los puestos cuyas actividades sean propias de oficios, así como los de vigilancia, custodia, portea y otros análogos, ya que estas actividades son las propias de los funcionarios de grupo "E" (art. 23.b) L.F.C.E.), de lo que se deriva que los puestos correspondientes a estas actividades pueden ser ocupados indistintamente tanto por funcionarios como personal laboral. En segundo lugar, los puestos de carácter instrumental, correspondientes a las áreas de mantenimiento y conservación de edificios..etc., pues, aún cuando se trata de actividades no propiamente administrativas, sino de apoyo encaminadas a facilitar el cumplimiento de los fines propios de la Administración, nada impide que tales actividades sean desarrolladas por funcionarios. Vid. SAINZ MORENO, F., op. cit., págs. 362-363.

El ámbito objetivo

76. En las relaciones de puestos de trabajo deben figurar los requisitos exigidos para el desempeño de cada puesto de trabajo, que es uno de los pilares sobre los que descansa el sistema de provisión de puestos, conforme al art. 20.1 L.M.R.F.P. De acuerdo con lo dispuesto en el art. 20.1 de la L.M.R.F.P. el concurso constituye el sistema normal de provisión de puestos de trabajo, salvo las excepciones que se establezcan en las R.P.T. de acuerdo con los criterios fijados en dicho precepto. De este modo, las partes negociadoras pueden concretar tales criterios para su aplicación en la elaboración de las R.P.T.

3º- Los criterios de adscripción de los puestos a los diferentes grupos.

77. De acuerdo con el art. 27 del R.D. 28/1.990, de 15 de enero, aprobatorio del nuevo Reglamento General de provisión de puestos de trabajo de la Administración del Estado "en ningún caso los funcionarios podrán desempeñar puestos de trabajo no incluidos en los niveles de intervalos correspondientes al grupo en el que figure clasificado su cuerpo o escala". Pero, como se ha señalado con anterioridad, los intervalos que el art. 26 de esta norma ha asignado a los distintos grupos se superponen parcialmente unos con otros. De este modo, resulta que los puestos de trabajo, sobre todo los situados en niveles intermedios, pueden ser desempeñados por funcionarios de diversos grupos. Pues bien, la negociación

El ámbito objetivo

colectiva podrá concretar los criterios para adscribir los puestos de trabajo a los diferentes grupos.

4º- Los criterios de adscripción de los puestos de trabajo a determinados cuerpos o escalas.

78. De acuerdo con lo dispuesto en el art. 15.2 de la L.M.R.F.P. "los puestos de trabajo serán de adscripción indistinta para todos los funcionarios incluidos en el ámbito de aplicación de esta ley", lo que supone la quiebra de los cuerpos como instrumento de provisión¹²⁰. El legislador reconoce, sin embargo, cierta funcionalidad a los cuerpos a efectos de la provisión de vacantes, ya que según el art. 15.2 "podrán adscribirse con carácter exclusivo puestos de trabajo a funcionarios de un determinado cuerpo o escala cuando tal adscripción se derive necesariamente de la naturaleza y de la función a desempeñar en ellos y en tal sentido lo determine el Gobierno a propuesta del Ministro de la Presidencia".

79. Aunque se trata de una facultad de alcance limitado, lo cierto es que este precepto no establece criterios que permitan

¹²⁰. Vid. GUTIERREZ REÑON, A., "Función del cuerpo en un sistema de carrera", R.V.A.P., núm. 26, 1.990, pág. 89; ESCUIN PALOP, V., "Cuerpos de funcionarios y Ley de Medidas de reforma de la Función Pública", R.E.D.A., núm., 1.985, pág. 499.

El ámbito objetivo

detectar cuando existe o no justificación para la adscripción ni mecanismos nuevos para evitar adscripciones carentes de fundamento¹²¹. En este contexto normativo, la negociación colectiva podría constituir un límite a la discrecionalidad del Gobierno y una garantía para evitar que los intereses corporativos actúen mantenimiento el estatu quo. A su través las partes pueden precisar el sentido de la adscripción y señalar qué supuestos de trabajo pueden ser asignados a uno o varios cuerpos.

80. Por último, hay que subrayar que el art. 15 de la L.M.R.F.P. no tiene el carácter de norma básica, por lo que no forma parte de las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos a las que se refiere el art. 149.1.18 de la Constitución, de tal forma que no vincula a la potestad normativa que en materia de Función Pública poseen las Comunidades Autónomas las cuales únicamente deberán elaborar las relaciones de puestos de trabajo de su respectiva Administración Pública, respetando el contenido mínimo que establece el art. 16 de la L.M.R.F.P.¹²². Según este precepto "las Comunidades Autónomas y la Administración

¹²¹. ESCUIN PALOP, V., op. cit., pág. 501.

¹²². Así, MARTIN PUEBLA, E., op. cit., pág. 16. En cambio, BERMEJO CABRERO, F., "Las relaciones de puestos de trabajo y la laboralización de la Función Pública", R.E.D.A., núm. 62, 1.989, pág. 240, afirma que, si bien el art. 15 no se calificó como norma básica por el propio texto legal, va a tener una naturaleza material básica.

El ámbito objetivo

Local formarán también la relación de puestos de trabajo existentes en su organización, que deberán incluir en todo caso la denominación y características esenciales de los puestos, las retribuciones complementarias que les correspondan y los requisitos exigidos para su desempeño". Ello podría inducir a pensar que el ámbito de desenvolvimiento de la actividad negocial en este ámbito es mayor en el esfera autonómica. Así, por ejemplo, y dado que el art. 16 no contiene referencia alguna a los criterios de adscripción de los puestos de trabajo, cabría pensar que las Mesas de negociación pueden determinar libremente qué puestos de trabajo pueden ser cubiertos por personal laboral o funcionario. Hay que tener en cuenta, sin embargo, que la doctrina establecida sobre este aspecto en la S.T.C.O. 99/1.987 tiene validez y aplicación general a todas las Administraciones Públicas, pues constituye una concreción del principio de reserva de ley en materia de Función Pública¹²³. Por consiguiente, las Mesas de negociación deberán atenerse a lo dispuesto en la ley ordenadora de la Función Pública de su respectiva Comunidad Autónoma, donde se debe regular esta materia.

81. Por lo que se refiere a las E.E.L.L., el párrafo primero del art. 90.2 de la L.B.R.L. reitera lo dispuesto en el art. 16 de la L.M.R.F.P., al establecer que "las Corporaciones Locales

¹²³. Así, MARTIN PUEBLA, E. , op. cit., pág. 18.

El ámbito objetivo

formarán la relación de todos los puestos de trabajo existentes en su organización, en los términos previstos en la legislación básica sobre Función Pública". El segundo párrafo dice que "corresponde al Estado establecer las normas con arreglo a las cuales hayan de confeccionarse las relaciones de puestos de trabajo, la descripción de puestos de trabajo tipo y las condiciones requeridas, para ..", precepto al que se remite el art. 126.4 T.R.R.L., especificándose como competencia del Ministro para las A.A.P.P. en el art. 129.2.a) T.R.R.L. Hasta tanto no se dicten estas normas, que habrán de ser objeto de previa negociación en la esfera estatal, las Mesas de negociación que se constituyan en las E.E.L.L. habrán de negociar esta materia ateniéndose a los términos previstos en el art. 15.1 L.M.R.F.P.¹²⁴

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

82. En la actualidad, estas materias se encuentran reguladas en los arts. 3.2.h) y 19 a 22 de la L.M.R.F.P.; en el Real Decreto 2.223/1.984, de 19 de diciembre, que aprueba el Reglamento General de ingreso del personal al servicio de la Administración del Estado, norma de aplicación supletoria para todo el personal al

¹²⁴. Si bien este precepto, al carecer del carácter de norma básica, sólo tendrá un valor puramente orientativo para la Administración Local. Así, ABELLA POBLET, M., op. cit., pág. 37.

El ámbito objetivo

servicio del Estado y de las Administraciones Públicas no incluidas en su ámbito de aplicación (art. 1.1) y que regula con detalle los procedimientos de selección y acceso del personal funcionario y laboral; y en el Real Decreto 28/1.990, de 15 de enero, por el que se aprueba el Reglamento General de Provisión de la Administración del Estado.

83. No obstante ello, el punto de referencia normativa se encuentra ya a nivel constitucional tanto en el art. 103.3 C.E., donde se establece que "la ley regulará {...} el acceso de la Función Pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad", como en el art. 35.1 de la misma norma, donde se indica que "todos los españoles tienen {...} el derecho {...} a la promoción a través del trabajo.." ¹²⁵. A ello hay que añadir el hecho de qué aspectos esenciales de esta materias han de ser regulados por ley por formar parte del régimen estatutario al que se refiere el mismo art. 103.3 C.E. ¹²⁶. Precisamente, la antecitada S.T.C.O. 99/1.987, al "reinterpretar" los arts. 3.2.h) y 21.1.f) y declarar inconstitucionales los arts. 21.2.d) y 22.2 y 3 de la L.M.R.F.P., ha confirmado el protagonismo de la ley en este ámbito, limitando claramente el papel ordenador de la potestad

¹²⁵. DEL REY GUANTER, S., Comentarios..., cit., pág. 211.

¹²⁶. DEL REY GUANTER, S., Comentarios..., cit., pág. 211.

El ámbito objetivo

reglamentaria al respecto. En este sentido, el Tribunal Constitucional afirma que "la normación relativa a la adquisición y pérdida de la condición de funcionario, a las condiciones de promoción en la carrera administrativa y a las situaciones en que ésta pueden darse {...} pues habiendo optado la Constitución por un régimen estatutario, con carácter general, para los servidores públicos (arts. 103.3 y 149.1.18), habrá de ser también la ley que determine en qué casos y con qué condiciones puedan reconocerse otras posibles vías de acceso al servicio de la Administración Pública.."127.

84. Por consiguiente, en relación a las materias enumeradas en este apartado, y especialmente en el ámbito del "acceso a la función pública", no sólo existe una reserva de ley en la configuración de sus bases definitorias, sino además una serie de principios constitucionales -igualdad, mérito y capacidad, entre otros-, que están condicionando todo tipo de regulación -estatal o negocial- al respecto. Lo anterior no quiere decir que queden excluidas de la negociación propiamente dicha, y de ahí la procedencia de este apartado, sino que, en tanto que la ley tendrá que establecer las líneas fundamentales y decisivas sobre aquellas, el espacio dejado a tal negociación será sumamente reducido, y desde luego, mucho más reducido que lo que este apartado d) podría

¹²⁷. S.T.C.O. 99/1.987, de 11 de junio, f.j. nº. 3.

El ámbito objetivo

hacer suponer a simple vista¹²⁸. A la actividad negocial le quedará un espacio regulador preferentemente de detalle, en relación precisamente a puntos actualmente abordados por los antecitados disposiciones reglamentarias¹²⁹. En esta línea, los acuerdos negociales vienen incorporando cláusulas sobre los sistemas de selección, provisión y promoción interna.¹³⁰

¹²⁸. DEL REY GUANTER, S., Comentarios..., cit., pág. 211.

¹²⁹. DEL REY GUANTER, S., Comentarios..., cit., pág. 211. MARTINEZ ABASCAL, V.A., op. cit., pág. 341, afirma, en cambio, que estas disposiciones reglamentarias arriba mencionadas regulan de modo minucioso estas materias y reducen paralelamente de forma drástica el potencial ámbito de la negociación colectiva.

¹³⁰. Así, por ejemplo, el Pacto sobre diversos asuntos estatutarios y de carrera profesional relativos al personal estatutario que presta servicios en las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social dependientes del I.N.S.A.L.U.D. -B.O.E., 8-9-1.990), y los Acuerdos sobre regulación de las condiciones de trabajo del personal al servicio de la Comunidad Autónoma Vasca para 1.988, 1.989, 1.990 y 1.991.

4. Materias sindicales.

85. La ley contempla la regulación de materias relacionadas con la prestación de servicio funcional en sentido estricto. Junto a esta vertiente individual, también considera como materias susceptibles de negociación aquellas referentes a las relaciones colectivas de trabajo en la Función Pública¹³¹. De acuerdo con lo dispuesto en los apartados h) y k) del art. 32, entre las materias susceptibles de negociación, figuran "las propuestas sobre derechos sindicales y de participación" y las "materias de índole {...} sindical y en general cuantas otras afecten al ámbito de relaciones de los funcionarios y sus organizaciones representativas con la Administración". Con la primera expresión se alude a las materias sindicales incluidas en el ámbito reservado a la ley y con la segunda a aquellas otras comprendidas en el ámbito material de disponibilidad de la Administración Pública. De este modo, las partes pueden desarrollar en sede negociada la estructura normativa de las relaciones colectivas establecida por el Estado de forma unilateral o, en su caso, previa negociación, adecuándola y adaptándola, aportando un grado de flexibilidad, dinamismo y, sobre todo, consenso, que puede ser sumamente conveniente para lograr

¹³¹. Así lo afirma, DEL REY GUANTER, S., Comentarios..., cit., pág. 215.

El ámbito objetivo

unas relaciones colectivas eficaces y con un menor nivel de conflictividad¹³².

86. Ahora bien, y al igual que en el resto de materias, habrá que distinguir entre las materias incluidas en el ámbito reservado a la ley y las que no lo están, pues la eficacia de los acuerdos negociales alcanzados al respecto será diferente en cada caso. Nosotros, sin embargo, vamos a centrar nuestra atención en el análisis del espacio en el que puede desenvolverse la negociación colectiva propiamente dicha.

87. Por lo que se refiere al alcance que debe otorgarse a la expresión "materias de índole sindical", lo cierto es que, como se analiza con detalle más tarde, debe sostenerse un sentido amplio de actividad sindical, entendida como actuación colectiva de los funcionarios y de sus representantes tanto unitarios como sindicales¹³³.

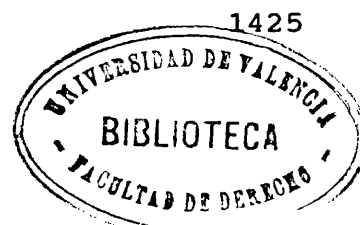
¹³². Así, DEL REY GUANTER, S., op. ult. cit., pág. 215.

¹³³. En este sentido, DEL REY GUANTER, S., Comentarios..., cit., pág. 215., si bien, a continuación señala que la negociación sólo podrá abordar cuestiones específicas, pues las normas que regulan esta materia no sólo suelen ser exhaustivas, sino que, además, por la trascendencia que tiene en la misma configuración de la representatividad sindical, son de derecho necesario absoluto. Posición a la que se adhiere CRUZ VILLALON, J., "Juntas...", cit., págs. 94-96.

El ámbito objetivo

88. A continuación, se propone determinar el rol de la negociación colectiva en cada uno de los ámbitos identificados en la esfera de lo sindical. Con ello se trata de dilucidar si la autonomía colectiva puede paliar las deficiencias que presentan los sistemas de representación unitaria y sindical diseñados por la Ley. La sección sindical y su respectiva representación se superponen a las J.P. y D.P., que se convierte de esta manera en el armazón o esqueleto sobre el que se vertebra esta lógica organizativa, de forma tal que las distorsiones que presenta del sistema de representación unitaria se van a reproducir también en el sistema de representación sindical. Es por ello que, se pasará en primer lugar a exponer el tema en el ámbito de la representación unitaria, para, después, realizar una consideración del tema en el ámbito estrictamente sindical, para ver si en este ámbito, donde las remisiones a la autonomía colectiva son más abundantes, se puede atenuar la rigidez del sistema de representación funcional diseñado por el legislador.

89. Una vez hechas estas observaciones de carácter general, procede a continuación un examen detenido sobre el rol de la negociación colectiva sobre cada uno de estos ámbitos materiales señalados. Se trata de determinar la posibilidad de que la autonomía colectiva pueda paliar las deficiencias que presenta la regulación legal. En esta línea, se señalan algunas de las



El ámbito objetivo

disfuncionalidades más importantes del sistema de representación de los funcionarios. Sin embargo, debe notarse que los Pactos y Acuerdos, al igual que los convenios colectivos, son el resultado de un proceso más o menos prolongado de acumulación de soluciones a conflictos de hecho que la realidad ofrece. A través de esta acumulación se van estableciendo una identidad de criterios o lógica de resolución de supuestos, que tiende a resolver aquellos conflictos no específicamente tratados por la norma jurídica. Se produce, por tanto, un proceso que va de la casualidad a la generalidad, ocurriendo que cuanto más dilatada es la experiencia más manifiesta es la nota de generalidad. Con ello se quiere dejar constancia de que lo que sigue, a continuación, no es más que una muestra del contenido posible de los Pactos y Acuerdos, a la vista de los aspectos más problemáticos que en la actualidad plantean las relaciones colectivas en la Función Pública.

4.1. Las Juntas y Delegados de Personal.

90. La primera observación a realizar es la de que en materia de representación unitaria existe una reserva legal, de forma que su regulación necesariamente se tiene que llevar a cabo a través de una ley ordinaria del Parlamento y por ello precisamente, así se incluye dentro de la L.O.R.A.P.¹³⁴. Dicha materia afecta a la

¹³⁴. Así, CRUZ VILLALON, J., "Juntas..", cit., pág. 81.

El ámbito objetivo

regulación del régimen jurídico funcional, formado parte del estatuto de los funcionarios públicos previsto en el art. 103.3 de la C.E. Ello, implica la imposibilidad de que se regule esta materia directamente a través de disposiciones reglamentarias¹³⁵. En todo caso, ello no debe interpretarse de forma excesivamente estricta; en otros términos, ello no impide que puntualmente se pueda completar la regulación legal en determinados aspectos a través de un Real Decreto y, siempre que, el desarrollo central y directo se localice en la ley ordinaria¹³⁶.

91. Ahora bien, como se ha dicho, esta regulación no se tiene que realizar mediante Reglamentos, sino mediante Acuerdos y Pactos. Esta afirmación, sin embargo, precisa una reflexión más profunda. En principio, la L.O.R.A.P., a diferencia del E.T., no llama a la autonomía colectiva para que complemente determinados aspectos de la regulación de los representantes unitarios, de modo que su silencio se convierte en más significativo cuando se compara con la legislación laboral.

92. Hay que preguntarse, pues, hasta que punto el silencio legal puede interpretarse, además de una pura falta de recepción

¹³⁵. CRUZ VILLALON, J., op. ult. cit., pág. 81.

¹³⁶. Así, CRUZ VILLALON, J., "Juntas..", cit., pág. 83.

El ámbito objetivo

del modelo laboral en este punto, como una prohibición de que la negociación colectiva aborde esta materia. Los principios interpretativos de las normas administrativas no son idénticos a los de la legislación laboral; en particular, no se puede aplicar el principio propio del derecho privado de que queda autorizado la realización de todo aquello que no está prohibido¹³⁷. Sin embargo, también es cierto que al enumerar la propia L.O.R.A.P. las materias objeto de posible negociación incluye entre ellas a las de carácter "sindical" y, en general cuantas otras afecten al ámbito de relaciones de las organizaciones sindicales con la Administración, con una literalidad prácticamente idéntica a la que figura en la legislación laboral de convenios colectivos (art. 85.1 del E.T.). Y, en este sentido, conviene notar que cuanto el E.T. emplea estas expresiones para referirse al contenido de la negociación colectiva, la doctrina las ha generalmente interpretado en un sentido amplio, esto es, como haciendo referencia no sólo a la materia estrictamente sindical, sino también como incluyendo la ordenación de las representaciones unitarias. Más aún, en la relación de materias que quedan excluidas legalmente de la negociación y consulta, ninguna de ellas puede relacionarse con los aspectos relativos a la representación del personal (art. 34

¹³⁷. CRUZ VILLALON, J., "Juntas..", cit., pág. 93.

El ámbito objetivo

L.O.R.A.P.)¹³⁸. Los órganos de representación unitaria no son encuadrables en ninguna de las materias que quedan legalmente excluidas de la negociación colectiva, en tanto que no son órganos en sino ante las Administraciones Públicas¹³⁹.

Así pues, se puede afirmar que la negociación colectiva funcional puede abordar la ordenación de las representaciones unitarias. Pero, a pesar del innegable espacio teórico reconocido a la autonomía colectiva en este ámbito, lo cierto es que la L.O.R.A.P., al regular tales representaciones ha dejado poco espacio real a la intervención de la Administración Pública y, consecuentemente, de la autonomía colectiva. La minuciosidad de detalles del Capítulo II de la L.O.R.A.P., abarcando tanto los aspectos más generales como descendiendo al funcionamiento puntual de las J.P. y D.P., da lugar a que difícilmente pueda realizarse una labor innovativa por parte de las mesas de negociación.

4.1.1. El ámbito de actuación de las Juntas y de Delegados de

¹³⁸. CRUZ VILLALON, J., "Juntas..", cit., pág. 94.

¹³⁹. DE LA VILLA GIL, L.E., "El control jurisdiccional de la proclamación de candidatos en las elecciones celebradas para la designación de representantes en la Función Pública, en torno, además, a los límites estructurales y aplicativos del recurso de amparo", pág. 301. En este mismo sentido, la S.T.S. de 6 de febrero de 1.989 afirma que los órganos de representación "constituyen unos órganos ante la Administración Pública".

El ámbito objetivo

Personal.

93. La L.O.R.A.P. contiene, como hemos visto (ver supra, Títulos III Y IV) una lista de diversas unidades electorales. De este modo, quedan prefigurados legalmente los ámbitos en los que van a desarrollar su presentación las J.P. y D.P., conociéndose de antemano a partir de lo dispuesto en la ley el número exacto de órganos que se van a elegir así como el grupo de funcionarios a los que va a representar cada uno de ellos. En cuanto a la dimensión concreta de las unidades electorales fijadas por la ley, la misma varía bastante según los casos pudiendo abarcar desde una representación mínima de 6 o 10 funcionarios en algunas Entidades Locales hasta abarcar a varios miles de funcionarios en la Administración estatal o en algunas C.C.A.A.

A) Correcciones por exceso.

94. En todo caso, como regla general, es seguro que el modelo de la L.O.R.A.P. supone la constitución de unidades que abarcan a un gran número de funcionarios y, derivado de ello, una mayor centralización de las unidades electorales¹⁴⁰. La centralización es una característica de los mecanismos de representación unitaria

¹⁴⁰. Subrayan este hecho, entre otros, CRUZ VILLALON, J., op. cit., pág. 74; DEL REY GUANTER, S., Comentarios..., cit., pág. 74.

El ámbito objetivo

establecidos en el L.O.R.A.P. Varios son los objetivos que con esta opción legal se pretenden alcanzar. Así, en primer lugar, evitar que la gran dimensión numérica de la Administración, en cuanto a funcionarios se refiere, se traduzca en una proliferación de órganos de representación¹⁴¹. En segundo lugar, adaptar las estructuras de representación unitaria al organigrama de la propia Administración Pública, para garantizar, de este modo, la efectividad de la labor encomendada a los representantes unitarios¹⁴². En este sentido, se ha defendido que para que sean efectivas las funciones que desempeñan las J.P. es preciso que "las unidades administrativas en las que se elijan y en la que vayan a trabajar una vez elegidos, sean lo suficientemente amplias como para que su interlocutor en el seno de la Administración sea capaz de responder y colaborar con esa J.P. en el desarrollo de sus funciones"¹⁴³.

95. Esta opción favorable a la centralización de los ámbitos de actuación de las J.P. y D.P., si bien acertada en relación con

¹⁴¹. DEL REY GUANTER, S., Comentarios..., cit., pág. 74.

¹⁴². CRUZ VILLALON, J., "Juntas...", cit., pág. 90; DEL REY GUANTER, S., Comentarios..., cit., pág. 74.

¹⁴³. Intervención del Ministro para las Administraciones Públicas, Sr. Almunia Amanan, en la presentación ante el Pleno de los Diputados del Proyecto de L.O.R.A.P., Diario de Sesiones núm. 35 (1.987), págs. 2.030.

El ámbito objetivo

las competencias que los representantes desarrollan frente a la Administración, no deja de presentar inconvenientes para un adecuado desarrollo de las funciones de control de la legislación funcional en los centros de trabajo y de información a sus representados¹⁴⁴. Debido al elevado número de funcionarios a los que debe representar cada órgano y a la relativa dispersión de los diferentes centros de trabajo agrupados a efectos representativos, se produce un lógico alejamiento de las J.P. y D.P. respecto a los funcionarios integrados en su unidad electoral; se limita el conocimiento de la situación laboral en cada centro y se impide la adecuada transmisión de información en ambos sentidos.

96. Frente a estas dificultades derivadas del nivel de actuación de las J.P. y D.P., cabría imaginar dos posibles soluciones complementarias.

97. Así, en primer lugar, se podría pensar en una solución de orden interno en cuanto al funcionamiento de las J.P. Por medio de los reglamentos de procedimiento de las J.P., previstos en el art. 8 de la L.O.R.A.P., se podrían establecer delegaciones unipersonales; asignar a cada miembro de la J.P. un número determinado de centros de trabajo a efectos de que actúe ejerciendo

¹⁴⁴. Vid. CRUZ VILLALON, J., "Juntas..", cit., págs. 91 y ss.

El ámbito objetivo

las competencias correspondientes a este nivel en nombre de la J.P.¹⁴⁵. Sin embargo, este sistema es difícil que se pueda poner en práctica, dada la fuerte sindicalización de las representaciones unitarias¹⁴⁶. Además, esta medida se revelaría en la práctica insuficiente, en tanto que a las dificultades derivadas de la gran extensión del ámbito de actuación de las J.P. y D.P., deben añadirse las derivadas del reducido número de miembros que las componen.

98. Por otra parte, cabría pensar en la virtualidad legal de constituir a través de la negociación colectiva nuevas unidades electorales de dimensiones más reducidas. En esta línea, hay que recordar que el art. 7.4 de la L.O.R.A.P. permite la flexibilización de la estructura legal de la representación unitaria, dando pie a semejante construcción. En efecto, la lista de unidades electorales tiene un carácter relativamente abierto, en tanto que, de acuerdo con lo establecido en el citado precepto, pueden crearse otras no incluidas en aquella¹⁴⁷. Evidentemente, el

¹⁴⁵. CRUZ VILLALON, J., "Juntas..", cit., pág. 93.

¹⁴⁶. CRUZ VILLALON, J., "Juntas..", cit., pág. 93, señala que la actuación de cada miembro en razón de las estrategias del sindicato por el que fué elegido produce una desconfianza hacia una delegación personalizada, que no respetaría el equilibrio sindical interno de cada J.P.

¹⁴⁷. De acuerdo con el antecitado precepto: "De conformidad con

El ámbito objetivo

punto que provoca la duda sobre la viabilidad de esta solución es la referencia que este artículo hace al Gobierno, que podría interpretarse en el sentido de que la creación de nuevas unidades electorales queda extramuros del contenido negocial, sin que sea necesario, ni siquiera, requerir por parte de aquel órgano ningún tipo de consulta a las Juntas de Personal o funcionarios que puedan verse afectados por las nuevas creaciones¹⁴⁸.

99. Sin embargo, este dato no es relevante, en si mismo, para extraer conclusión alguna al respecto. En esta línea, conviene notar que el art. 7.4 de la L.O.R.A.P. no pretende delimitar las materias que pueden ser objeto de negociación, tarea que se aborda en el Capítulo IV, sino la de establecer cuál es el órgano administrativo que tiene asignada dicha competencia en la esfera estatal. La mención del Gobierno puede explicarse porque, de no existir, entraría en juego la cláusula de cierre contenida en la disposición adicional primera, según la cual incumbe al Ministro para las Administraciones Públicas "el ejercicio de todas aquellas competencias no atribuidas a otros órganos de la Administración".

los principios de ley, y previo informe favorable del Consejo Superior de la Función Pública, el Gobierno y los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, podrán establecer Juntas de Personal para colectivos determinados en razón a su número y peculiaridades para una mejor adecuación entre las estructuras administrativas y la representación del personal".

¹⁴⁸. Así, DEL REY GUANTER, S., Comentarios..., cit., pág. 73.

El ámbito objetivo

La solución debe obtenerse a partir del examen de la naturaleza jurídica de estas actuaciones. Y, en este sentido, conviene notar que la creación de nuevas unidades electorales representa el ejercicio de facultades normativas en materia sindical, por lo que, y dado que no está reservada a la ley sino que, por el contrario, entra dentro del ámbito del poder reglamentario del Gobierno, es indudable su carácter negociable. Es más de no ser así, no se alcanza a comprender porque el legislador confiere a los agentes negociadores la facultad de flexibilizar la estructura negocial, cuando, por otro precepto, les niega la posibilidad de hacerla real y efectiva.

100. En síntesis, existen argumentos suficientes para sostener el carácter negociable de esta materia. Se marca, de esta forma, una notable diferencia con el sector laboral, donde la negociación colectiva no puede incidir directamente sobre esta cuestión¹⁴⁹. Y ello es así porque mientras en la legislación

¹⁴⁹. En este sentido, conviene traer a colación lo establecido en la S.T.S. de 9 de julio de 1.991 sobre la disposición adicional quinta de la L.O.R.A.P., donde se delimita el concepto de centro de trabajo a efectos de determinar el ámbito de actuación de los C.E. y D.P. en las A.A.P.P. De acuerdo con la misma "es claro que la disposición adicional quinta de la Ley 9/1.987 se impone como regulación unitaria de carácter general y de derecho necesario, en cuanto propugna un sistema uniforme "en adecuación a las actividades y organización específica de la A.P.", en todas las elecciones a representantes del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas, sin que frente a ella puedan prevalecer regulaciones pretendidamente especiales como la que aquí se invoca (se refiere a un convenio colectivo)".

El ámbito objetivo

laboral se formula una noción genérica de la extensión de cada unidad electoral, que permite "a posteriori" una concreción en cada caso que a su vez facilite un cierto grado de flexibilidad o discrecionalidad¹⁵⁰. La L.O.R.A.P., en cambio, contiene un listado cerrado de diversas unidades electorales. Por ello, el legislador, que en estos momentos no sabe con certeza el juego que van a dar los órganos de representación unitaria, deja abierto un portillo a la discrecionalidad de las partes para abrir nuevos niveles de representación.

101. Cuestión distinta es la operatividad real de esta facultad a los efectos aquí propuestos, esto es, a fin de reducir la dimensión de las unidades electorales. Sobre el particular cabría formular las siguientes consideraciones:

En primer lugar, la negociación colectiva sólo podrá crear nuevas unidades electorales, pero no eliminar o modificar aquellas listadas en otros apartados del art. 7 -siempre que no se trate de una eliminación o modificación resultante de la nueva creación¹⁵¹. Por consiguiente, la autonomía colectiva no puede alterar la estructura de la representación unitaria establecida en la ley,

¹⁵⁰. Así, CRUZ VILLALON, J., "Juntas...", cit., pág. 90.

¹⁵¹. DEL REY GUANTER, S., Comentarios..., cit., pág. 73.

El ámbito objetivo

sino flexibilizarla y adaptarla a supuestos de hecho concretos.

En segundo lugar, dicha creación ha de basarse sea en el número o en las peculiaridades del colectivo funcional en cuestión. Recuérdese que ambos criterios no son acumulativos, sino alternativos. Así, bastará que un colectivo funcional sea numeroso para que se pueda crear una estructura que represente específicamente sus intereses. Sin embargo, el legislador exige que dicha opción se ejercite de conformidad con los principios de la L.O.R.A.P. y que persiga la mayor adecuación entre las estructuras administrativas y la representación de este colectivo. La conjunción de ambas exigencias limita notablemente el margen de maniobra de los agentes negociadores. Así, no se podrán crear unidades electorales para cuerpos, escalas o grupos de funcionarios, ya que un principio inspirador de la L.O.R.A.P. es eludir la institucionalización de representaciones corporativas. Tampoco será posible en la esfera estatal, al menos mientras se mantenga el actual sistema de reparto de competencias en materia de personal, crear unidades electorales sobre una base territorial inferior a la provincia.

En tercer lugar, el legislador sólo se refiere a las Juntas de Personal. Inicialmente, la falta de mención de los Delegados de Personal era criticable, ya que la L.O.R.A.P. no contemplaba, a

El ámbito objetivo

diferencia del E.T., la posibilidad de que se pudiera designar un Delegado de Personal en aquellas unidades electorales que contasen entre 6 y 10 funcionarios, dejando sin representación unitaria a un ingente número de E.E.L.L.¹⁵². El tenor literal de ley, sin embargo, cercenaba de raíz cualquier posibilidad de que en estos casos mediante acuerdo entre E.E.L.L. y funcionarios públicos se acordara la elección de un Delegado de Personal, por lo que en caso de que se decidiera tal elección, el D.P. no podría reclamar jurídicamente las competencias, facilidades y garantías del Capítulo II de la L.O.R.A.P. y, sobre todo, no contaría a efectos del cómputo de la representatividad sindical¹⁵³. A partir de la Ley 7/1.990, la solución legal es lógica, ya que su disposición adicional cuarta permite la eventual ampliación de la base representativa de los D.P. en aquellos centros que cuenten entre seis y diez funcionarios, si así lo decidieran éstos por mayoría¹⁵⁴.

102. Con las limitaciones señaladas, la facultad conferida por el art. 7.5 constituye una vía para ir corrigiendo paulatinamente la excesiva centralización de las unidades

¹⁵². Así, DEL REY GUANTER, S., Comentarios..., cit., pág. 62.

¹⁵³. DEL REY GUANTER, S., Comentarios..., cit., pág. 63.

¹⁵⁴. Vid. ESCUDERO RODRIGUEZ, R., op. cit., pág. 101.

El ámbito objetivo

electorales. Por lo demás, la negociación concluirá en Acuerdos y no en Pactos, por tratarse de una materia competencia del Consejo de Ministros, requiriendo por tanto la aprobación expresa y formal de este último (art. 35 L.O.R.A.P.). También será necesario el informe favorable del Consejo Superior de la Función Pública (art. 7.4 L.O.R.A.P.).

B) Correcciones por defecto.

103. Como elemento de contraposición, la centralización de las J.P. y D.P. por la que se ha optado en la L.O.R.A.P. tampoco llega a los niveles superiores en los que se adoptan de ordinario las decisiones de gestión en materia de personal¹⁵⁵. En algunos casos, la extensión de la actuación prevista para el órgano responde a la presencia de reales peculiaridades de las unidades administrativas a las que engloba, lo que presupone un nivel adecuado de adopción de decisiones de gestión de personal. Piénsese así, por ejemplo en las representaciones de las Entidades Locales, en los Organismos Autónomos, en las áreas de salud de las Instituciones Sanitarias Públicas del I.N.S.A.L.U.D., en cada uno de los Entes Públicos o en cada Universidad. Pero en la mayoría de los casos la elección del ámbito resulta demasiado convencional, de donde con dificultad se puede localizar una unidad administrativa

¹⁵⁵. CRUZ VILLALON, J., "Juntas...", cit., pág. 91.

El ámbito objetivo

que llegue a tomar decisiones en materia de personal para todo el colectivo funcional integrado dentro de esa unidad electoral. No va a existir a ese nivel el interlocutor del que recibir la información, al que presentar los informes previstos o reclamaciones pertinentes frente a los incumplimientos observados por las J.P. y D.P.¹⁵⁶.

104. En fin, en ocasiones el nivel de actuación asignado a las representaciones unitarias no se encuentra lo suficientemente centralizado como para poder llegar a ejercitar adecuadamente las competencias que se les asignan legalmente, hasta el punto de que en algunos casos resultará materialmente imposible llevarlas a cabo¹⁵⁷. Así sucede, por ejemplo, con las facultades de gestión de obras sociales, ya que la generalidad de las obras sociales establecidas para los funcionarios públicos lo son a niveles superiores, más extensos que el ámbito de actuación de las J.P. y D.P. Así, a título de ejemplo, es imposible la participación de las representaciones unitarias en la gestión de instituciones como M.U.F.A.C.E., dado que el colectivo de beneficiarios de la misma desborda el ámbito de cualquiera de las representaciones unitarias

¹⁵⁶. CRUZ VILLALON, J., "Juntas..", cit., pág. 92.

¹⁵⁷. CRUZ VILLALON, J., "Juntas..", cit., pág. 92.

El ámbito objetivo

designados conforme a la L.O.R.A.P.¹⁵⁸. Otro tanto sucede con la legitimación para ejercer las acciones legales oportunas ante los organismos competentes por los incumplimientos de la legislación en materia de personal por parte de la Administración, ya que normalmente ésta seguirá los mismos criterios en todas las unidades administrativas. Si la jurisprudencia contencioso-administrativa procede a utilizar idénticos criterios a los formulados por la laboral en relación con el procedimiento de conflicto colectivo, será preciso un litisconsorcio activo necesario, en el sentido de ser imprescindible la presentación conjunta por todas las representaciones unitarias interesadas en cuanto a su ámbito de actuación por la resolución del conflicto colectivo¹⁵⁹. Se deja a las J.P. y D.P. sin medios o instrumentos para fraguar un efectivo control del cumplimiento de la legislación vigente en materia de condiciones de condiciones de trabajo, seguridad social y empleo; competencia ésta que, sin duda, constituye la de mayor importancia de todas las asignadas legalmente a las representaciones unitarias.

105. En definitiva, se trata de competencias atribuidas en teoría y de difícil ejecución en la práctica. Paradójicamente, la centralización de las J.P. y D.P. por la que se ha optado en la

¹⁵⁸. CRUZ VILLALON, J., "Juntas..", cit., pág. 114.

¹⁵⁹. CRUZ VILLALON, J., "Juntas...", cit., pág. 112.

El ámbito objetivo

L.O.R.A.P. no resulta suficiente para el ejercicio de determinadas competencias. Es por ello que la doctrina se ha planteado la virtualidad legal de constituir un órgano "inter-Junta de Personal", a semejanza del comité intercentro previsto en el art. 63.3. del E.T.¹⁶⁰. Este precepto no regula el comité intercentro como un órgano de necesaria designación, sino que se limita a autorizar su constitución por medio de pacto en convenio colectivo¹⁶¹.

106. Por contra, la L.O.R.A.P. no prevé nada al respecto, de modo que su silencio se convierte en más significativo cuando se compara con la legislación laboral. La doctrina, sin embargo, mantiene que el silencio legal ha de interpretarse como una pura falta de recepción del modelo laboral en este punto, pero no como una prohibición de que la autonomía colectiva cree estas instancias "inter-Junta"¹⁶².

107. A favor de esta interpretación se podrían aportar, aparte de los señalados al hacer referencia al posible complemento

¹⁶⁰. CRUZ VILLALON, J., "Juntas..", cit., pág. 93.

¹⁶¹. ALBIOL MONTESINOS, I., "Comités de empresa y delegados de personal", Deusto, 1.992, pág. 22.

¹⁶². CRUZ VILLALON, J., "Juntas..", cit., pág. 93.

El ámbito objetivo

de la legislación en materia de representación unitaria a través de los Acuerdos o Pactos, los siguientes argumentos¹⁶³: en primer lugar, que esta adición de complemento permite superar las deficiencias de la propia Ley antes reseñadas; en segundo lugar, que, de constituirse estas hipotetizadas representaciones "inter-Junta", las mismas -al igual que sucede con los comités intercentro del E.T.- no influirían sobre el cómputo de la audiencia sindical que sólo tomaría en cuenta los resultados de las elecciones de primer grado a J.P. y D.P.

108. En principio, no existe obstáculo legal a que a través de la negociación colectiva se llegue a pactar o a permitir la creación de representaciones "inter-Junta". Sin embargo, es cuestionable la virtualidad real de esta operación, por cuanto que estas instancias "inter-Junta" habrán de constituirse en un ámbito en el que exista un responsable en materia de personal por parte de la Administración, y, precisamente, éstos se encuentran ubicados en los niveles superiores de la organización administrativa. Así, cabe presumir que este nivel va a coincidir con el correspondiente a los ámbitos en los que se constituyen las diferentes mesas de negociación, donde los sindicatos negocian o, cuando menos, reciben información y emiten su parecer sobre la práctica totalidad de las materias objeto de consulta a las representaciones unitarias. Por

¹⁶³. Así, CRUZ VILLALON, J., "Juntas..", cit., pág. 94.

El ámbito objetivo

lo tanto, no tiene ningún sentido crear una instancia "inter-Junta" en concurrencia con las organizaciones sindicales, ya que a través de estas últimas se garantiza la participación de los funcionarios en las decisiones de los responsables de la Administración en materia de personal.

4.1.2. La composición numérica de las Juntas y Delegados de Personal.

109. La L.O.R.A.P. establece el mismo punto de referencia que el E.T. para determinar la composición numérica de los órganos unitarios, a saber, el número de funcionarios, pero aquí no del "centro de trabajo" o "empresa", como en el E.T., sino de la unidad electoral definida legalmente¹⁶⁴. La escala que a este respecto establece la L.O.R.A.P., a excepción de las escalas intermedias, en las que el número disminuye en dos, es la misma que la seguida por el E.T. Si se observa la composición numérica de las J.P. y se compara con la plantilla a la que corresponde, se verá que, al igual que acontece en el sector laboral, existirá una cierta desproporción, en el sentido de que las macrounidades electorales tendrán un número de representantes proporcionalmente inferior al

¹⁶⁴. DEL REY GUANTER, S., Comentarios..., cit., pág. 78.

El ámbito objetivo

que contarán las unidades electorales más pequeñas¹⁶⁵. Este efecto común en los sectores laboral y funcionarial, es, sin embargo, mucho más problemático en este último, ya que se ha optado, a diferencia del primero, en el que el punto de referencia para el ámbito de los órganos unitarios es preferentemente el centro de trabajo y, en su defecto, la empresa, por la centralización. Piénsese así, en la mayoría de las unidades electorales en las que se agrupan indiscriminadamente todos los funcionarios destinados en una misma provincia, o bien en las que se agrupan indiscriminadamente todos los funcionarios de los servicios centrales y los servicios provinciales de Madrid. En todos estos casos, las J.P. van a estar compuestas por un reducido número de representantes en proporción a la plantilla a la que representan. Si a todas estas dificultades se añaden las señaladas en los apartados precedentes en relación con la gran extensión de las unidades electorales, la conclusión a que se llega es bastante desoladora. Un escaso número de representantes va a representar a un elevado número de funcionarios, que, además, están dispersos por diferentes centros de trabajo.

110. Para cubrir este vacío representativo cabría proponer la posibilidad de ampliar el número de representantes unitarios por medio de la negociación colectiva. Pero, al igual que en el caso

¹⁶⁵. DEL REY GUANTER, S., Comentarios..., cit., pág. 78.

El ámbito objetivo

del E.T.¹⁶⁶, la composición numérica de las J.P. y D.P. no es susceptible de variación por Acuerdo o Pacto, teniendo el art. 7 el carácter de derecho necesario absoluto¹⁶⁷. Y ello es así porque la composición numérica de los órganos unitarios del sector laboral y funcional va a servir de base para el cómputo de la representatividad sindical, el cual quedará distorsionado, y en última instancia invalidado, si la negociación colectiva pudiera incrementar o disminuir el número de miembros.

4.1.3. El sistema electoral.

111. La L.O.R.A.P. dedica una ingente cantidad de preceptos al sistema electoral, pretendiendo resolver desde la propia Ley los problemas que en la práctica puedan plantearse. No obstante ello, hay que indicar también que, al igual que en el supuesto del E.T., la L.O.R.A.P. requiere una normativa de desarrollo que complete su regulación y palie algunos de sus vacíos normativos. Ello plantea el problema de determinar el instrumento normativo adecuado para dicho desarrollo, esto es, si se ha de llevar a cabo a través de disposiciones reglamentarias o de instrumentos negociales.

¹⁶⁶. Así, SALA FRANCO, T. y ALBIOL MONTESINOS, I., Derecho Sindical, Valencia, 1.992, pág. 182. En este sentido, la S.T.C.T. de 16 de diciembre, si bien la S.M.T. Madrid de 13 de junio ha admitido el fijar por convenio colectivo un número mayor.

¹⁶⁷. DEL REY GUANTER, S., Comentarios..., cit., pág. 78.

El ámbito objetivo

112. El sistema electoral está formado por dos componentes distintos¹⁶⁸: de un lado, los órganos electorales que, conforman la "Administración Electoral", encargados de garantizar la transmisión y objetividad del proceso electoral; de otro, el "procedimiento electoral", esto es, la serie concatenada de actos que conducen a posibilitar el ejercicio del derecho de sufragio, lo materializan, contribuyen a sintetizar sus resultados, y deficiencias, en consecuencia, las correspondientes cargas a aquellos que resultan elegidos.

A) Los órganos electorales.

113. En el E.T., la administración electoral es ciertamente simple, en tanto que está compuesta básicamente por las Mesas electorales de las empresas o centros de trabajo. Sólo a nivel centralizado existe otro órgano, la Comisión Nacional de Elecciones Sindicales que, por lo demás, extiende sus competencias también al ámbito de la Función Pública. La situación en esta última respecto a este tema se diferencia enormemente del sector laboral. La Administración electoral en la Función Pública se caracteriza por su complejidad, traducida fundamentalmente en un mayor número de

¹⁶⁸. Vid. DEL REY GUANTER, S., "Organos de representación unitaria y proceso electoral en la Función Pública", T.L., núm. 10, 1.987, págs. 120 y ss.

El ámbito objetivo

órganos con competencias en el procedimiento electoral¹⁶⁹. Dicha complejidad nace de la misma complejidad de la Administración Pública, que desarrolla una extensión orgánica y territorial sin paralelo en el sector laboral.

Pero lo más significativo es la opción legal de integrar tales órganos en la estructura administrativa. Las Juntas Electorales de Zona, las Juntas Electorales de Comunidad Autónoma, la Junta Electoral General, el Consejo Superior de la Función Pública, la Comisión Nacional de Elecciones Sindicales y la Oficina Pública a la que se refiere el art. 4 L.O.L.I.S., como se ha señalado más atrás, son órganos administrativos, cuya voluntad ha de formarse de conformidad con las reglas que establece el Capítulo II del Tít. I de la L.P.A. (disposición transitoria cuarta de la L.O.R.A.P.) y cuyas resoluciones han de recurrirse en vía administrativa como trámite previo al recurso contencioso-administrativo o, en su caso, al recurso contencioso-electoral (art. 29 L.O.R.A.P.)¹⁷⁰.

114. Inicialmente, todas las cuestiones referentes al ámbito, composición y estructura de los órganos electorales quedaban extramuros del contenido negocial por su conexión con las

¹⁶⁹. DEL REY GUANTER, S., "Organos..", cit., pág. 191.

¹⁷⁰. Vid. DEL REY GUANTER, S., "Organos..", cit., págs. 123 y ss.

El ámbito objetivo

potestades de organización de la Administración. Así, por ejemplo, se daba la paradoja de que mientras el legislador permitía a la autonomía colectiva la creación de nuevas unidades electorales, le negaba, en cambio, la posibilidad de constituir nuevas Juntas Electorales que se adecuasen a dichas modificaciones; competencia esta última que correspondía en exclusiva a la Administración y, en particular, al Ministro para las A.A.P.P. en virtud de la cláusula de cierre del sistema de distribución de competencias en materia de personal prevista en la disposición adicional primera de la L.O.R.A.P. Esta diferencia no era, ni mucho menos, fortuita, sino que nacía de la diferente naturaleza de las J.P. y de las Juntas Electorales de Zona. Mientras las primeras son configuradas a la sazón no como órganos de las Administraciones Públicas sino como órganos ante las mismas; las segundas, por el contrario, están integradas en la estructura administrativa. Así, la constitución de estas últimas, en cuanto tal, quedaba fuera del ámbito de la negociación colectiva, por ser una facultad integrante del poder organizatorio de la Administración. No, así, del ámbito de la consulta, pues, aunque la ley no requería ningún tipo de audiencia a las organizaciones sindicales ni a las Juntas de Personal que pudieran verse afectadas por las nuevas creaciones de las Juntas Electorales de Zona, es evidente que tal decisión afectaba al sistema de relaciones colectivas en la Administración Pública (art. 34.1 L.O.R.A.P.). Si bien, dada la necesidad del informe favorable

El ámbito objetivo

del C.S.F.P., se podía entender que la participación de las organizaciones sindicales funcionariales a través de este órgano consultivo cumplía suficientemente esta finalidad, no siendo necesaria la consulta a los miembros de las mesas de negociación.

115. La Ley 7/1.990 incorpora una notable novedad en este aspecto al establecer que "la composición y funcionamiento de los órganos electorales contemplados en la Ley 9/1.987, de 12 de junio, con excepción de las Mesas electorales, se establecerá reglamentariamente, previa negociación con los sindicatos con derecho a estar presentes en la Mesa General a tenor del artículo 31.2". En cumplimiento del encargo, el Real Decreto 996/1.990, de 27 de julio regula la composición y también el funcionamiento de los órganos electorales contemplados en la disposición adicional primera de la antecitada Ley.

B) El procedimiento electoral.

116. No se contienen en la L.O.R.A.P., al igual que el E.T. - aunque en este caso los vacíos normativos han sido salvados por el R.D. 1.311/1.986- indicaciones respecto a determinadas cuestiones del procedimiento electoral. Estas indicaciones habrán de ser incluidas sin duda en su normativa de desarrollo¹⁷¹. Se trata, como

¹⁷¹. DEL REY GUANTER, S., "Organos..", cit., pág. 126.

El ámbito objetivo

el caso anterior, de determinar el instrumento normativo adecuado para llevar a cabo tal operación. En principio, teniendo en cuenta que la propia L.O.R.A.P., al enumerar las materias objeto de posible negociación, incluye entre ellas a las de carácter "sindical" y, en general, cuantas otras afecten al ámbito de las relaciones sindicales de los funcionarios con la Administración, expresiones estas últimas que, como se ha visto más atrás, comprenden sin duda las estructuras de representación unitaria, cabría entender que la negociación podría operar el desarrollo normativo del procedimiento electoral previsto en la L.O.R.A.P. Por su parte, tampoco se podría alegar afectación en este punto del sistema de determinación de la representatividad sindical, pues de negociarse el procedimiento electoral, las partes no podrían modificar los criterios fijados por la ley para determinar la composición numérica de las J.P. y D.P. Finalmente, tampoco constituirá obstáculo la reserva legal, pues, precisamente, la negociación colectiva vendría a ocupar el espacio dejado por la ley al reglamento. En conclusión, no parece, en principio, que exista obstáculo legal a que a través de la negociación colectiva en la Función Pública se llegue a pactar una solución a los puntos oscuros de la ley en materia de procedimiento electoral.

117. Y, sin embargo, a pesar de todos los anteriores argumentos interpretativos, no puede aceptarse como válida esta

El ámbito objetivo

solución. Téngase en cuenta a este respecto que los órganos electorales son órganos administrativos, cuya voluntad ha de formarse de conformidad con las reglas que disciplinan la adopción de los acuerdos en el seno de los órganos colegiados. Y, precisamente, las materias relativas al procedimiento de los actos y disposiciones administrativas están excluidas del ámbito de la negociación colectiva.

4.1.4. Las competencias.

118. Las competencias de las J.P. y D.P. son delimitadas en el art. 9 de la L.O.R.A.P. El problema que se plantea a este respecto es el de determinar el carácter cerrado o abierto de esta lista. Desde una perspectiva estrictamente jurídico-positiva, da toda la apariencia de ser considerada por el legislador como de carácter cerrado; principalmente, por carecer de una disposición que establezca la posibilidad de que esas competencias puedan ser complementadas por la autonomía colectiva¹⁷². Esta conclusión se confirma si se comprueba el contraste que existe entre esta regulación del artículo 9 y las disposiciones que en la L.O.L.I.S. contemplan los derechos de las secciones y delegados sindicales¹⁷³.

¹⁷². DEL REY GUANTER, S., Comentarios..., cit., pág. 84; CRUZ VILLALON, J., "Juntas...", cit., pág. 92.

¹⁷³. DEL REY GUANTER, S., Comentarios..., cit., pág. 85.

El ámbito objetivo

Así, el art. 8.2 de esta disposición legal indica que los derechos de las secciones sindicales que contempla han de considerarse "sin perjuicio de lo que se establezca por convenio colectivo"; en el mismo sentido, los derechos de los delegados sindicales que regula el 10.3 han de ser considerados "a salvo de lo que se pudiera establecer por convenio colectivo". Las llamadas del legislador a la autonomía colectiva para que actúe en este ámbito de las competencias de las secciones y delegados sindicales contrasta con el silencio mantenido por el art. 9 de la L.O.R.A.P. en relación a las representaciones unitarias.

119. Así, aunque ello no impide que otra disposición legal pueda modificar o aumentar las competencias del art. 9, es dudoso que por Pactos o Acuerdos propiamente dichos se pueda atribuir a las J.P. y D.P. otras funciones.

120. No obstante lo anterior, existen espacios en la regulación del art. 9 que pueden ser objeto de negociación. Las organizaciones sindicales y la Administración Pública podrán completar algunos puntos no tratados por la ley en relación a las competencias de los órganos unitarios. Pero esta posibilidad se abre respecto a cuestiones muy de detalle, sin poder desvirtuar el sentido y la finalidad de cada una de esas competencias ni, a la postre, el significado que las mismas tienen respecto a la función

El ámbito objetivo

de tales representaciones en el esquema orgánico global contemplado en la L.O.R.A.P.¹⁷⁴. Y, en este sentido, la voluntad del legislador es muy clara, esto es, privilegiar y potenciar la participación de los funcionarios a través de las organizaciones sindicales y relegar a un segundo plano la de los representantes unitarios. Siendo esto así, es más que dudosa la legalidad de una cláusula convencional que, sin el respaldo de una norma legal, atribuya a las representaciones unitarias competencias que supongan una inversión de esa jerarquía de importancia en la labor representativa que establece la L.O.R.A.P. Así, por ejemplo, no sería posible reconocerles facultades cercanas a la cogestión, como la facultad de veto o impugnación en sus competencias de participación en la gestión del personal, que por la vía de los hechos pudieran dar paso a una negociación informal.

121. En definitiva, son pocas las posibilidades de complemento o de adición de las competencias de los D.P. y J.P. a través de Pactos y Acuerdos. Las partes podrán regular, entre otras, las siguientes cuestiones: la obligación de la Administración de recibir la opinión de los órganos unitarios respecto a las materias reseñadas en los apartados 1, 3 y 5 del art. 9, ya que, aunque la ley no le obliga a ello, nada se opone a que la Administración asuma voluntariamente dicho compromiso a

¹⁷⁴. DEL REY GUANTER, S., Comentarios..., cit., pág. 96.

El ámbito objetivo

través de la negociación; las formas de transmisión de la información que la Administración debe proporcionar a los representantes unitarios, pues la ley no indica nada al respecto; las formas en que los representantes deben emitir sus opiniones sobre las materias que legalmente proceda; el carácter de la "gestión" de los órganos unitarios en las obras sociales para el personal establecidas en la Administración; y la conversión en obligatoria de la consulta potestativa; concretar su participación y funciones en los Comités de Seguridad e higiene¹⁷⁵..., etc.

4.1.5. Las garantías y facilidades.

122. Respecto a la posibilidad de que el estatuto jurídico de los representantes unitarios, esto es, el conjunto de garantías y facilidades que el art. 11 de la L.O.R.A.P. les atribuye pueda ser modificado o ampliado por Acuerdos o Pactos, la respuesta parece ser de carácter negativo, ya que en contraste con el art. 10.3 de la L.O.L.I.S., no hay ninguna indicación al respecto¹⁷⁶. No

¹⁷⁵. Así, por ejemplo, los Acuerdos para la regulación de las condiciones de trabajo del personal al servicio de la Administración de la Comunidad Autónoma de Euskadi para 1.990 y 1.991.

¹⁷⁶. DEL REY GUANTER, S., Comentarios..., cit., pág. 115. No obstante ello, el Pacto de condiciones de trabajo de los funcionarios de la Comunidad de la Rioja para 1.990-1991 amplía el crédito horario de los miembros de la Junta de Personal y permite su acumulación en uno o varios de los componentes de la J.P. y D.S.

El ámbito objetivo

obstante, lo que si puede ser objeto de negociación, y en ciertos aspectos parece casi obligado, es una mayor especificación de las condiciones en que se puedan desarrollar las garantías y facilidades contempladas en este artículo.

123. Hay que tener en cuenta que, aunque la regulación de la L.O.R.A.P. es semejante a la del E.T., se da en un medio distinto lo que, en más de un caso, provoca desajustes. Tal sucede, por ejemplo, con el crédito horario que la ley reconoce a los representantes para el ejercicio de sus funciones representativas. La regulación de este derecho por parte de la Ley 9/1.987 sigue el mismo modelo del E.T.: fijación de un número de horas por mes en función del número de funcionarios de la correspondiente unidad electoral¹⁷⁷. A este respecto, la escala que establece la L.O.R.A.P. es la misma que la seguida por el E.T., al igual que el mínimo y el máximo de horas. Ambas normas adoptan el mismo punto de referencia para calcular el crédito horario, a saber, el número de funcionarios, pero aquí no del "centro de trabajo" o "empresa",

También les reconoce el derecho a obtener dispensa de su trabajo sin merma de sus retribuciones y demás derechos y sin que, en ningún caso, pueda acumular en otros su crédito horario.

¹⁷⁷. Vid. RODRIGUEZ SAÑUDO, F., "Derechos, obligaciones y garantías de los representantes unitarios en la Función Pública", en A.A.V.V., Seminario sobre las relaciones colectivas en la Función Pública, Sevilla, 1.989, págs. 122 y ss.

El ámbito objetivo

como en el E.T., sino de la unidad electoral definida en el art. 7. Naturalmente, ello origina una verdadera situación de desventaja del régimen de representación unitaria de los funcionarios con respecto al de los trabajadores. En efecto, si se observa la composición numérica del crédito horario y se compara con la plantilla a la que corresponde, se ve que, en gran medida, existirá una cierta desproporción, en el sentido de que los representantes en las macrounidades electorales tendrán un número de horas retribuidas proporcionalmente inferior al que contarán los representantes en las unidades electorales más pequeñas. El crédito de horas está concebido precisamente para ser utilizado por el representante, entre otras actividades, para conocer las condiciones de trabajo en el ámbito espacial de la unidad electoral correspondiente. Por ello, dado que las unidades electorales comprenden numerosos centros de trabajo que pueden estar alejados entre si y que, además, el número de representantes por unidad electoral es reducido, es evidente que el "crédito horario" puede resultar insuficiente. Por ello, cabría plantear la posibilidad de ampliarlo a través de Pactos y Acuerdos. Sin embargo, el tenor literal del art. 11 de la ley, a diferencia del E.T., donde la escala establecida por su art. 68.c) tiene el carácter de mínimo, pudiendo ser objeto de mejora por convenio colectivo, parece cercenar raíz de dicha posibilidad.

El ámbito objetivo

124. Ello no obstante, lo que si puede ser objeto de negociación, es una mayor concreción o especificación de las condiciones en que pueden desarrollarse tal facilidad. Así, cabe pensar en la posibilidad de negociar los criterios de acumulación de las horas retribuidas.

4.2. Las cláusulas de seguridad sindical.

125. Contenido apropiado de los Pactos y Acuerdos son, desde luego, la llamadas "cláusulas de seguridad sindical". Son posibles dos tipos de cláusulas de seguridad sindical¹⁷⁸: a) Las referidas a facilitar el desarrollo de la vida sindical dentro del ámbito de las unidades administrativas; b) Las que afectan a la vida de la relación de servicio.

4.2.1. Las cláusulas de garantía de la presencia sindical en los centros de trabajo.

126. A la vista de ello hay que señalar que las cláusulas de seguridad sindical del primer tipo -aquellas que traten de fortalecer la presencia sindical en los centros de trabajo-, no encuentran obstáculo legal alguno para que consten en Acuerdos o

¹⁷⁸. Vid. ALBIOL MONTESINOS, I., El sindicato en la empresa, Deusto, 1.990, págs. 28 y ss.

El ámbito objetivo

Pactos. Y ello porque el art. 32.k) de la L.O.R.A.P. para los Pactos y Acuerdos propiamente dichos, señala como posible contenido de los mismos "las materias {...} de índole sindical {...} y en general, cuantas otras afecten {...} al ámbito de relaciones de los funcionarios públicos y sus Organizaciones Sindicales con la Administración".

A) las cláusulas de descuento por la Administración de cuotas sindicales.

127. Con anterioridad a la L.O.L.I.S., el Tribunal Constitucional, en su sentencia de 20 de octubre de 1.982, consideró expresamente que "lejos de violarse el principio de libertad sindical el art. 28.1 de la Constitución la obligatoriedad de insertar en los convenios colectivos el régimen recaudatorio de las cuotas es un rasgo de progreso y avance de dicha libertad y la contribución que los empleadores deben prestar a su expansión". La L.O.L.I.S. da en este sentido un paso más, al señalar que "el empresario procederá al descuento de la cuota sindical sobre los salarios y a la correspondiente transferencia a solicitud del sindicato del trabajador afiliado y previa conformidad, siempre, de éste". La disposición adicional 2 de la L.O.R.A.P. señala que "la Administración Pública correspondiente procederá al descuento de la cuota sindical sobre las retribuciones de los funcionarios públicos

El ámbito objetivo

afiliados a las organizaciones sindicales y a la correspondiente transferencia a solicitud de éstas y previa conformidad por escrito del funcionario".

128. Obsérvese que estos preceptos no están referidos a que en un Pacto o Acuerdo se haya pactado una cláusula de descuento, por lo que para la Administración se genera la obligación del descuento siempre que el sindicato lo solicite, de forma que su negativa al mismo representará una lesión empresarial del derecho libertad, tutelable judicialmente a través de los arts. 13 y concordantes de la L.O.L.I.S.¹⁷⁹. No obstante ello, la negociación colectiva podrá concretar el genérico tenor del art. 11.2 de la L.O.L.I.S., precisando las circunstancias y requisitos para proceder al descuento de las cuotas sindicales, la forma en que los trabajadores deben manifestar su conformidad, etc.

B) Las cláusulas sobre secciones y delegados sindicales.

129. En materia de cláusulas convencionales que traten de favorecer la vida sindical en las unidades administrativas caben también las referidas a las secciones y delegados sindicales. Y ello no sólo porque, en virtud del art. 32.k) de la L.O.R.A.P., la "materia sindical" puede ser objeto de negociación e inclusión en

¹⁷⁹. SALA FRANCO, T. y ALBIOL MONTESINOS, I., op. cit., pág. 84.

El ámbito objetivo

los Acuerdos propiamente dichos -o incluso en Pactos, si no se ha tratado en aquéllos a petición de una de las partes-, sino porque así lo permite la propia L.O.L.I.S.

Esta disposición legal regula la presencia del sindicato en la empresa, los órganos que la hacen posible, las garantías y derechos que le son atribuidos a éstos. Pero ello no supone un total abandono de la virtualidad reguladora de los convenios colectivos; éstos, aun pueden desarrollar una importante labor, perfilando y perfeccionando el modelo legal, y es muestra de ello que en numerosas ocasiones la L.O.L.I.S. atribuye a sus normas un papel meramente supletorio, destinado a llenar las lagunas que pueda dejar una regulación pactada a la que la ley remite en primer lugar¹⁸⁰. En efecto, la propia L.O.L.I.S. efectúa constantes apelaciones a los convenios para que sean éstos lo que establezcan una regulación más amplia o incluso un régimen jurídico diverso: derechos de las secciones sindicales (art. 8.2º, "sin perjuicio de lo que se establezca mediante convenio colectivo"); número de delegados sindicales en función de las dimensiones de la empresa (art. 10.2: "Bien por acuerdo, bien a través de la negociación colectiva {...}. A falta de acuerdo específico al respecto {...}");

¹⁸⁰. Sobre el papel de la negociación colectiva en este ámbito ver ALVAREZ DE LA ROSA, M., La organización del sindicato en los lugares del trabajo (Empresa y Administración Pública)", Madrid, 1.991, págs. 41 y ss.

El ámbito objetivo

competencias y derechos de los delegados sindicales (art. 10.3: "{...} a salvo de lo que se pudiera establecer por convenio colectivo").

130. Sin embargo, puede surgir la duda de su viabilidad en la negociación colectiva funcionarial. Evidentemente, el punto que provoca esta duda es la referencia de los arts. 8 y 10 de la L.O.L.I.S. a los "convenios colectivos". En sentido estricto, convenios colectivos sólo existen en el ámbito laboral, ya que, como sabemos, dicha expresión se ha marginado en la L.O.R.A.P. en favor de las de "Acuerdos" y "Pactos". Sin embargo, el mantenimiento de una interpretación estrictamente literal no es de recibo porque la L.O.L.I.S. es de aplicación total y global a los funcionarios públicos, salvo que disponga lo contrario, y porque la L.O.L.I.S. es obviamente anterior a la L.O.R.A.P., cuando el derecho a la negociación colectiva funcionarial carecía de una cobertura legal y, por consiguiente, salvo la difusa referencia en el art. 32.b) de la L.M.R.F.P., se desconocía la denominación exacta que se iba a emplear a estos efectos en el ámbito de la Función Pública.

a) Secciones sindicales.

1º. El ámbito de la sección sindical.

El ámbito objetivo

131. Como se ha visto más atrás, para que las secciones sindicales puedan gozar de determinados derechos (legitimación negocial, derecho a un local adecuado y a un tablón de anuncios) y, sobre todo, para que puedan disponer de una representación sindical y de los derechos que éstas conlleva deben pertenecer a un sindicato que tenga, al menos, un miembro en los órganos unitarios, y, en consecuencia, deben constituirse en niveles coincidentes a los de éstos¹⁸¹. Esta afirmación, sin embargo, ha de ser matizada en relación con las secciones sindicales funcionariales porque el régimen jurídico de los derechos señalados en primer lugar es diferente en el ámbito de la Función Pública. En efecto, la L.O.R.A.P., por un lado, limita ostensiblemente las posibilidades de que tales secciones sindicales puedan protagonizar procesos de negociación asimilados a los que realizan sus homónimas en el ámbito de las relaciones laborales, y, por otro, reconoce la titularidad de los derechos a disfrutar de un local adecuado y de un tablón de anuncios a todas las secciones sindicales sin exigirles en contrapartida ninguna representatividad sindical y, además, circunscribe, el derecho a disponer de tales medios al ámbito del centro de trabajo y no de la unidad electoral, como

¹⁸¹. Sobre los requisitos legales para que la sección sindical pueda contar con delegado sindical ver las S.T.S. de 13 de octubre de 1989, 15 de febrero y 23 de mayo de 1.990, por todas.

El ámbito objetivo

resultaría de la aplicación de la L.O.L.I.S.¹⁸². Siendo esto así, la única razón, pero suficiente, que fuerza a los funcionarios afiliados a un sindicato a elegir la unidad electoral que sirve de base a las J.P. y D.P. como ámbito para crear la sección sindical es la posibilidad de designar delegados sindicales y disfrutar los derechos y garantías de acción sindical que éstos tienen¹⁸³.

132. Esta opción legal no está exenta de críticas. En efecto, si la finalidad principal e inmediata perseguida por el legislador, al institucionalizar la organización y representación sindical en los centros de trabajo, es la de potenciar la presencia y actuación del sindicato en tales ámbitos, qué sentido tiene constituir las secciones sindicales y designar los delegados sindicales en unos ámbitos tan amplios¹⁸⁴. De esta manera, se

¹⁸². RODRIGUEZ SAÑUDO, F., "Derechos..", cit., págs. 124 y 125, subraya el hecho de que el punto de referencia para el disfrute de los derechos a un local adecuado y a un tablón de anuncios no es la unidad electoral, sino el centro de trabajo.

¹⁸³. ALVAREZ DE LA ROSA, M., op. cit., pág. 83; FERNANDEZ LOPEZ, M^a.F., "Los sindicatos en la Función Pública: Régimen jurídico y representaciones sindicales en el centro de trabajo", en A.A.V.V., Seminario sobre relaciones colectivas en la Función Pública, Sevilla, 1.989, pág. 231, entienden, en cambio, que los funcionarios afiliados al sindicato no tienen porque seguir los criterios de estructuración de las J.P. y D.P.

¹⁸⁴. Sobre este particular las reflexiones de FERNANDEZ LOPEZ, M^a.F. y CRUZ VILLALON, J., op. cit., págs. 229 y ss.

El ámbito objetivo

dificulta, extremadamente, el acercamiento entre el sindicato y la base de afiliados distribuidos entre los numerosos centros de trabajo comprendidos en la unidad electoral de referencia.

133. Es por ello, por lo que cabe plantearse cuáles son las posibilidades de constituir las secciones sindicales en ámbitos más reducidos, como por ejemplo, a nivel de centro de trabajo. En principio, es evidente que los funcionarios públicos pueden crear secciones sindicales a nivel de centro de trabajo; secciones sindicales que dispondrán de los derechos que la Ley reconoce a los funcionarios afiliados a un sindicato y de los derechos a utilizar un tablón de anuncios y un local adecuado ya que, como se ha visto, la L.O.R.A.P. les exonera de la obligación de acreditar una mínima implantación para gozar de los mismos. E, incluso, en virtud de su autonomía sindical pueden proceder al nombramiento de uno o varios delegados sindicales. Ahora bien, éstos no gozarán, obviamente, del régimen privilegiado previsto en el art. 10 de la L.O.L.I.S.¹⁸⁵.

134. Así pues, la única solución sería que la autonomía colectiva adaptase la normativa de la L.O.L.I.S. a la peculiar organización de las A.A.P.P. Se trata, por tanto, de determinar si mediante Pactos y Acuerdos se puede flexibilizar la estructura de

¹⁸⁵. S.T.C.O. 61/1.989 y 84/1.989, de 10 de mayo. Vid. ALVAREZ DE LA ROSA, M., op. cit., págs. 103 y ss.

El ámbito objetivo

la representación sindical en el ámbito de la Función Pública. En principio, tal y como se ha formulado la pregunta, la respuesta debería ser negativa. En efecto, la elección del ámbito de la sección sindical, dentro de las posibilidades que la ley prevé, requiere la concurrencia de las voluntades del sindicato, expresada en sus estatutos, y la de los afiliados al sindicato en la unidad de que se trate. Así, esta materia, al ser propia del régimen jurídico interno que liga al sindicato con sus afiliados, queda fuera del alcance de la negociación. Ahora bien, como quiera que la circunstancia que obliga, indirectamente, a los funcionarios a elegir la unidad electoral como base de la sección sindical es la posibilidad de disponer de una representación sindical, lo que si será factible, por no ser extraño a la negociación, sería negociar este derecho de forma que se eliminara para su disfrute la exigencia de contar con una mínima implantación en los órganos unitarios. Así, eliminado este requisito, los funcionarios podrían constituir y designar las secciones y delegados sindicales a nivel de centro de trabajo. La cuestión consiste, por tanto, en dilucidar si la autonomía colectiva puede o no llevar a cabo tal operación.

135. Como se analiza con detalle más tarde, la prescripción legal relativa al número de delegados sindicales tiene la condición de "mínimo de derecho necesario relativo" mejorable por la autonomía colectiva. Sin embargo, el segundo requisito exigido por

El ámbito objetivo

el art. 10.1 de la L.O.L.I.S. para que la sección sindical pueda contar con delegado, esto es, que pertenezca a un sindicato que tenga presencia en los órganos de representación del personal es inmodificable por la autonomía colectiva. Sería el único aspecto en esta materia en el que razones de orden público impiden la modificación de la regulación legal. En efecto, es una materia cuyo contenido no es sólo el de otorgar una facultad de acción sindical, sino también el de imponer una carga sobre la representación unitaria, que no tiene por qué soportar si no es porque se lo imponga una norma legal¹⁸⁶. A mayor abundamiento, es de subrayar una vez más el hecho de que la L.O.L.I.S. no confiere el derecho a disponer representaciones sindicales a aquellas secciones sindicales pertenecientes a los sindicatos más representativos sin implantación. El mecanismo de la irradiación de la mayor representatividad no juega a estos efectos, lo que viene a corroborar la tesis aquí defendida.

136. Todas estas consideraciones permiten concluir que no es posible suprimir mediante Acuerdos o Pactos el requisito de una

¹⁸⁶. En base a este mismo argumento CRUZ VILLALON, J., "El reconocimiento legal de la representación y acción sindicales en la empresa", en A.A.A.V., Comentarios a la Ley de Libertad Sindical, Madrid, 1.986, pág. 263, niega la posibilidad de que la negociación colectiva laboral pueda reconocer el derecho a asistir a las reuniones del comité de empresa (art. 10.3.2º L.O.L.I.S.) a secciones pertenecientes a sindicatos sin presencia directa en los mismos.

El ámbito objetivo

mínima presencia del sindicato en la J.P. para contar con un Delegado sindical. Por consiguiente, la autonomía colectiva no puede flexibilizar la estructura de la representación sindical¹⁸⁷. La única salida sería la creación en base a lo dispuesto en el art. 7.5 de la L.O.R.A.P. de unidades electorales con una base territorial o funcional más reducida, de forma que el número de centros de trabajo y de funcionarios incluidos en ellas sea menor, facilitándose la labor representativa de los representantes unitarios y sindicales. Sin embargo, en este punto concreto, como se ha visto, tampoco se pueden introducir grandes innovaciones.

2º) Los Derechos.

137. El art. 8.2 de la L.O.L.I.S. reconoce a las secciones sindicales de los sindicatos más representativos y de los que tengan presencia en los órganos de representación que se establezcan en las Administraciones Públicas determinados derechos. Bien entendido que dichos derechos se establecen con carácter de

¹⁸⁷. Así, la inmensa mayoría de los Pactos y Acuerdos no dicen nada en cuanto a la constitución y ámbito de las secciones sindicales. Excepcionalmente, el Acuerdo general sobre condiciones de trabajo del personal funcionario al servicio de la Administración de la Comunidad de Madrid para 1.991 (B.O., 29-5-1.991) contiene una regulación sobre este ámbito material. En este sentido, dispone en orden a la constitución de las secciones sindicales lo siguiente: las secciones sindicales se constituirán sumando los trabajadores y funcionarios; y que su ámbito de actuación se determinará igualmente de forma conjunta para ambos sectores.

El ámbito objetivo

mínimos, al señalarse expresamente que ello se hace "sin perjuicio de lo que se establezca mediante convenio colectivo"¹⁸⁸. Expresión que hay que entender, bien como que los Pactos y Acuerdos pueden establecer regulaciones específicas para los derechos aquí mencionados, bien que pueden establecer derechos adicionales. En ningún caso, que la autonomía colectiva pueda restringir los derechos que a esas secciones sindicales privilegiadas se reconocen en la L.O.L.I.S.

137. Lo habitual en los Pactos y Acuerdos es que mantengan silencio o que se remitan para los derechos de las secciones sindicales a la legislación vigente. No obstante, encontramos algunos instrumentos negociales que regulan el tema de los tabloneros de anuncios¹⁸⁹ o de los locales¹⁹⁰. También suelen establecer fondos para compensar la ausencia de locales y sufragar sus gastos de funcionamiento a repartir entre las organizaciones sindicales

¹⁸⁸. Así, ALVAREZ DE LA ROSA, M., op. cit., pág. 156, SALA FRANCO, T. y ALBIOL MONTESINOS, I., op. cit., pág. 287. Véase la S.T.S. de 5 de octubre de 1.989.

¹⁸⁹. Así, por ejemplo, el Acuerdo de regulación de condiciones laborales del personal al servicio de la Universidad del País Vasco para 1.991.

¹⁹⁰. Así, los Acuerdos de regulación de las condiciones del personal al servicio de la Comunidad Autónoma Vasca para 1.988, 1.989, 1.990 y 1.991; los Acuerdos de regulación de las condiciones de trabajo del personal al servicio del Servicio Vasco de Salud 1.988-1.989 y 1.990-1.991.

El ámbito objetivo

firmantes o entre las organizaciones sindicales con representatividad en la mesa negociadora correspondiente¹⁹¹. Otros Acuerdos reconocen a las organizaciones y secciones sindicales facultades de información pasiva e, incluso, activa en materia de contratación de personal, comisiones de servicio forzosas, excedencias, concesión de compatibilidades¹⁹². También se les reconoce el derecho a participar en los Comités de Seguridad e Higiene¹⁹³ u órganos con competencias en materia de ingreso y provisión de los puestos de trabajo¹⁹⁴.

b) Delegados sindicales.

1º Número de delegados sindicales.

138. Como consecuencia de la opción legal de fijar como

¹⁹¹. Así, los Acuerdos citados en la nota anterior.

¹⁹². Los Acuerdos para mejora de las condiciones socio-económicas y de participación de los funcionarios al servicio de la Comunidad Autónoma de Cantabria para 1.990 y 1.991.

¹⁹³. Acuerdos de regulación de las condiciones laborales del Personal al servicio de la Universidad del País Vasco para 1.991-1.992.

¹⁹⁴. Así, el Acuerdo de regulación de condiciones de trabajo del personal al servicio de la Comunidad Autónoma de Euskadi para 1.990.

El ámbito objetivo

criterio determinante del número de delegados sindicales el número de funcionarios de la unidad electoral que sirve de base a la sección sindical, las representaciones sindicales funcionariales van a ser proporcionalmente inferiores a las del sector laboral. Ciertamente, el número tan alto de funcionarios que, por lo general, constituyen la mayoría de unidades electorales se traducirá en un número de representantes proporcionalmente inferior a los que tendrán aquellas empresas con igual número de trabajadores, pero con varios centros de trabajo. Si a ello se añade el hecho de que el número de D.P. y J.P. también es muy inferior al de los D.P. y C.E., la conclusión que se obtiene es obvia: los funcionarios van a estar infrarrepresentados en relación con el resto de trabajadores por cuenta ajena, porque les corresponderá un número muy inferior de representantes unitarios y sindicales y porque, además, la gran extensión de las unidades electorales que sirven de base a las J.P. y secciones sindicales va a dificultar su labor representativa y el acceso a los centros de trabajo.

139. No siendo posible ampliar mediante Pactos y Acuerdos el número de representantes unitarios, cabe plantearse la posibilidad de ampliar el de los delegados sindicales. ¿Qué naturaleza tiene la prescripción legal relativa al número de delegados sindicales?.

El ámbito objetivo

140. Pues bien, el número de delegados sindicales establecido en la escala del art. 10.2 constituye un mínimo de derecho necesario relativo mejorable por la autonomía colectiva¹⁹⁵. Así, se desprende del tenor literal del citado precepto, pues el mismo señala que "bien por acuerdo, bien a través de la negociación colectiva, se podrá ampliar el número de delegados establecido en la escala a que hace referencia este apartado, que atendiendo a la plantilla de la empresa o, en su caso, de los centros de trabajo, corresponden a cada uno de éstos". Se marca, de este modo, una notable diferencia con la normativa relativa a la composición numérica de los órganos unitarios. La diferencia nace del hecho de que la composición numérica de estos últimos sirve de base para el cómputo de la "representatividad sindical" y, en consecuencia, no se puede admitir su modificación porque ello supondría la distorsión de los resultados electorales. Esta constituye, pues, la vía a seguir para suplir las deficiencias que presentan los sistemas de representación de los funcionarios públicos. Además, las dificultades derivadas de la gran amplitud del ámbito de actuación de los Delegados Sindicales se podrían paliar a través de medidas de carácter interno. Por medio de los reglamentos de la sección sindical se podrían distribuir los distintos centros de trabajo que constituyen la unidad electoral entre los diferentes

¹⁹⁵. En este sentido, ALBIOL MONTESINOS, I., El sindicato en la empresa, Bilbao, 1.990, pág. 153; ALVAREZ DE LA ROSA, M., op. cit., pág. 110. En esta línea, la S.A.N. de 5 de octubre de 1.989.

El ámbito objetivo

Delegados Sindicales, de forma que cada uno de ellos representará a la sección sindical y actuará en su nombre en un número limitado de ellos.

141. En cuanto a las posibilidades de la autonomía colectiva en este ámbito, dos son las cuestiones que se plantean: en primer lugar, delimitar cuáles son los aspectos de la regulación legal mejorables por Pacto o Acuerdo; en segundo término, determinar si resultaría o no atentatorio a la libertad sindical un Pacto o Acuerdo en cuya virtud se aumentase el número de delegados sindicales a determinadas secciones sindicales y no a todas -o, al menos, no por igual-, las que tuviesen derecho a estar representadas por delegados.

142. Con respecto a la primera cuestión planteada, hay que indicar que el art. 10.2 de la L.O.L.I.S. señala que "bien por acuerdo, bien a través de la negociación colectiva, se podrá ampliar el número de delegados establecido en la escala a que hace referencia este apartado, que atendiendo a la plantilla de la empresa o, en su caso, de los centros de trabajo, corresponden a cada uno de éstos". Interpretado literalmente el precepto parece que lo que puede ampliarse a través de los instrumentos negociales es el número de delegados sindicales correspondientes cada uno de los tramos de la escala, pero no los requisitos legales para contar

El ámbito objetivo

con delegados sindicales ni el número de un delegado sindical a representar a aquellas secciones sindicales de los sindicatos que no hayan obtenido el 10 por 100 de los votos, ya que estas secciones no entran en la escala, único supuesto de modificación admitido en el art. 10.2 L.O.L.I.S.¹⁹⁶.

Sin embargo, el régimen legal queda a la entera libertad de las partes, de forma que éstos podrán rebajar el número mínimo de funcionarios necesarios para contar con delegado sindical o los tramos de la escala, ampliar el número de delegados correspondiente a cada uno de los tramos, eliminar la necesidad de contar con el 10 por 100 de los votos para optar a más de un delegado, aplicar otro baremo objetivo, etc.¹⁹⁷. Tan sólo el segundo requisito exigido por el art. 10.1 de la L.O.L.I.S para que la sección sindical pueda

¹⁹⁶. Así, SALA FRANCO, T. y ALBIOL MONTESINOS, I., op. cit., pág. 282, si bien seguidamente matizan esta afirmación, al decir que "en línea con la interpretación jurisprudencial que señala que la L.O.L.I.S. "debe ser interpretada en favor de la mayor amplitud de la actividad sindical y no aplicar sus exigencias a un supuesto no definido literalmente en ella", admiten un mayor margen de maniobra a la autonomía colectiva en este ámbito.

¹⁹⁷. Así, ALVAREZ DE LA ROSA, M., op. cit., pág. 11, quien, además, señala las tendencias de la negociación colectiva sobre el número de los delegados sindicales. En esta línea, la S.T.S. de 19 de junio de 1.990 parece admitir la utilización del índice de afiliación. Por contra, CRUZ VILLALON, J., "El reconocimiento..", op. cit., pág. 249, dice que es voluntad de la ley que se utilice siempre un criterio para la determinación del número de delegados sindicales, la dimensión de la plantilla de la empresa o centro de trabajo.

El ámbito objetivo

contar con delegados -que pertenezca a un sindicato con presencia en los órganos de representación del personal- resultaría inmodificable, y ello por las razones que antes hemos señalado¹⁹⁸.

143. Con respecto a la segunda cuestión planteada -si resultaría o no atentatorio a la libertad sindical un Pacto o Acuerdo en cuya virtud se aumentase el número de delegados sindicales a determinadas secciones sindicales y no a todas -o, al menos, no por igual-, de las que tuviesen derecho a estar representadas por delegados sindicales-, la respuesta, en principio, dependerá de cuál sea la posición que se adopte en torno a la eficacia personal de los Acuerdos y Pactos. Partiendo de la tesis que aquí se desarrolla acerca de la eficacia general de tales instrumenteos negociables, habrá que convenir que se estaría

¹⁹⁸. Los Pactos y Acuerdos no abordan el tema del número de delegados sindicales. Excepcionalmente, el Acuerdo general sobre condiciones del personal funcionario al servicio de la Comunidad de Madrid para 1.991 dismuye la plantilla necesaria para designar un delegado sindical, al incluir en su cómputo a los trabajadores y funcionarios. Por su parte, el Pacto de condiciones de trabajo de la Comunidad de la Rioja para 1.991, despues de indicar, que las secciones sindicales con representación de la J.P. tendrán derecho a elegir un delegado sindical, establece que aquellas que superen el 10 por 100 de los miembros de la Junta de Personal podrán elegir dos. En principio, esta cláusula, aisladamente considerada, parece rebajar el número legal de delegados sindicales, ya que no permite que entre en juego la escala del art. 10.2 de la L.O.L.I.S., en virtud de la cual las secciones sindicales pueden, en función de la plantilla, obtener hasta cuatro delegados sindicales, por lo que debería ser declarada nula por ilegal. Sin embargo, teniendo en cuenta que se trata de una Comunidad Autónoma uniprovincial, es de suponer que las partes han fijado este número porque la plantilla no alcanza los mínimos legales para obtener más de dos.

El ámbito objetivo

entonces en presencia de una norma jurídica que establece discriminaciones por razones de adhesión a un sindicato o al ejercicio, en general, de actividades sindicales, que en los términos del art. 12 de la L.O.L.I.S. debe llevar aparejada su nulidad y carencia de efectos¹⁹⁹. Además, debe tenerse en cuenta que el art. 10.2 de la L.O.L.I.S. atribuye el mismo número de delegados a todas las secciones con derecho a los mismos, siempre que en su constitución hayan utilizado la misma unidad de referencia. Por consiguiente, cabe considerar de necesaria observancia no sólo el número de delegados sindicales establecido en la L.O.L.I.S. sino también el criterio legal de igualdad entre secciones a la hora de atribuir el número correspondiente a ellas²⁰⁰. De modo que este mismo criterio habrá que utilizar en los supuestos de acuerdo entre la Administración y sindicatos aumentando el número de delegados sindicales correspondientes.

En todo caso, no es posible ofrecer una respuesta absoluta negativa o positiva sobre la antisindicalidad de las cláusulas convencionales que establecen un número adicional y diferenciado de delegados entre las diferentes secciones sindicales, sino que habrá

¹⁹⁹. A igual conclusión llega ALBIOL MONTESINOS, I., op. cit., pág. 155, en relación con las secciones sindicales de los trabajadores.

²⁰⁰. ALBIOL MONTESINOS, I., op. cit., pág. 155.

El ámbito objetivo

que realizar una evaluación en cada caso concreto dependiendo de las circunstancias y de las consecuencias de tales concesiones diferenciadas. Téngase en cuenta que la utilización por las partes negociadoras de un mismo módulo de cuantificación para determinar el número de delegados sindicales puede conducir a resultados distintos respecto a unas y otras secciones sindicales. A este respecto, el principio general que podría establecerse es que tal diferenciación ha de tener una justificación objetiva y que, en todo caso, no puede representar una desincentivación tal de la afiliación a los sindicatos que no disfrutaban de las mejoras que coaccione decididamente la libertad de elección sindical de los funcionarios públicos²⁰¹.

2º- Derechos y garantías.

144. Los derechos y garantías que los delegados sindicales tienen reconocidos directamente por la L.O.L.I.S. o por remisión a la L.O.R.A.P. tienen la consideración de mínimos de derecho necesario, de forma que en ningún caso se pueden reducir, pero si cabe la mejora por la negociación²⁰². Especial interés puede revestir la negociación en relación con el crédito horario de los

²⁰¹. Vid. DEL REY GUANTER, S., "La conducta antisindical del empresario", A.L., núm. 9, 1.987, pág. 24.

²⁰². Vid. ALVAREZ DE LA ROSA, M., op. cit., pág. 170.

El ámbito objetivo

delegados sindicales²⁰³. De este modo, los Pactos y Acuerdos podrán reconocer un número de horas superior al legal para que puedan desarrollar eficazmente la actividad sindical de representación en los centros de trabajo²⁰⁴.

145. Ahora bien, debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el art. 11 de la L.O.R.A.P., a cuyo tenor los miembros de las Juntas de Personal que ocupen un puesto de libre designación por convocatoria pública (art. 20.1.b) L.M.R.F.P.) no podrán efectuar una acumulación horaria mayor de diez horas mensuales"; limitación que se extiende también a aquellos funcionarios públicos que sean

²⁰³. A este respecto, la S.T.S. de Canarias de 21 de junio de 1.989 señala que para el cómputo de los funcionarios a efectos de determinar el crédito horario de los delegados sindicales "no puede partirse de la idea de incluir como único centro de trabajo la totalidad de establecimientos de la D.G. de Correos, Telégrafos y Caja Postal en la provincia, sino del sentido técnico-jurídico, que hay que dar al concepto "centro de trabajo" que se extrae del artículo 1.5 del E.T. como "unidad productiva con organización específica" que evidentemente posee la Caja Postal de Ahorros.

²⁰⁴. En esta dirección, es habitual que los Pactos y Acuerdos aumenten el crédito horario de los delegados sindicales o que les concedan dispensas institucionales. Ver, por todos, el Pacto para la realización de funciones sindicales de 18 de mayo de 1.988 concluido entre las representaciones de la Administración del Estado y C.C.O.O.; el Acuerdo marco del País Vasco sobre derechos sindicales y ejercicio de la actividad sindical de la Administración -B.O., 18-11-1988); y el Acuerdo general sobre condiciones de trabajo del personal funcionario al servicio de la Administración de la Comunidad de Madrid.

El ámbito objetivo

delegados sindicales²⁰⁵. Con esta medida se pretende evitar la total liberación del trabajo de los funcionarios que ocupan puestos de trabajo de especial relevancia o confianza²⁰⁶. Por ello, cabe entener que el límite de la diez horas mensuales también juega a la hora de incrementar el crédito horario de estos delegados sindicales.

En fin, y a modo de conclusión, las únicas vías posibles para corregir las deficiencias del sistema de representación de los funcionarios en las A.A.P.P. consisten en aumentar a través de la negociación colectiva el número de delegados sindicales y el crédito de horas retribuidas para desarrollar la actividad sindical de representación.

4.2.2. Las cláusulas de seguridad sindical que afectan a la vida de la relación de servicio.

146. Por lo que respecta al establecimiento en Pactos y Acuerdos de cláusulas que hagan depender de la afiliación sindical la adquisición o el mantenimiento del empleo, su licitud viene negada por el reconocimiento expreso de la libertad sindical

²⁰⁵. Así, ALVAREZ DE LA ROSA, M., op. cit., pág. 189.

²⁰⁶. ALVAREZ DE LA ROSA, M., op. cit., pág. 169.

El ámbito objetivo

negativa de los funcionarios públicos²⁰⁷. Por consiguiente, la inclusión de alguna cláusula de este tipo en la negociación colectiva funcionarial atentaría, al menos, las siguientes disposiciones: art. 14 C.E. que, al establecer el principio de igualdad, impide a la Administración dispensar un trato diferente a los funcionarios en situaciones iguales, que no tenga una fundamentación objetiva y razonable²⁰⁸; art. 35.1 C.E., estableciendo el derecho al trabajo y a la libre elección de profesión u oficio; arts. 23.2 y 103.3, cuya interpretación sistemática permite entender que el primero impone la obligación de no exigir para el acceso a la Función Pública requisito o condición alguna que no sea referible a los conceptos de mérito y capacidad, de manera que pueden considerarse también violatorias del principio de igualdad todas aquellas normas o resoluciones que, sin esa referencia, establezcan una diferencia entre los españoles²⁰⁹; el art. 28.1, al declarar expresamente que nadie puede ser obligado a afiliarse a un sindicato; y el art. 12 de la L.O.L.I.S.

²⁰⁷. Vid, por todos, ALBIOL MONTESINOS, I., "El sindicato..", cit., pág. 88.

²⁰⁸. Vid. GARCIA TREVIJANO, J.A., "Sobre el derecho de igualdad en la Función Pública", R.E.D.T., núm. 42, 1.990, págs. 359 y ss.

²⁰⁹. Así, GARCIA TREVIJANO, J.A., "El derecho a la igualdad en el acceso a la Función Pública", R.E.D.T., núm. 39, 1.989, pág. 521.

El ámbito objetivo

147. Por lo que respecta a las otras cláusulas que afectan a la vida de la relación de servicio hay que distinguir entre las siguientes: 1º) La cláusula por gastos del Acuerdo o Pacto; 2º) la cláusula de solidaridad por negociación; y 3º) las cláusulas de ventajas reservadas.

A) La cláusula por gastos de la negociación.

148. Por lo que respecta al establecimiento en Pactos y Acuerdos de cláusulas que impongan a la Administración Pública correspondiente la obligación de aportar una cuota a favor de los sindicatos negociadores, y de cuantía variable en función de los funcionarios que tuviesen empleados, su licitud también viene negada en la negociación colectiva funcionarial y ello en base a las siguientes consideraciones. En primer lugar, porque el art. 5 del Convenio nº 151 reconoce el derecho de las organizaciones de funcionarios públicos a una protección adecuada contra actos de ingerencia de la Administración Pública en la Constitución, funcionamiento y administración de tales organizaciones. En segundo lugar, porque el art. 13.2 de la L.O.L.I.S. considera expresamente atentado a la libertad sindical que los empresarios sostengan económicamente o en otra forma sindicatos con un propósito de control²¹⁰.

²¹⁰. En base a este argumento ALBIOL MONTESINOS, I., "El

B) La cláusula de solidaridad por negociación.

149. La cláusula de seguridad sindical conocida habitualmente como canón de negociación o canón sindical, consiste en la estipulación del pago de una cantidad económica por parte de los trabajadores afectados en favor de los sindicatos negociadores de un convenio colectivo y como compensación de los gastos de gestión. Esta cláusula aparecía incluida en los convenios colectivos en medio de una gran polémica doctrinal y jurisprudencial. Pues bien, el art. 11.2 de la L.O.L.I.S. pondrá fin a toda esta discusión, al establecer que "en los convenios colectivos podrán establecerse cláusulas por las que los trabajadores incluidos en su ámbito de aplicación, atiendan económicamente a la gestión de los sindicatos representados en la comisión negociadora, fijando un canon económico y regulando las modalidades de su abono. En todo caso, se respetará la voluntad individual del trabajador, que deberá expresarse por escrito en la forma y plazos que se determinen en la negociación colectiva"; precepto que es aplicable también en la Función Pública²¹¹.

150. La negociación colectiva funcionarial, al igual que la

sindicato..", cit., pág. 91, niega la validez de este tipo de cláusulas en el orden laboral.

²¹¹. DEL REY GUANTER, S., Comentarios..., cit., pág. 277.

El ámbito objetivo

laboral, deberá respetar los criterios formulados por el Tribunal Constitucional en su sentencia 98/1.985, de 29 de julio²¹². Tales criterios son los siguientes:

1º) En primer lugar, que la cuantía total a percibir por los sindicatos representados en la mesa negociadora no podrá exceder de los gastos que por todos los conceptos ocasione la negociación del respectivo Pacto o Acuerdo y que la negociación colectiva no podrá fijar la cuantía concreta del canon por negociación, sino el compromiso de la Administración de descontar su importe de los funcionarios públicos.

2º) En segundo lugar, y por lo que se refiere a los sindicatos que han de ser beneficiarios del canon de negociación, la ley se refiere a los "sindicatos representados en la comisión negociadora", expresión que permite comprender aquellos que, integrados inicialmente en la mesa negociadora, se hayan retirado posteriormente de la misma y, por supuesto, a los que, permaneciendo, hayan votado en contra de la adopción del acuerdo final. Por lo demás, la distribución del canon entre los sindicatos deberá hacerse en proporción a su efectiva presencia en el seno de

²¹². Sobre los límites de la autonomía colectiva en esta materia ver PALOMEQUE LOPEZ, C., "Una primera aplicación judicial del canon por negociación colectiva", A.L., núm. 51, 1.985, págs. 2.529; SALA FRANCO, T. y ALBIOL MONTESINOS, I., op. cit., págs. 87 y ss.

El ámbito objetivo

la mesa negociadora lo que nos remite al complejo problema de la distribución de puestos en la mesa negociadora.

3º) En cuanto a los concretos funcionarios, la ley se refiere a los "incluidos en su ámbito de aplicación (del Pacto o Acuerdo)", expresión que comprende tanto a los que lo estén en el momento de entrada en vigor del Pacto o Acuerdo, como a los que accedan a esta condición durante su periodo de vigencia.

C) Las cláusulas de ventajas reservadas.

151. El establecimiento en Pactos y Acuerdos de ventajas reservadas a los funcionarios afiliados a los sindicatos negociadores viene vedado por el art. 14 de la Constitución, cuya traducción en la legislación funcionarial se encuentra en el art. 12 de la L.O.L.I.S. Según este último precepto "serán nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos {...} que contengan o supongan cualquier tipo de discriminación en el empleo o en las condiciones de trabajo, sean favorables o adversas, por razón de la adhesión o no a un sindicato, a sus acuerdos o al ejercicio en general de actividades sindicales". Por consiguiente, dado que los Pactos y Acuerdos tienen eficacia jurídica normativa y una eficacia personal general, no pueden establecer cláusulas de ventajas reservadas, pues, de

hacerlo, incurrirían en una discriminación por razón de afiliación sindical. El supuesto sería el contemplado en el art. 12 de la L.O.L.I.S., y habría que pronunciarse por la nulidad de la cláusula convencional correspondiente.

5. Materias de Seguridad Social.

152. La negociación colectiva no se centra exclusivamente en el ámbito estrictamente funcional, sino que comprende también el tema de la Seguridad Social. En este sentido, el art. 32 indica que también forman parte del contenido negociado las siguientes materias: 1ª) "La determinación de las prestaciones y pensiones de las clases pasivas y, en general, todas aquellas materias que afecten, de alguno modo, a la mejora de las condiciones de vida de los funcionarios jubilados" (art. 32.f)); 2ª) "Todas aquellas materias que afecten, de algún modo, {...} (a la) Seguridad Social, {...} y cuya regulación exija norma con rango de ley" (art. 32.j)); y 3ª) "Las materias de índole {...} asistencial.." (art. 32.k).

153. A este respecto es conveniente efectuar unas breves consideraciones sobre el rol de la negociación colectiva laboral en esta materia. Existe una acusada ordenación heteronómica de la Seguridad Social²¹³. La legislación actual establece con absoluta explicitud el protagonismo estatal en la ordenación de la Seguridad

²¹³. Vid. ALMANSA PASTOR, J.M., Derecho de la Seguridad Social, Madrid, 1.987, pág. 102; ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J.L., Instituciones de Seguridad Social, 1.988, págs. 335 y ss.

El ámbito objetivo ---

Social, prohibiendo que pueda ser objeto de contratación colectiva, sin más excepción que la del establecimiento de las mejoras voluntarias. Así, el art. 3.1 del Decreto 2065/1.974, de 30 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de Sanidad (en adelante, L.G.S.S.) dispone que "corresponde al Estado la ordenación, jurisdicción e inspección de la Seguridad Social". Ello unido a que "la acción protectora establece y limita el ámbito de extensión posible del Régimen General y de los Especiales de la Seguridad Social" (art. 20.3 L.G.S.S.) y a que "sin otra excepción que el establecimiento de mejoras voluntarias{..}, la Seguridad Social no podrá ser objeto de contratación". Todas estas previsiones legales pueden ser interpretadas como una afirmación por la normativa estatal del rol marginal que la negociación colectiva ha de tener en este ámbito. Tal es así que el art. 12 de la L.I.S.O.S. excluye a los convenios colectivos de la órbita sancionadora administrativa en materia de Seguridad Social²¹⁴.

En este contexto normativo, el art. 85 E.T., donde se establece que los convenios colectivos podrán regular materias de índole asistencial, ha de interpretarse en el sentido de que la negociación colectiva debe limitarse al establecimiento de complementos o adiciones a las prestaciones otorgadas en la

²¹⁴. Vid. DEL REY GUANTER, S., "Infracciones laborales y cumplimiento de los convenios colectivos", R.L., núm. 12, 1.988, pág. 10.

contingencias cubiertas por el sistema²¹⁵. Como los costos de la Seguridad Social complementaria se financian a costa del sacrificio de quienes quieren gozar de ella, y no del generalizado del público, el legislador permite que las mejoras voluntarias (directas) puedan ser negociadas colectivamente. Así, la negociación colectiva en materia de Seguridad Social queda reducida a las mejoras voluntarias, excepto en el supuesto en el que la normativa estatal llame expresamente al convenio colectivo para que regule una determinada materia.

154. El art. 21 está ubicado en el Título I de la L.G.S.S., con lo que afecta tanto al régimen general como a los especiales, como el apartado segundo del propio art. 21 señala²¹⁶. Sin embargo, de acuerdo con el art. 32 de la L.O.R.A.P. será objeto de negociación la determinación de las prestaciones y pensiones de las clases pasivas y, en general, todas aquellas materias que afecten, de algún modo, a la mejora de las condiciones de vida de los funcionarios. Este precepto sienta, de este modo, una quiebra al principio general establecido en el art. 21.3 de la L.G.S.S.

155. Cabe ahora plantear, a la vista de los presupuestos y precedentes señalados, la más amplia cuestión de la legitimidad

²¹⁵. Vid. ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J.L., op. cit., pág. 33.

²¹⁶. Así, lo subraya, ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J.L., op. cit., pág. 456.

El ámbito objetivo ---

constitucional de una política estatal que limite la negociación de la protección de la Seguridad Social básica obligatoria al sector funcional. La cuestión sería la siguiente: ¿es posible constitucionalmente limitar la negociación de las prestaciones de la Seguridad Social obligatoria al sector funcional?. Un posible motivo de duda acerca de la constitucionalidad de tal medida deriva de una posible infracción del principio de igualdad recogido en el art. 14 de la Constitución. Podría estimarse, en este sentido, que la L.O.R.A.P., al permitir la negociación de la Seguridad Social obligatoria sólo a determinados sujetos protegidos del sector público -funcionarios públicos-, mientras que no se permite a los del sector privado puede conculcar el principio constitucional de igualdad.

Sin embargo, puede al contrario argumentarse que la limitación de la negociación colectiva solamente a una de las partes de los sujetos protegidos no atenta al principio de igualdad. La Seguridad Social es una función pública²¹⁷. La asunción de la Seguridad Social por el Estado como función exclusivamente estatal, desemboca en una acusada ordenación heteronómica de esta materia. De este modo, al tener el Estado la competencia exclusiva para regular la Seguridad Social obligatoria, derivada de la circunstancia de que

²¹⁷. A los poderes públicos "corresponde "mantener un régimen público de seguridad social" (art. 41 C.E.), "organizar y tutelar la salud pública" a través de medidas preventivas, prestaciones y servicios (art. 43 C.E.) y garantizar "mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas...{y} .. un sistema de servicios sociales" la protección de la vejez (art. 50 C.E.).

El ámbito objetivo ---

la misma se financia a cargo de los recursos públicos, las partes del convenio colectivo no pueden incidir sobre dicha materia. Las prestaciones y pensiones de los funcionarios públicos también se financian con recursos públicos. Sin embargo, la presencia del Gobierno, como parte contratante en la mesa de negociación, hace posible el que se debatan y se negocien las prestaciones y pensiones de las clases pasivas²¹⁸. Las consecuencias de la condición pública de la Administración en este ámbito material son diametralmente opuestas a lo que sucede en relación con el resto de materias, pues determina que el espacio de la actividad negocial sea mayor que en el sector laboral. Además, esta diferencia entre la negociación funcionarial y laboral se ve contrarrestada porque en el ámbito de la Seguridad Social complementaria la situación de los trabajadores es mejor, pues no existen, como sucede en la Función Pública, los límites fijados por las Leyes de Presupuestos. Estas argumentaciones, por lo demás, serían insuficientes si los niveles de protección negociados se hubieran fijado a un nivel notablemente superior al que se espera para el sector privado.

²¹⁸. Repárese que en los grandes instrumentos de la concertación social en los que ha estado presente la representación estatal, tales como el A.N.E. y el A.E.S, se han debatido y negociado grandes temas de Seguridad Social, especialmente relacionados con desempleo, fórmulas de jubilación, pensiones, cotización, financiación, incapacidad laboral transitoria., etc.

III. CONTENIDO OBLIGACIONAL DE LOS PACTOS Y ACUERDOS.

157. Por contenido obligatorio de los instrumentos negociales suele entenderse aquellas cláusulas que con el fin de garantizar la observancia global y duración de los mismos en el periodo de vigencia acordado crean derechos y obligaciones para las partes negociadoras. La faceta obligacional viene a ser la expresión más genuina del principio de autonomía colectiva, puesto que es la que muestra la capacidad de las partes negociadoras para trazar el marco de sus relaciones, para darse reglas de conducta dentro del mismo y, a la postre, para la autorregulación del sistema de relaciones laborales. Mediante el contenido obligatorio se articulan las relaciones entre las partes negociadoras, se dan reglas para administrar y aplicar el convenio, regular la estructura de la negociación colectiva, y, en definitiva, avanzar en su función ordenadora del sistema de relaciones laborales.

158. Dos cuestiones surgen a este respecto, a saber, y en primer lugar, si las relaciones colectivas entre la Administración Pública y las organizaciones sindicales están o no incluidas en el contenido de la negociación colectiva funcional; y en segundo lugar, caso de que ello sea así, si la distinción anterior entre contenido obligatorio y contenido normativo tiene alguna aplicación en los Acuerdos y Pactos de la Función Pública.

El ámbito objetivo

159. Con respecto a la primera cuestión, puede ser conveniente analizar el tema en la negociación colectiva laboral. Las relaciones ente las partes negociadoras se encuentran incluidas en la negociación colectiva laboral. Esta afirmación descansa fundamentalmente en los arts. 82.2 y 85.1 del E.T. El primero de ellos, y desde luego con un reduccionismo criticable en el entendimiento de las cláusulas obligacionales, que parecen circunscribirse a tan sólo la más clásica y tradicional, se dispone que los convenios colectivos "regulan las condiciones de trabajo y de productividad" (típico contenido normativo), y que igualmente "podrán regular a través de las obligaciones que se pacten" (contenido obligacional por excelencia)²¹⁹. Por su parte, el art. 85.1 del E.T. encomienda a los convenios colectivos la regulación de "materias de índole económica, laboral, sindical y asistencial, y, en general, cuantas otras afecten a las condiciones de empleo y al ámbito de relaciones de los trabajadores y sus organizaciones representativas con el empresario y las asociaciones empresariales". Este precepto distingue las materias que afecten a "las condiciones de empleo" (cláusulas normativas), de aquellas otras que afectan al "ámbito de relaciones" de los trabajadores y sus organizaciones con el empresario y las suyas (contenido

²¹⁹. Vid, por todos, GARCIA PERROTE, I., "Cáusulas obligacionales y normativas en los convenios colectivos", D.L., núm. 25, 1.988, pág. 33.

El ámbito objetivo

obligacional)²²⁰.

160. Pues bien, las relaciones entre las Administraciones Públicas y las organizaciones sindicales también están incluidas en la negociación colectiva funcional. Así, se desprende del art. 32.k) de la L.O.R.A.P., el cual al delimitar las materias objeto de negociación se refiere a las de "índole económica, de prestación de servicios, sindical, asistencial y, en general, cuantas otras afecten a las condiciones de trabajo y el ámbito de relaciones de los funcionarios públicos y sus Organizaciones sindicales". Y, en este sentido, hay que tener en cuenta el precedente que, en este sentido, tenemos en la legislación laboral, dado que cuando el E.T. utiliza la expresión "ámbito de relaciones de los trabajadores y sus organizaciones representativas con el empresario", la doctrina la ha generalmente interpretado como incluyendo la ordenación de las relaciones entre las partes negociadoras²²¹. También en el art. 35 de la L.O.R.A.P. se recoge alguna referencia al contenido obligatorio de los Pactos y Acuerdos, al señalar que las partes podrán establecer Comisiones de Seguimiento, entre cuyas funciones,

²²⁰. DEL REY GUANTER, S., *Negociación colectiva y paz laboral*, I.E.S., Madrid, 1.984, pág. 64; GARCIA MURCIA, J., "Contenido normativo y obligatorio en los convenios colectivos", A.L., núm. 23, 1.988, pág. 1.292; GARCIA PERROTE, I., op. ult. cit., pág. 33.

²²¹. DEL REY GUANTER, S., *Comentarios.*, cit., pág. 15; GONZALEZ ORTEGA, S., "Los medios de solución de los conflictos colectivos en la Función Pública", en A.A.V.V., *Seminario sobre relaciones colectivas en la Función Pública*, Sevilla, 1.989, pág. 442.

El ámbito objetivo

que no se explicitan por la L.O.R.A.P., pueden encontrarse si las partes así lo estiman conveniente las de gestionar la administración de los Pactos y Acuerdos²²².

161. En base a todo lo anterior se puede sostener una respuesta afirmativa a la pregunta antes formulada²²³. De esta forma, las partes pueden incluir en los Pactos y Acuerdos, entre otras, las siguientes cláusulas: 1ª) Cláusulas de organización de la actividad negocial; 2ª) cláusulas de administración de los Pactos y Acuerdos; y 3ª) cláusulas de tregua.

162. Se trata con todo, de una conclusión provisional cuya elevación a definitiva exige responder la cuestión referente a la compatibilidad del establecimiento de un contenido obligacional en los Acuerdos con la naturaleza asignada a los mismos. En este sentido, se afirma que la improcedencia de establecer un contenido obligacional deriva de la configuración de los mismos como un trámite especial en el procedimiento de elaboración de una disposición de carácter general²²⁴. La inexistencia de un acuerdo

²²². Vid. GONZALEZ ORTEGA, S., "Los medios..", cit., pág. 443.

²²³. En este sentido, se expresan los autores citados en las dos notas anteriores y MARTINEZ ABASCAL, V.A., op. cit., pág. 322; OJEDA AVILES, A., Derecho.., cit., pág. 662.

²²⁴. Vid. las reflexiones que sobre este particular realiza MARTINEZ ABASCAL, V.A., op. cit., págs. 322-323.

El ámbito objetivo

colectivo con virtualidad propia en el que pudiera diferenciarse un contenido obligacional de otro normativo, es la consecuencia necesaria de dicha configuración. Por consiguiente, con relación a los acuerdos colectivos no es conceptualmente posible, desde el punto de vista jurídico-formal, el establecimiento de un contenido obligacional propio del Acuerdo. Ello no obstante, desde esta misma posición se admite que siempre que se respetan los límites establecidos por el ordenamiento, es posible la incorporación de cláusulas obligacionales en el Acuerdo alcanzado en sede negocial. Pero teniendo bien presente que la real eficacia jurídica de tales cláusulas, al igual que el resto del acuerdo alcanzado, dependerá de la aprobación del acuerdo por el órgano administrativo correspondiente.

163. En este planteamiento probablemente ha pesado en exceso la influencia de la corriente doctrinal que entiende que la distinción entre parte normativa y parte obligacional del convenio colectivo no es fruto de un puro ejercicio académico, sino que responde a la diferente naturaleza de cada uno de esas partes²²⁵. Así, mientras la parte normativa del convenio reclama para si el

²²⁵. En este sentido, MONTOYA MELGAR, A., "El contenido de los convenios colectivos", en A.A.V.V., El contenido de los convenios colectivos: contenido normativo y contenido obligacional, II Jornadas de Estudio sobre la negociación colectiva, Madrid, 1.990, pág. 86.

El ámbito objetivo

tratamiento propio de toda norma; la parte obligacional, en cambio, tiene una naturaleza contractual. Desde esta perspectiva son lógicas las reservas ante el establecimiento del contenido obligacional en los Acuerdos. Ciertamente, si se entiende que las cláusulas obligaciones tienen naturaleza contractual, hay que descartar su inclusión en los Acuerdos, ya que éstos, una vez aprobados, se suicidan para devenir en normas reglamentarias.

Sin embargo, la distinción por los efectos -de ley una serie de cláusulas, de contrato las otras- ha ido perdiendo fuerza en medida directamente proporcional a la decadencia de la clásica distinción entre ley y contrato; ya que si por un lado la parte normativa posee efectivamente fuerza de ley frente a los terceros sometidos a su vigencia, de igual forma podemos decir que la parte obligacional ostenta la misma fuerza frente a las organizaciones firmantes. Y sobre todo en el ordenamiento jurídico español, ya que la fuerza vinculante de los convenios colectivos de que habla el art. 37.1 de la Constitución cuenta también para la parte obligacional de los mismos²²⁶. La distinción entre parte normativa y parte obligacional del convenio colectivo no obedece a que estén

²²⁶. Así, MARTIN VALVERDE, A., "Régimen jurídico de las cláusulas de los convenios colectivos según su carácter normativo u obligacional", en A.A.V.V., El contenido de los convenios colectivos: contenido normativo y contenido obligacional, II Jornadas de Estudio sobre la negociación colectiva, Madrid, 1.990, pág. 47.

El ámbito objetivo

dotadas de distinta eficacia normativa, sino a su distinta función por razón de los sujetos obligados. Lo que define y diferencia cada una de estas partes no es la naturaleza jurídica, sino la finalidad u objetivo al que está tendencialmente dirigida. Si esto es así, por qué no admitir la incorporación material de cláusulas obligacionales en los Acuerdos. Ahora bien, habrá que tener bien presente que tales cláusulas, al igual que el resto del acuerdo alcanzado, se encuadra formalmente en una disposición reglamentaria.

164. No obstante, y por otro lado, podría pensarse en la posibilidad de realizar una interpretación distinta a la anterior, en el sentido de considerar que la ordenación de las relaciones entre las Administraciones Públicas y las organizaciones sindicales, o de algunos de sus aspectos, más que ser objeto de integración en normas estatales, debería permanecer en su situación original de cláusulas meramente contractuales, de forma que sólo aquellas cláusulas que regularan las relaciones individuales y colectivas de trabajo de los funcionarios, debieran ser objeto de integración en el Acuerdo para su posterior aprobación como norma reglamentaria²²⁷. De esta forma, mientras la negociación colectiva de las condiciones individuales y colectivas de trabajo de los

²²⁷. Vid. DEL REY GUANTER, S., Estado..., cit., pág. 194.

El ámbito objetivo

funcionarios seguiría el procedimiento establecido en el L.O.R.A.P.; la negociación colectiva sobre los distintos aspectos de las relaciones entre la Administración Pública y las organizaciones sindicales podría desarrollarse a través de Acuerdos no tipificados, que desarrollarían una eficacia obligacional sin perspectivas ulteriores de ser incluidos en normas reglamentarias.

Sin embargo, la posibilidad de sustraer a las relaciones colectivas del procedimiento marcado por la L.M.R.F.P. en relación a la negociación colectiva plantea diversos problemas²²⁸. En principio, parece más adecuado a la seguridad jurídica el garantizar el cumplimiento de la ordenación de las relaciones entre las partes a través de las garantías anejas al cumplimiento de una norma, en vez de aquéllas propias del cumplimiento de los contratos, aunque sean con el Estado. En segundo lugar, no existen ventajas desde el punto de vista procedimental, ya que tales acuerdos, aunque no debieran integrarse en normas reglamentarias, habrían de contar con las instrucciones y posterior aprobación del Gobierno, en cuanto éste es el máximo responsable en materia de personal. En tercer y último lugar, la ordenación de las relaciones entre las partes negociadoras a nivel central a través de meros

²²⁸. Vid. los argumentos que DEL REY GUANTER, S., Estado., cit., págs. 194 y ss, formula en contra de esta solución, que, si bien se refieren al modelo de negociación diseñado en la L.M.R.F.P., siguen siendo válidas en la actualidad.

El ámbito objetivo

acuerdos podría plantear ingentes problemas a la hora de determinar su aplicabilidad en los niveles descentralizados, con partes contratantes distintas.

165. En cuanto atañe a los Pactos, dado que son verdaderos contratos normativos, sus cláusulas obligacionales, al igual que el resto, vinculan a los órganos administrativos y a las organizaciones sindicales, sin necesidad de aprobación alguna.

166. En definitiva, todo el contenido de los Acuerdos y Pactos, sea cual sea el tipo de relaciones que regule, va a desplegar un mismo tipo de eficacia. Por tanto, se observa que, sin aún decidir si la división entre contenido obligacional y contenido normativo es aplicable a este ámbito, lo cierto es que, al igual que sucede en el sector laboral, uno de los puntos que tradicionalmente ha servido de referencia para situar esa distinción, falta también en la Función Pública.

167. La separación entre cláusulas normativas y obligacionales dentro del convenio colectivo cumple, fundamentalmente, una doble función. Con estas categorías la doctrina laboral ha intentado, por un lado, explicar y clasificar la variedad de cláusulas y pactos que normalmente se incluyen en el convenio colectivo. Pero la distinción también obedece, por otro

El ámbito objetivo

lado, a que el ordenamiento jurídico acoge esa distinción de manera expresa, estableciendo diferencias en el régimen jurídico de unas cláusulas y otras.

En efecto, aún cuando ambas partes tienen eficacia jurídica normativa, el ordenamiento jurídico prevé algunas diferencias de régimen jurídico entre unas y otras. En principio, el E.T. sanciona legislativamente esta distinción doctrinal a propósito del régimen jurídico previsto para la sucesión temporal de los convenios colectivos. De acuerdo con lo previsto en el art. 86.3 del E.T., denunciado un convenio colectivo, y mientras no se alcance uno nuevo que lo sustituya, mantiene su vigencia exclusivamente el contenido normativo, perdiéndola las cláusulas obligacionales.

Con posterioridad, legislador y ejecutivo aprovechan esta diferenciación a otros efectos. Así, el art. 9.1 del Decreto 572/1.982, de 5 de marzo sobre extensión de los convenios colectivos establece que el acto o "resolución" de extensión puede declarar "inaplicables" en el ámbito funcional y territorial algunos extremos" del convenio extendido, "con especial consideración de las cláusulas obligacionales". La idea que subyace es, que, aunque las cláusulas obligacionales traducen compromisos que, en principio, sólo son exigibles si han sido asumidos voluntariamente, el acto de extensión puede considerar si es

El ámbito objetivo

posible su aplicación al sector extendido²²⁹.

Finalmente, el art. 5 de la L.I.S.O.S. al decir que "son infracciones laborales las acciones u omisiones de los empresarios contrarias a {...} las cláusulas normativas de los convenios en materia laboral, de seguridad e higiene y salud laborales, tipificadas y sancionadas de conformidad a la presente Ley ", incluye los incumplimientos de las cláusulas normativas de los convenios colectivos en la competencia sancionadora de la Administración y expulsa de esta competencia a las cláusulas obligacionales²³⁰. De este modo, su cumplimiento no está reforzado por un mecanismo tan contundente como el de las sanciones administrativas laborales.

168. Pues bien a la luz de cuanto queda dicho, la cuestión que surge consiste en determinar si la anterior distinción entre contenido obligatorio y normativo tiene alguna operatividad en la

²²⁹. Así, LINARES LORENTE, J., "El régimen de extensión y prórroga de los convenios colectivos en atención a su contenido normativo y obligatorio", en A.A.V.V., El contenido de los convenios colectivos: contenido normativo y contenido obligatorio, II Jornadas de Estudios sobre la negociación colectiva, Madrid, 1.990, pág. 34. En sentido contrario, MARTIN VALVERDE, A., "Régimen..", cit., pág. 47.

²³⁰. Vid., por todos, DEL REY GUANTER, S., "Infracciones y cumplimiento de los convenios colectivos", R.L., núm. 12, 1.988, pág. 10; MARTIN VALVERDE, A., op. ult. cit., pág. 48.

El ámbito objetivo

negociación colectiva funcional.

Ya hemos visto que todo el contenido de los Pactos y Acuerdos, sea cual sea el tipo de relaciones que regule, va a ejercer un mismo tipo de eficacia jurídica. Por otra parte, hay que indicar que, en principio, la L.O.R.A.P. no hace alusión alguna a la distinción entre contenido obligacional y normativa, por lo que, aparentemente, tampoco establece diferencias de régimen jurídico entre ambas partes. No obstante ello, cabría plantear la posibilidad de extrapolar las diferencias de régimen jurídico existentes entre las partes normativas y obligacional de los convenios colectivos al ámbito funcional.

Por lo pronto, hay que indicar que en el ámbito de la Función Pública no existe un control externo asimilado al que realiza la autoridad administrativa laboral en la fiscalización de las empresas y sometimiento a la legislación laboral vigente: la inspección de trabajo limita su intervención al ámbito de la legislación laboral, no pudiendo comprobar el cumplimiento de la normativa de funcionarios a pesar de que si pueda controlar a la propia Administración en lo que afecta a su personal laboral.

Por otra parte, la L.O.R.A.P. no concede a la Administración una facultad de extensión de los Pactos y Acuerdos similar a la

El ámbito objetivo

prevista en el art. 92.2 del E.T. No obstante ello, la decisión administrativa a que se refiere el art. 37.2 de la L.O.R.A.P. mantiene cierta similitud o semejanza con el acto de extensión de los convenios colectivos. Se trata en ambos casos de mecanismos previstos por la ley para suplir los vacíos normativos. Ello permite trasladar la problemática que se plantea en torno a la extensión de las cláusulas obligacionales en relación con la decisión administrativa. Por consiguiente, y teniendo en cuenta la referida similitud, cabría plantear la posibilidad de que la decisión administrativa pudiera mantener los compromisos asumidos por las partes antes de producirse la ruptura de las negociaciones. Se ha visto, sin embargo, que la decisión administrativa, a diferencia del acto de extensión, ha de ceñirse exclusivamente a la parte normativa de los Pactos y Acuerdos. Y ello es así porque el paralelismo entre ambos mecanismos no es perfecto, debido a la diferente relación que mantiene la Administración que dicta el acto de extensión y la decisión administrativa con el conflicto colectivo en cuestión. Mientrás en el primer caso es un tercero ajeno al conflicto, lo cual representa una garantía de su imparcialidad; en el segundo, en cambio, es una de las partes en conflicto.

La única similitud entre los sistemas de negociación colectiva laboral y funcionarial en este punto se da en cuanto a la sucesión

El ámbito objetivo

temporal de los Pactos y Acuerdos. En efecto, y como se analiza con detalle a continuación, la prórroga provisional de éstos no puede alcanzar a las cláusulas obligacionales y, muy especialmente, al deber de paz.

La conclusión a que se llega a partir de lo expuesto es obvia: la distinción entre contenido normativo y contenido obligacional no tiene operatividad práctica, ya que no existen diferencias de régimen jurídico entre uno y otro. No obstante, creemos que esta dicotomía sigue teniendo utilidad analítica porque responde a la naturaleza dual de los instrumentos negociales en cuanto en los mismos confluyen la norma y el contrato²³¹.

IV. EL CONTENIDO MINIMO DE LOS PACTOS Y ACUERDOS.

169. Por último, el art. 35 de la L.O.R.A.P. exige a las partes negociadoras la inclusión de una serie de cláusulas que vienen a ser el equivalente de lo que impropriamente el art. 85.2 del E.T. ha denominado "contenido mínimo" del convenio colectivo. Se trata de lo que se conoce tradicionalmente como "cláusulas delimitadoras o normas de configuración" de las normas. Los Pactos y Acuerdos deberán expresar necesariamente lo siguiente: 1º) Las

²³¹. En el mismo sentido, MARTINEZ ABASCAL, V.A., op. cit., pág. 321.

El ámbito objetivo

partes intervinientes; 2º) el plazo de vigencia temporal; y 3º) el ámbito de aplicación personal, funcional y territorial.

TITULO VII

LA NATURALEZA Y VICISITUDES DE LOS PACTOS Y ACUERDOS

Indice

CAPITULO I: LA NATURALEZA DE LOS PACTOS Y ACUERDOS.

I. LA EFICACIA JURIDICA

1. La eficacia jurídica normativa.
2. El deber de paz.

II. LA EFICACIA PERSONAL.

CAPITULO II: LA VIGENCIA DE LOS PACTOS Y ACUERDOS.

I. LA DURACION DE LOS PACTOS Y ACUERDOS.

1. La entrada en vigor de los pactos y acuerdos.
 - 1.1. Las modalidades de aplicación de la libertad de las partes.
 - 1.2. La eficacia retroactiva.
2. Terminación de la vigencia de los Pactos y Acuerdos.
 - 2.1. Duración determinada.
 - 2.2. Duración indefinida.
 - 2.3. Duración diferenciada para distintas materias.

II. LA EFICACIA PRORROGADA DE LOS PACTOS Y ACUERDOS.

CAPITULO III: LA IMPUGNACION DE LOS PACTOS Y ACUERDOS.

I. LAS CAUSAS POSIBLES DE IMPUGNACION.

II. LOS MECANISMOS IMPUGNATORIOS.

1. Los recursos contencioso-administrativos.
 - 1.1. La jurisdicción competente.
 - 1.2. El Procedimiento.
 - 1.2.1. La legitimación.
 - A) La legitimación activa.
 - a) La legitimación de los particulares.
 - b) La legitimación de las Entidades Públicas.
 - B) La legitimación pasiva.
 - 1.2.2. El recurso de reposición.
 - 1.2.3. El plazo de Interposición del recurso.
2. Recursos contra los Acuerdos y Pactos y jurisdicción constitucional.

III. LOS EFECTOS DE LA IMPUGNACION JUDICIAL DE LOS ACUERDOS Y PACTOS.

CAPITULO IV: LA INTERPRETACION Y APLICACION DE LOS PACTOS Y ACUERDOS.

I. LAS COMISIONES DE SEGUIMIENTO.

II. EL PACTO DE CONSTITUCION DE LAS COMISIONES DE SEGUIMIENTO Y EL CONTENIDO DEL PACTO Y ACUERDO.

II. EL REGIMEN JURIDICO DE LAS COMISIONES DE SEGUIMIENTO.

1. Estructura.
2. Procedimiento de actuación.
3. Funciones.

Indice

- 3.1. Interpretación general de los Pactos y Acuerdos.
- 3.2. Resolución de conflictos jurídicos.
- 3.3. Actuaciones en conflictos individuales.
- 3.4. Otras funciones.

CAPITULO I

LA NATURALEZA DE LOS PACTOS Y ACUERDOS

1. La negociación colectiva en el ámbito de la Función Pública desemboca en dos tipos diversos de instrumentos negociales, los Acuerdos y los Pactos, con una distinta elaboración que hace presumir una distinta naturaleza jurídica

2. Los Acuerdos precisan "para su validez y eficacia" la aprobación expresa y formal de los órganos competentes en el ámbito respectivo (art. 35). Por consiguiente, su naturaleza dependerá de cuál sea la posición que se adopte en torno a la naturaleza del acto de aprobación. Ya se ha tenido la oportunidad de analizar esta cuestión (ver supra, Tít. V). En aquella ocasión se señalaron las tesis doctrinales mantenidas en torno a la naturaleza de este acto y que, sintéticamente, pueden ser descritas así.

1ª. Para un sector doctrinal no es posible definir el acto de aprobación como un acto normativo, sino como un acto administrativo de autorización, similar a aquel mediante el cual el Consejo de Ministros autoriza la celebración de los contratos administrativos

La naturaleza

más significativos : "el acuerdo se "homologa" mediante la aprobación del órgano supremo administrativo, la cual resta sin embargo como un trámite interno, un mecanismo de seguridad por el cual se comprueba que los representantes en la mesa negociadora han operado conforme a los deseos del órgano competente en esas materias. Desde esta posición doctrinal se concluye que los Acuerdos revisten la naturaleza jurídica de los contratos administrativos especiales porque tienen una directa vinculación con el desenvolvimiento regular de los servicios públicos de gestión directa y revisten características intrínsecas que hacen precisa una especial tutela del interés público para el desarrollo del contrato¹.

2ª. Un segundo sector doctrinal ve en el acto de aprobación un acto administrativo similar al acto de aprobación de los convenios colectivos del sistema de negociación colectiva laboral precedente, mediante el cual el órgano gubernamental efectúa un control de legalidad y de oportunidad sobre el Acuerdo concluido en sede negociadora, el cual, tras superar dicho control, despliega una eficacia jurídica normativa directa. Desde esta perspectiva, se considera que estamos ante un convenio colectivo muy similar a

¹. Así, OJEDA AVILES, A., "Validez y eficacia de la negociación colectiva funcionarial", en A.A.V.V., Seminarios sobre relaciones colectivas en la Función Pública, Sevilla, 1.990, pág. 291. Sin embargo, con posterioridad, matiza esta opinión. Así, aunque afirma que "la naturaleza de los acuerdos y pactos se acerca más bien a los contratos (públicos) que a los reglamentos", después dice, textualmente, que los Pactos y Acuerdos "tienen naturaleza contractual -aunque estén fuera de la L.C.E. o normas análogas"; contratos a los que reconoce "carácter normativo". Vid. OJEDA AVILES, A., Derecho Sindical, Madrid, 1.990, págs. 665-666.

La naturaleza

aquel regulado por el E.T., aunque con la diferencia esencial de que el control ejercido por la autoridad laboral en este último caso es solamente de legalidad -art. 90.5-, y ello en un sentido muy limitado de remisión a la jurisdicción².

3ª. Un tercer sector doctrinal viene dado por aquellos que entienden que la naturaleza del acto de aprobación es reglamentaria, en tanto que es éste el que, al asumir el contenido del Acuerdo, le confiere la fuerza normativa. Para este sector, los Acuerdos no son convenios colectivos similares a los que se celebran en el ámbito privado, sino que constituyen un "contrato colectivo reglamento" o un "reglamento reforzado"³.

3. Pues bien, a nuestro parecer, los Acuerdos no son ni contratos administrativos especiales ni convenios colectivos

². CARRERA ORTIZ, C., "Naturaleza y eficacia jurídica de la negociación colectiva en la función pública en España", R.E.D.T., núm. 38, 1.989, pág. 270 y ss, DEL REY GUANTER, S., Comentarios a la Ley de Organos de Representación, Determinación de las Condiciones de Trabajo y Participación del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, Madrid, 1.988, págs. 234 y ss; si bien este autor, a continuación, matiza su posición, al decir que, a pesar de los argumentos que se señalan no podría afirmarse que el art. 35 está totalmente descartando la posibilidad de que los Acuerdos y Pactos carezcan de eficacia normativa, y que se requiera su integración en norma reglamentaria".

³. En esta posición se sitúan, entre otros, BLASCO ESTEVE, A., "La negociación colectiva de los funcionarios públicos en la Administración Local", en A.A.V.V., Tratado de Derecho Municipal, Madrid, 1.988, pág. 2.171-2.172; CASAS BAAMONDE, Mª. E., "Los derechos sindicales de los funcionarios públicos en las Administraciones Públicas Vascas", en A.A.V.V., Administración Pública y Sindicalismo, Zarautz, 1.988, pág. 96; LOPEZ GANDIA, J., "La negociación colectiva de los funcionarios públicos", Revista de Trevall, núm. 8, 1.988, pág. 24; MARTINEZ ABASCAL, V.A., "Contenido de la negociación colectiva: materias de consulta obligatoria y de consulta potestativa", en A.A.V.V., Seminario sobre relaciones colectivas en la Función Pública, Sevilla, 1.989, pág. 316; SALA FRANCO, T., "Administraciones públicas y derechos sindicales: el marco jurídico", en A.A.V.V., Administración y Sindicalismo, Zarautz, 1.988, pág. 68.

La naturaleza

semejantes a los regulados en el E.T. porque, como ya hemos visto, tras el acuerdo de voluntades una de las partes (la Administración) se reserva la posibilidad de recharlo y, en caso contrario, se necesita un nuevo acto unilateral de la misma (la aprobación) para conferirle validez y eficacia⁴. No son tampoco simples Reglamentos porque su contenido ha sido elaborado a través de un procedimiento especial, fruto del acuerdo de voluntades entre los representantes de la Administración y de los funcionarios; y también porque el contenido del Acuerdo no podrá ser modificado más que por un nuevo Acuerdo elaborado con los requisitos que marca la L.O.R.A.P. De ahí que sea más acertada la denominación de "contrato colectivo-reglamento" que la de "reglamento reforzado", porque los reglamentos suponen tradicionalmente la expresión y manifestación de una voluntad puramente unilateral (la de la Administración) y los Acuerdos se apartan demasiado de esta configuración para poder conceptuarlos como y llamarlos simplemente reglamentos⁵.

4. A diferencia de los Acuerdos, los Pactos "vincularán directamente a las partes" sin necesidad de aprobación expresa y

⁴. En esta línea, pare cesituarse la S.T.S. de 17 de junio de 1.991. A este respecto, debe subrayarse que la S.T.C.O. 17/1.986, de 4 de febrero ha reconocido naturaleza reglamentaria al acto de extensión de los convenios colectivos previsto en el art. 92.2 E.T.; institución con la que el acto de aprobación, como hemos visto, guarda una gran similitud. En este sentido, afirma que el acto de extensión del convenio no es ya un convenio colectivo "sino que tiene la naturaleza propia de una norma estatal que asume y hace suyo el contenido de un convenio {...} es un Reglamento Administrativo cuyo contenido queda integrado per relacionen a través de las disposiciones establecidas en el convenio". En el mismo sentido, la S.T.S.J. de la Rioja de 2 de mayo de 1.991.

⁵. Así, BLASCO ESTEVE, A., op. cit., pág. 2.172.

La naturaleza

formal (art. 35 L.O.R.A.P.). Como suele suceder, el único consenso apreciable en la doctrina sobre la naturaleza de estos Pactos consiste en lo que no son. Y lo que no son es un contrato colectivo-reglamento o un reglamento reforzado. A salvo, este mínimo común denominador, la efectiva naturaleza de los Pactos ha merecido pronunciamientos doctrinales encontrados.

5. Hasta la fecha tres han sido las tesis doctrinales mantenidas en torno a la naturaleza de los Pactos; sintéticamente pueden ser descritas así:

1ª. Para un sector doctrinal, los Pactos son "contratos privados de la Administración con fuerza obligacional limitada a las partes contratantes"⁶. De la expresión literal "vincularán directamente a las partes" se deduce que la eficacia de los Pactos se reduce a las partes negociadoras. Se trataría de una mera eficacia contractual, careciendo los Pactos de eficacia normativa general.

2ª. Un segundo sector doctrinal considera que los Pactos, al igual que los Acuerdos, revisten la naturaleza jurídica de contratos administrativos especiales⁷.

⁶. Así, CASAS BAAMONDE, Mª. E., op. cit., pág. 96; MARTINEZ ABASCAL, V.A., op. cit., pág. 316.

⁷. OJEDA AVILES, A., "Validez..". cit., pág. 291, si bien más tarde, como hemos visto, matiza esta posición

3ª. El tercer sector doctrinal, viene dado por aquellos que consideran que los Pactos son auténticos contratos normativos similares a los que se celebran en el ámbito laboral⁸. Las materias que regulan se corresponden con el ámbito competencial del órgano que los suscribe, por lo que no se hace preciso el control y la aprobación del órgano gubernamental correspondiente y de ahí que tengan un eficacia jurídica normativa, si bien con un contenido material más limitado.

6. Pues bien, a nuestro parecer, sólo la última de las tesis expuestas enfoca acertadamente el problema. La caracterización de los Pactos como contratos privados o como contratos administrativos especiales no puede ser acogida. Si sólo pudiesen establecer obligaciones entre las partes se verían privados de cualquier virtualidad o vaciados totalmente de contenido⁹. Considerar a los pactos como meros contratos privados determinaría que los mismos no fueran aplicables imperativa y automáticamente a las concretas relaciones de servicio, sino que sería necesaria su previa "contractualización" a nivel individual, lo cual no es posible, ya que en la situación estatutaria del funcionario, no tiene cabida la autonomía individual. De esta manera, la incorporación de los Pactos a las relaciones de trabajo individuales y, por tanto, la

⁸. BLASCO ESTEVE, A., op. cit., pág. 2.171; CARRERA ORTIZ, C., op. cit., pág. 272; DEL REY GUANTER, S., op. cit., págs. 234 y ss.

⁹. Así, CARRERA ORTIZ, C., op. cit., pág. 272.

La naturaleza

vinculación de todos y cada uno de los funcionarios públicos afectados exigiría que la Administración recogiera su contenido en disposiciones reglamentarias. Consecuencia de ello sería la natural expulsión del "contenido" de los Pactos de todos aquellos aspectos relativos a las condiciones de trabajo de los funcionarios, esto es, no sería posible la incorporación contractual sobre jornada, retribuciones, horarios., etc. Es más, se verían totalmente vaciados de contenido, pues las cuestiones sobre las que podrían versar (de carácter funcional, organizativo, de métodos de trabajo) sólo tienen sentido si producen efectos ultra partes.

Por todo ello, hay que entender que los Pactos son auténticos contratos normativos con eficacia normativa y fuente del Derecho objetivo. Pero aparte de este argumento de orden lógico jurídico, considerado en su conjunto, existen otras razones estrictamente normativas. Así, en primer lugar, la eficacia jurídico normativa parece deducirse del art. 35 al establecer "vincularán directamente a las partes", "fórmula cuya importancia radica en el predicamento directamente, pues el complemento indirecto "a las partes" no parece utilizado en sentido estricto -como eficacia obligacional inter partes, no general- a la vista del contexto"¹⁰. Además, como se sabe el término "vincular" se utiliza en el ámbito de los convenios colectivos como equivalente a eficacia jurídica

¹⁰. Así, OJEDA AVILES, A., Derecho Sindical, Madrid, 1.990, pág. 665.

La naturaleza

normativa. Por otra parte, el hecho de que se exiga la publicación del Pacto en el diario oficial correspondiente parece indicar que el mismo tiene el carácter de norma, en tanto que la publicación es requisito sine qua non de toda norma jurídica (art. 9.3 C.E. y 2.1. C.c.)¹¹. Por último, la exigencia de establecer el "ámbito personal, funcional y territorial" de los Pactos y Acuerdos supone en si misma que éstos pueden alcanzar una eficacia ultra partes y un contenido normativo¹².

7. En fin, tanto los Acuerdos aprobados como los Pactos tienen eficacia jurídica normativa. Así, son varias las disposiciones del mismo capítulo III de la L.O.R.A.P. que cobran sentido si éstos regulan normativamente las condiciones de trabajo de los funcionarios. Así, la posibilidad que abre el art. 37.2 cobra auténtico sentido con el reconocimiento de la eficacia normativa a los Acuerdos aprobados y a los Pactos celebrados, ya que precisamente la vía alternativa que prevé es la de "establecer las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos en los casos en que no se produzca acuerdo en su negociación o no se alcance la aprobación expresa y formal a que alude el art. 35", establecimiento que se realizará, lógicamente, a través de normas reglamentarias. La eficacia jurídica normativa de los Pactos y

¹¹. En este sentido, BLASCO ESTEVE, A., op. cit., pág. 2.171; DEL REY GUANTER, S., op. cit., pág. 235.

¹². CARRERA ORTIZ, C., op. cit., pág. 272.

La naturaleza

Acuerdos también está implícita en el art. 9.6 de la L.O.R.A.P., donde se atribuye a los órganos unitarios la competencia de "vigilar el cumplimiento de las normas vigentes en materia de condiciones de trabajo, seguridad social y empleo". De negarse la eficacia jurídica normativa a los Pactos y Acuerdos, la expresión legal "normas vigentes" vendría referida, en exclusividad, a las leyes. De ser así, no sería posible verificar su cumplimiento, en tanto que las leyes normalmente no podrían aplicarse sin el complemento indispensable de los Pactos y Acuerdos.

I. LA EFICACIA JURIDICA.

1. La eficacia jurídica normativa.

8. En definitiva, aunque los Acuerdos y Pactos tienen una naturaleza diferente, ambos gozan de eficacia jurídica normativa¹³. Los efectos o consecuencias de este carácter normativo serán los siguientes:

En primer lugar, la aplicación del principio de jerarquía normativa. En la jerarquía de las fuentes, los Pactos y Acuerdos

¹³. La S.T.C.T. de 7 de mayo de 1988 viene a negar cualquier eficacia a los acuerdos negociados por la representación del personal estatutario y la Administración, si bien se refiere a un supuesto anterior a la L.O.R.A.P., al afirmar que "no se trata de concertar un convenio colectivo de eficacia general, sino simplemente de fijar las posiciones y manifestar el parecer sobre las retribuciones del personal que no dependen del acuerdo negociado de las partes simplemente, pues su fijación corresponde a la Administración".

La naturaleza

están subordinados, al igual que los convenios colectivos, a la normas con rango de ley¹⁴. Ahora bien, mientras en el ámbito laboral el principio de jerarquía normativa viene matizado por el de norma favorable, de modo que los convenios colectivos respetando los preceptos legales de derecho necesario, pueden mejorar lo dispuesto en la ley en beneficio de los trabajadores¹⁵, aquí no admite matizaciones¹⁶. Los Pactos y Acuerdos desarrollan la ley en sentido acorde a ésta, matizan y concretan las líneas generales expuestas en ella, pero no pueden, salvo disposición en contrario en ésta¹⁷, empeorarla ni mejorarla. Respecto a las normas reglamentarias, los Pactos y Acuerdos tendrán el mismo valor jerárquico que le corresponde a las normas emanadas del órgano que lo suscribe o aprueba: Orden ministerial, en el primer supuesto, Decreto -normalmente- en el segundo¹⁸

En segundo lugar, y al igual que sucede con los convenios colectivos, la aplicación automática de sus prescripciones sobre las relaciones de servicio sin necesidad de una declaración expresa

¹⁴. Así, DEL REY GUANTER, S., op. cit., pág. 237.

¹⁵. En este sentido, la S.T.S. de 9 de julio de 1.991; la S.T.S.J. de la Rioja de 12 de febrero de 1.991 y la S.T.S.J. de Baleares de 13 de junio de 1.991, entre otras.

¹⁶. En el mismo sentido, OJEDA AVILES, A., "Validez..", cit., pág. 308.

¹⁷. Sólo si la ley "claudicante" acepta la prevalencia del Pacto o Acuerdo más favorable tendría vigencia el principio de norma más favorable. En idéntico sentido, OJEDA AVILES, A., "Validez.."; cit., pág. 308.

¹⁸. Así, DEL REY GUANTER, S., op. cit., pág. 237. OJEDA AVILES, A., "Validez..", cit., pág. 308, afirma, en cambio, que las disposiciones reglamentarias son de superior jerarquía que los Acuerdos y Pactos.

La naturaleza

de la Administración y/o del funcionario acatando el contenido¹⁹. Ello significa sobre todo que la Administración debe poner en práctica el Acuerdo o Pacto desde su publicación observando en su caso las indicaciones sobre dies a quo contempladas en ellos.

En tercer lugar, su aplicación imperativa a las concretas relaciones de servicio. Las normas de los Pactos y Acuerdos tienen carácter imperativo o cogente para los órganos administrativos y los funcionarios afectados²⁰. La Administración no los puede modificar o alterar en relación a un caso singular y en perjuicio o en ventaja de alguno o algunos de los funcionarios ni en vía contractual ni unilateral, a menos que el propio instrumento así lo autorice. Ello es explicable en aplicación del principio de legalidad y, en concreto, del principio de inderogabilidad singular de los reglamentos consagrado en el art. 30 de la L.R.J.A.E.²¹. De acuerdo con este precepto, "las resoluciones administrativas de

¹⁹. Así, OJEDA AVILES, A., Derecho..., cit., pág. 665.

²⁰. En términos similares se expresa OJEDA AVILES, A., Derecho..., cit., pág. 665, si bien este autor fundamenta esta afirmación en el principio de la buena fe y no en el de la inderogabilidad singular de los reglamentos, ya que los Pactos y Acuerdos se acercan más bien a los contratos públicos que a los reglamentos.

²¹. Históricamente el fundamento del reseñado principio se situaba en el principio del respeto a los derechos adquiridos. Con ello, se pretendía proteger a los particulares y, entre ellos, a los funcionarios públicos de la propia Administración, al privar a ésta de la posibilidad de negarles derechos declarados a su favor por un acto singular. En la actualidad se explica por el necesario sometimiento de la Administración al principio de legalidad, y, al no distinguir la ley, la inderogabilidad singular es total. Es decir, no es posible acordar una excepción singular a los mismos en un caso concreto, ya sea en beneficio o en perjuicio del funcionario. Sólo, excepcionalmente cabrá la excepción singular cuando sean los propios acuerdos los que la autoricen. Sobre el alcance de este principio ver, por todos, GARCIA DE ENTERRIA, E. y RAMON FERNANDEZ, T., Curso de Derecho Administrativo, Tomo I, Madrid, 1.987, pág. 208.

La naturaleza

carácter particular no podrán vulnerar lo establecido en una disposición de carácter general, aunque aquellas tengan grado igual o superior a éstos". Se establece, en aplicación del principio de legalidad, el principio de sujeción de la Administración, como sujeto de Derecho que es, a todo el ordenamiento jurídico y, por tanto, también a los Pactos y Acuerdos. Así, los órganos administrativos no pueden acordar una excepción singular a los mismos en un caso concreto, aún cuando se trate del mismo órgano que los ha negociado o, en su caso, aprobado.

Se marca, de este modo, una notable diferencia con los convenios colectivos, ya que la inderogabilidad en que se concreta el principio de imperatividad sólo es relativa²². En efecto, el nivel de condiciones señalado en el convenio colectivo constituye un nivel mínimo, que excluye la posibilidad de contratos de trabajo que establezcan peores condiciones para el trabajador (art. 3.1 E.T.), así como renunciaciones de los trabajadores (art. 3.5 E.T.). Pero si admite mejoras por encima del nivel, estableciendo inmelius una elevación suplementaria en beneficio de los trabajadores afectados (art. 3.1.c) E.T.). Así, las partes del contrato individual pueden acordar -tanto de manera expresa como de manera tácita, dada la libertad de forma contractual prevista en el art. 8.1 E.T.- el establecimiento de mejores condiciones para el trabajador que las

²². OJEDA AVILES, A., Derecho..., cit., pág. 720.

La naturaleza

establecidas en las disposiciones convencionales.

Esta diferencia tiene su origen en la diversa naturaleza de las relaciones funcionarial y laboral. El carácter estatutario de la primera excluye a la autonomía individual como fuente reguladora de las condiciones de trabajo de los funcionarios, y, en consecuencia, no es posible ni mejorar ni empeorar lo dispuesto en los Pactos y Acuerdos en vía contractual. El carácter contractual de la segunda si admite la función reguladora de la autonomía individual, y, por tanto, el legislador admite la posibilidad de que las partes del contrato establezcan mejores condiciones que las previstas en las disposiciones convencionales.

En cuarto lugar, la aplicación del principio de inderogabilidad absoluta²³. El contenido de los Acuerdos y Pactos no puede ser modificado por un Decreto o por una Orden ministerial, sino sólo por un nuevo Acuerdo o Pacto elaborado con los requisitos que marca la Ley.

En quinto lugar, la aplicación del principio de modernidad en la sucesión de los Pactos y Acuerdos, de tal modo que, a salvo de

²³. Así, lo afirma OJEDA AVILES, A.. Ahora bien, este autor entiende que prevalece por ser de superior jerarquía el reglamento que se mantiene en contradicción con el acuerdo o pacto que se negoció despues o que se dicta durante la vigencia de éstos. En este caso habría un incumplimiento de los compromisos, que podrían reclamarse ante el órgano de contratación competente y posteriormente ante la jurisdicción contencioso-administrativa, como dispone la L.C.E. Véanse sus trabajos Derecho.., cit., pág. 667 y "validez..", cit., pág. 308.

cláusula expresa de mantenimiento, el Pacto o Acuerdo posterior deroga el anterior y las relaciones de trabajo pasan a regirse por el nuevo. En efecto, en el ordenamiento jurídico-administrativo no existe un principio de respeto a los derechos funcionariales reconocidos por normas generales²⁴. De este modo, y dado que no existe un principio de irreversibilidad "in peius" de las normas, un Pacto o Acuerdo puede significar una disminución o retroceso en el nivel de los derechos de los funcionarios conseguido por el Pacto o Acuerdo anterior, sin que proceda el mantenimiento, a los funcionarios que las disfrutasen, de aquellas condiciones más beneficiosas establecidas en los Pactos y Acuerdos anteriores, que aquellas vienen a derogar. En fin, en los casos en que el Pacto o

²⁴. En el mismo sentido, la S.T.S. de 9 de abril de 1.991. Hasta la Constitución de 1.978, la doctrina administrativista entendía que no existía fundamento jurídico-positivo para sostener el respeto por las disposiciones reglamentarias de los derechos adquiridos por los funcionarios. En este sentido, se afirmaba que, si bien la Administración no podía desconocer los derechos adquiridos por disposiciones reglamentarias, en virtud del principio de inderogabilidad singular de los reglamentos, si puede, en cambio, desconocer en sus normas generales pretendidos derechos de los funcionarios. Así, los derechos funcionariales reconocidos reglamentariamente claudican ante un nuevo reglamento, siempre que el rango de éste fuera igual o superior al de la norma en que se fundara el derecho. Así, en defecto de cláusula expresa de mantenimiento, los tan traídos y llevados derechos adquiridos de los funcionarios claudicaban. En esta línea, el legislador, tradicionalmente, ha respetado en los procesos de reforma la situación o derechos adquiridos de los funcionarios, en cuanto dicha modificación tuviera trascendencia. Esta práctica normativa indujo a pensar en la existencia en la esfera funcional de un principio de respeto a los derechos adquiridos. Con la Constitución de 1.978, dada la conexión existente entre el concepto de los derechos adquiridos y las normas de irretroactividad, la cuestión depende de la interpretación que se de al art. 9.3 C.E., a cuyo tenor "la Constitución garantiza...la irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos individuales". Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha precisado que el reseñado principio de irretroactividad concierne sólo a las leyes sancionadoras no favorables y a las restrictivas de derechos individuales, entendiendo por éstos únicamente, "en todo o en parte", los derechos fundamentales del título I de la Constitución. En este sentido, el propio tribunal Constitucional afirma que la edad de jubilación para los Magistrados establecida a los 70 años, puede ser rebajada sin compensación a los 65, pues no se trata de un derecho adquirido, sino de una simple expectativa en la carrera judicial". Sobre los derechos adquiridos ver, por todos, PALOMAR OLMEDA, A., Derecho de la Función Pública, Régimen jurídico de los funcionarios públicos, Madrid, 1.990, págs. 34 y ss; PARADA VAZQUEZ, J.R., Derecho Administrativo, Organización y empleo público, Madrid, 1.988, págs. 330 y ss.

La naturaleza

Acuerdo nada diga en relación con las condiciones más beneficiosas nacidas en el anterior jugará el art. 2.2 del C.c. -principio de orden normativo-. No se aprecia, pues, diferencia alguna con los convenios colectivos, que si bien deben respetar las condiciones más beneficiosas de origen contractual²⁵, no están obligados a respetar, en cambio, las de origen convencional.

En sexto lugar, la aplicación del principio de publicidad, existiendo la obligación de publicación (arts. 9.3 C.E. y 2.1 C.c.) en el Boletín Oficial que corresponda según el ámbito de aplicación del Pacto o Acuerdo.

En séptimo lugar, su inobservancia puede ser alegada por los funcionarios o sus representantes en vía administrativa y en vía contencioso-administrativa²⁶.

2. El deber de paz.

9. El tema del deber de paz en la negociación colectiva funcional suscita una doble cuestión. En primer lugar, se ha de determinar si existe o no un deber de paz relativo en la Función Pública. En segundo lugar de existir, se ha de delimitar, su

²⁵. En este sentido, las S.T.C.T. de 4 de diciembre de 1.984 y 7 de diciembre de 1.983; la S.T.S.J. de Murcia de 10 de junio de 1.991.

²⁶. Así, OJEDA AVILES, A., Derecho..., cit., pág. 665.

alcance, y ello tanto, desde un punto de vista subjetivo como objetivo.

10. No obstante, conviene detenerse y hacer alguna precisión respecto a la motivación de la huelga de los funcionarios. Tradicionalmente, y en sentido formal, se ha considerado huelga política la dirigida a presionar a órganos del Estado, a la cual le es negado un reconocimiento constitucional. De este modo, como la fijación de las condiciones de trabajo, dentro de una concepción estatutaria, supone, por definición, el ejercicio de potestades normativas del Estado, las huelgas de funcionarios en apoyo de sus reivindicaciones e intereses se podrían encuadrar dentro del concepto de huelga política. La introducción de la negociación colectiva supone la desaparición de la posición de supremacía del Estado. De esta manera, se produce una quiebra de la concepción formal de la huelga política. En efecto, aun cuando la huelga de los funcionarios en defensa de sus intereses profesionales se dirige contra órganos del Estado no es una huelga política. Se está ante una manifestación de lo que se ha dado en llamar "huelga de imposición económico-política" o "huelga política con trascendencia laboral", posiblemente en su versión más incontestable, al tener que afrontar los propios órganos del Estado la respuesta huelguista a las acciones u omisiones por ellos realizados.

11. Dejando a un lado la postura doctrinal que afirma que la paz laboral no depende de su pactación expresa, sino que la misma

La naturaleza

es "intrínseca" o "inmanente" al convenio²⁷, por entender que el único argumento sobre el que puede sustentarse esta tesis se halla en la legislación estatal de cada país, se impone la tarea de examinar el ordenamiento jurídico español²⁸. En principio, y dada la inexistencia de una regulación legal del derecho de huelga de los funcionarios y siendo un precepto directamente aplicable, los funcionarios pueden ejercitar su derecho en base al art. 28.2 de la Constitución y dentro de los límites allí establecidos o que se establezcan en los restantes preceptos consitucionales, entre los que no se encuentra la existencia de un deber de paz relativo²⁹. De aceptarse esta planteamiento, se produciría la inadmisibile situación paradójica de que los funcionarios públicos, para los que la Constitución parece establecer mayores restricciones al ejercicio de sus derechos colectivos, ejercerían su derecho a la huelga con menores limitaciones que los trabajadores del sector privado, a quienes el art. 11.c) R.D.L.R.T. prohíbe categóricamente la huelga novatoria. En efecto, el citado precepto declara ilegal la huelga" cuando tenga por objeto alterar, dentro de su periodo de vigencia, lo pactado en un convenio colectivo". Con ello se

²⁷. Así, BARREIRO GONZALEZ, G., "Ensayo crítico sobre la paz laboral en el convenio colectivo con especial referencia a su carácter inmanente", R.E.D.T., núm. 4, 1.980, pág. 465 y ss.

²⁸. Así, OJEDA AVILES, A., Derecho..., cit., pág. 608.

²⁹. PALOMEQUE LOPEZ, C., Derecho Sindical español, Madrid, 1.988, pág. 297; SALA FRANCO, T. y ALBIOL MONTESINOS, I., Derecho Sindical, Valencia, 1.992, pág. 396.



La naturaleza

establece un deber legal de paz relativo, vinculante no sólo para las partes contratantes del convenio sino también para los sujetos obligados por él, consistente en la prohibición de realizar huelgas novatorias, sin necesidad de pacto expreso en el convenio colectivo de que se trate³⁰.

Esta situación iría probablemente contra el principio de igualdad formal establecido en el art. 14 de la Constitución. Nada impide, no obstante, que el art. 11.c) del R.D.L.R.T. sea extendido por analogía a la huelga de los funcionarios. Ya hemos tenido la oportunidad de señalar la posibilidad de aplicar analógicamente a la Función Pública las normas del R.D.L.R.T. sobre los requisitos previos al ejercicio del derecho, formalidades y modalidades del mismo(ver supra tit.I). Lo mismo cabe decir respecto a las disposiciones de esta norma sobre el deber de paz. Así pues, habrá que entender que la aplicación del apartado c) del art. 11 del R.D.L.R.T. puede hacerse en los mismos términos que se realiza para los demás trabajadores, sin dejar de observar, claro está las particularidades que en materia de funcionarios deban tenerse en cuenta. De esta manera, habrá que considerar ilegal la huelga que tenga por objeto alterar, durante su vigencia, lo

³⁰. Véase, por todos, SALA FRANCO, T. y ALBIOL MONTESINOS, I., op. cit., pág. 397.

convenido en un Acuerdo o Pacto³¹.

12. La introducción del deber de paz relativo en los instrumentos negociales previstos en la Función Pública -en los términos que hemos señalado-, suscita una doble cuestión. En primer lugar, la relativa al esclarecimiento del alcance subjetivo de dicho deber, y la segunda, concerniente a la delimitación de su alcance objetivo.

13. La primera de tales cuestiones se diversifica en dos direcciones que atienden una, a las organizaciones sindicales que quedan vinculadas por dicho deber, y otra a si alcanza también a los funcionarios individuales.

14. Respecto a la primera de tales vertientes, conviene traer a primer término el tema de la prohibición legal de las huelgas novatorias y de la posible concurrencia de las dos vías negociales, estatutaria y extraestatutaria, en un mismo ámbito o unidad de negociación. Aunque el deber de paz relativo establecido en el art. 11.c) del R.D.L.R.T. resultaría en un principio aplicable tanto a los convenios colectivos estatutarios como a los extraestatutarios, por encontrarse ubicado en una disposición distinta del Título III del E.T. y referirse sin distinción ulterior a "lo pactado en un

³¹. Así, MARTINEZ ABASCAL, V.A., op. cit., pág. 326.

La naturaleza

convenio colectivo"³², a nuestro juicio, sin embargo, dicho deber se circunscribe a los primeros, ya que el legislador de 1.977 sólo contemplaba los convenios colectivos de eficacia general. Así, y en tanto no aparezca una normativa legal que ordene el derecho de huelga, hay que entender que vigente un convenio colectivo estatutario existe una prohibición de acudir a la huelga para presionar la negociación de otro posterior (estatutario y extraestatutario) y que dicha prohibición alcanza a todas las organizaciones sindicales que cuenten con legitimación para negociar en dicho ámbito, hayan o no firmado el convenio. En cambio, si se trata de un convenio colectivo extraestatutario, las organizaciones sindicales que no han firmado el convenio podrán iniciar una huelga para presionar la negociación de otro posterior de carácter estatutario³³.

³². SALA FRANCO, T., y ALBIOL MONTESINOS, I., op. cit., pág. 428.

³³. A este respecto, puede traerse a colación la doctrina sentada en torno a la prohibición de acudir a la huelga cuando se inicia el procedimiento de conflicto colectivo, supuesto que es similar al aquí contemplado. En este sentido, se afirma la necesidad de poner en relación el quantum de representatividad del sindicato con los posibles efectos erga omnes o limitados del resultado del conflicto. Así, GONZALEZ GAVIRA y MAEZTU GREGORIO DE TEJADA, "El término "representantes de los trabajadores" en la incoacción del procedimiento de conflicto colectivo", R.E.D.T., núm. 14, 1.983, pág. 240. Por contra, SALA FRANCO, T. y ALBIOL MONTESINOS, I., op. cit., pág. 428, afirman que no puede hablarse de huelga novatoria cuando de lo que se trata es de negociar un convenio de distinta naturaleza y régimen jurídico.

Reteniendo estas consideraciones, y retomando el hilo del discurso inicial, la aplicación analógica del art. 11.c) del R.D.L.R.T. supone, dada la eficacia general de los Pactos y Acuerdos, que la prohibición de acudir a la huelga para presionar la modificación "ante-tempus" del Acuerdo o Pacto en vigor recae sobre todas las organizaciones sindicales, y no sólo sobre aquellas que lo hayan firmado. Sin embargo, debe significarse una vez más que la L.O.R.A.P., a diferencia del E.T., desvincula la eficacia general de los instrumentos negociales de la representatividad que, en conjunto, acrediten las organizaciones sindicales negociadoras. De esta manera, una organización sindical minoritaria en la unidad de negociación de referencia puede bloquear al resto de sindicatos el acceso a la huelga.

Cabría postular, sin embargo, que en el supuesto de que el Pacto o Acuerdo no sea negociado por los sindicatos mayoritarios la prohibición de acudir a la huelga para modificarlo, al igual que en el ámbito laboral, sólo afecta a las organizaciones sindicales firmantes. Ahora bien, las precedentes consideraciones sobre el problema que suscita la introducción del deber de paz en los instrumentos negociales proyectados para la Función Pública están formuladas tomando como punto de referencia el ordenamiento laboral. Por ello, y dada la distinta naturaleza de la negociación colectiva funcionarial, aquellas consideraciones no pueden, desde luego, trasladarse miméticamente al referido ámbito. Y, en este

La naturaleza

sentido, hay que subrayar de nuevo que en la Función Pública, a diferencia de lo que sucede en el ámbito laboral, no caben los Pactos y Acuerdos externos a la L.O.R.A.P. Por consiguiente, y dado que la huelga viene reconocida como un medio de presión negocial, hay que concluir que vigente un Pacto o Acuerdo, no cabe en ningún caso la huelga.

15. La segunda de las cuestiones de marcado interés que el deber de paz plantea desde la perspectiva subjetiva, se refiere a si dicho deber vincula sólo a las organizaciones sindicales o también a los funcionarios incluidos en el ámbito de aplicación de los Acuerdos y Pactos. En principio, el art. 11.c) del R.D.L.R.T. establece un deber de paz relativo, vinculante no sólo para las partes contratantes, sino también para los sujetos obligados por él³⁴. Aunque este deber legal de paz ha sido ampliamente denunciado por la doctrina por cuanto el art. 28.2 de la Constitución establece la titularidad individual del derecho de huelga, resultando por tanto este derecho irrenunciable por vía del convenio colectivo³⁵, lo cierto es que el Tribunal Constitucional mantuvo la constitucionalidad del citado artículo en sus propios

³⁴. Así, OJEDA AVILES, A., Derecho.., cit., pág. 613; SALA FRANCO, T., y ALBIOL MONTESINOS, I., op. cit., pág. 396. Véase también la S.T.C.O. de 8 de abril de 1.981, f.j. nº 14.

³⁵. Así, entre otros, SALA FRANCO, T. y ALBIOL MONTESINOS, I., op. cit., pág. 396.

La naturaleza

términos. Por consiguiente, la aplicación analógica del art. 11.c) del R.D.L.R.T. en el ámbito de la Función Pública va a suponer la existencia de un deber de paz relativo que afecta a los funcionarios singulares³⁶, considerándose ilegales las huelgas en las que participen y siendo susceptibles de sanción disciplinaria de acuerdo con la normativa disciplinaria actualmente recogida en el R.D. 33/1.986, de 10 de enero.

16. La segunda de las cuestiones de marcado interés que el deber de paz plantea, se refiere a su extensión. A este respecto, debe significarse que este deber de paz relativo no impide, dada su propia relatividad, el planteamiento de cualquier conflicto relacionado con el Pacto o Acuerdo durante su vigencia. La prohibición de suspender las relaciones de servicio como presión para modificar un Pacto o Acuerdo en vigor sólo alcanza a esto, y nada más.

Son en principio lícitas las huelgas en las circunstancias siguientes³⁷: 1ª) Cuando la finalidad de la huelga no sea

³⁶. En este sentido, MARTINEZ ABASCAL. V.A., op. cit., pág. 324, afirma que las consideraciones formuladas por la doctrina laboral en torno al ámbito subjetivo al que se extiende el deber de paz relativo del art. 11.c) del R.D.L.R.T. son trasladables al ámbito de la Función Pública.

³⁷. Sobre el área de conflictos permitidos por el art. 11.c) del R.D.L.R.T. en torno a los convenios colectivos ver, por todos, OJEDA AVILES, A., Derecho..., cit., pág. 481; SALA FRANCO, T. y

La naturaleza

estrictamente la de alterar los Pactos o Acuerdos, sino la de reclamar una interpretación o aplicación de los mismos; 2ª) Cuando las partes contratantes, al fijar el término final de la vigencia de los Pactos y Acuerdos, prevean la posibilidad de su modificación "ante tempus" en determinadas circunstancias; 3ª) Cuando los Pactos o Acuerdos hayan sido incumplidos por la Administración Pública o se haya producido un cambio absoluto y radical de las circunstancias que rodearon la negociación, permitiendo la aplicación de la llamada cláusula "rebus sic stantibus".

Por contra, no parece posible ir a la huelga para reivindicar un determinado punto no regulado en los Pactos y Acuerdos. En efecto, de conformidad con el art. 33 de la L.O.R.A.P., las partes están obligadas a fijar las materias a negociar en el momento inicial del proceso negociador. De este modo, una vez concluido éste y hasta tanto no se abra el siguiente, las organizaciones sindicales no pueden acudir a la huelga para reivindicar un punto no incluido en la tabla de negociaciones inicial.

17. Es precisamente respecto de este área de conflictos permitidos, sobre la que pueden incidir usualmente las cláusulas de paz expresamente pactadas por las partes en los Acuerdos y Pactos. En el sector laboral, dado el principio de libertad de

La naturaleza

contratación, no cabe duda de que las partes pueden directamente al amparo de la Constitución incorporar cláusulas de tregua dentro del convenio colectivo. Ello no obstante, en un profundo deseo de la implantación de tales cláusulas negociales³⁸, el legislador sugiere de modo expreso su posibilidad a las partes (arts. 8.1 y 82.2. R.D.L.R.T. y E.T., respectivamente) y, a continuación, advierte de las consecuencias de una huelga que infringa lo estipulado en convenio para la solución de conflictos (art. 11.d) R.D.L.R.T.). Previsiones legales que, existiendo un deber de paz relativo por imperativo legal ex art. 11.c) R.D.L.R.T., han de ser interpretadas como la posibilidad de que las partes puedan establecer limitaciones al ejercicio del derecho de huelga o incluso un deber de paz absoluto, las indemnizaciones por el incumplimiento del deber de paz relativo o las reglas para la solución de los conflictos que se susciten durante la vigencia del convenio³⁹.

Igual conclusión, como se ha visto (ver supra, tit. VI), cabe mantener con respecto a la negociación colectiva funcionarial. De este modo, las partes podrán incluir en los Acuerdos y Pactos cláusulas de tregua o paz laboral, en virtud de las cuales se

³⁸. OJEDA AVILES, A., Derecho..., cit., pág. 613.

³⁹. Vid. OJEDA AVILES, A., Derecho..., cit., pág. 612; SALA FRANCO, T. y ALBIOL MONTESINOS, I., op. cit., pág. 396.

La naturaleza

proscriba la huelga durante su vigencia en determinados supuestos⁴⁰. En esta línea, algunos Pactos y Acuerdos establecen cláusulas del siguiente tipo: 1º) compromiso de no promover cuestiones que pudieran suponer modificaciones de las condiciones pactadas⁴¹; 2º) compromiso de no plantear ni secundar durante la vigencia de los Pactos y Acuerdos huelgas o cualquier medida conflictiva para modificar lo acordado en ellos⁴²; 3º) Compromiso de someter a conocimiento y resolución de la Comisión de Seguimiento, con carácter previo a la adopción de cualquier medida de presión o conflicto colectivo alguno, todas las discrepancias en cuanto a la interpretación, vigencia, aplicación y otras cuestiones que afecten al personal incluido en su ámbito de aplicación⁴³; 4º)

⁴⁰. Así, MARTINEZ ABASCAL, V., op. cit., págs. 322-323; SALA FRANCO, T. y ALBIOL MONTESINOS, I., op. cit., pág. 595.

⁴¹. Ver, por todos, los Acuerdos de regulación de las condiciones de trabajo del personal al servicio de la Comunidad Autónoma de Euskadi para 1.988 (B.O., 14-10-1988), 1.989 (B.O., 30-6-1.989), 1.990 (B.O., 16-6-1.990) y 1.991 (B.O., 2-8-1.991). En adelante sólo añadiremos la fecha del Boletín Oficial correspondiente cuando se trate de Acuerdos y Pactos no citados.

⁴². Así, entre otros, el Acuerdo suscrito por la Administración del Estado y la C.S.I.F. sobre retribuciones de funcionarios para 1.989 de 2 de marzo de 1.989 (B.O.E., 15-3-1.989) y los Acuerdos citados en la nota anterior.

⁴³. Los Acuerdos de regulación de las condiciones de trabajo del personal de la Comunidad Autónoma de Euskadi para 1.988, 1.989, 1.990 y 1.991 y el Acuerdo de regulación de condiciones laborales del personal de la Universidad del País Vasco para 1.991-1.992 (B.O., 18-12-1.991), entre otros.

reconocimiento de la posibilidad de someter las controversias anteriores a un mediador, en caso de falta de acuerdo en el seno de la Comisión de Seguimineto, con carácter previo a la adopción de medidas de conflicto colectivo⁴⁴.

II. LA EFICACIA PERSONAL.

18. En cuanto a la eficacia personal de los Pactos y Acuerdos, la L.O.R.A.P., a diferencia del E.T., donde, aunque no de una manera ciertamente ejemplar, se reconoce la eficacia personal general de los convenios colectivos⁴⁵, nada dice al respecto. La única referencia explícita sobre el alcance personal de tales instrumentos negociales es la que se contiene en el art. 35 de la Ley, a cuyo tenor las partes "deberán establecer {...} su ámbito personal". Esta expresión legal podría dar pie a entender que el legislador deja en manos de la autonomía colectiva la determinación del alcance personal, reducido o general, de los Pactos y Acuerdos, con lo que cabría un sistema dual -eficacia general y eficacia

⁴⁴. Así, entre otros, los Acuerdos citados en la nota anterior.

⁴⁵. El art. 82.3 dispone que "los convenios colectivos regulados por esta ley obligan a todos los empresarios y trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación y durante todo el tiempo de su vigencia". Sobre la eficacia personal de los convenios colectivos estatutarios ver, por todos, OJEDA AVILES, A., Derecho..., cit., pág. 721; SALA FRANCO, T. y ALBIOL MONTESINOS, op. cit., pág. 399. En esta línea, las S.T.S. de 1 de febrero de 1.991, la S.T.S.J. de Andalucía de 15 de abril de 1.991, la S.T.S.J. de Canarias de 14 de junio de 1.991.

La naturaleza

limitada- en la L.O.R.A.P. Pero recuérdese que similar contenido se establece por el art. 85.2 del E.T. para los convenios colectivos laborales, de indiscutida eficacia general, y, sin embargo, la doctrina ha entendido que dicho precepto no se refiere al problema de la eficacia personal reducida o general de los convenios por razón de la afiliación o no de los trabajadores al sindicato o sindicatos firmantes, sino a la aplicación de los mismos a determinados grupos o categorías funcionariales⁴⁶.

19. Por consiguiente, para dilucidar si los Acuerdos y los Pactos tienen eficacia personal general o limitada, hay que acudir a una interpretación sistemática de los distintos artículos del Capítulo III de la L.O.R.A.P. Por lo pronto, debe significarse que la eficacia general va implícita en la naturaleza de los Acuerdos. En efecto, la fuerza normativa del Acuerdo deriva, como ha quedado dicho más atrás, del acto de aprobación expresa y formal del Consejo de Ministros, por lo que es evidente su eficacia personal erga omnes o general. Pero al margen de ello, existen en la propia L.O.R.A.P. datos que parecen inclinar la balanza a favor del reconocimiento de la eficacia personal general tanto de los Acuerdos como de los Pactos.

Así, en primer lugar, el art. 30 configura los sistemas de

⁴⁶. SALA FRANCO, T. y ALBIOL MONTESINOS, I., op. cit., pág. 398.

La naturaleza

consulta o negociación como los cauces que canalizan la participación de los funcionarios en la determinación de las condiciones de trabajo, sin exigir una relación de afiliación entre ésta y las organizaciones sindicales que participan en los mismos. En segundo lugar, el art. 36 de la L.O.R.A.P., a cuyo tenor "se constituirá una Mesa general de negociación en el ámbito de la Administración del Estado, así como en cada una de las Comunidades Autónomas y Entidades Locales que será competente para la determinación de las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos del ámbito correspondiente". La Ley da entender que los Pactos y Acuerdos se aplican a todos los funcionarios comprendidos en la unidad de negociación de referencia, con independencia de cual sea la relación de afiliación que exista entre éstos y las organizaciones sindicales⁴⁷.

Además, la selección de los sujetos de la negociación en base al criterio de la mayor representatividad de las organizaciones sindicales hace pensar que tras ella existe un modelo de negociación de eficacia general⁴⁸. También y tal vez el aspecto más decisivo a este respecto viene dado por la generalidad de las

⁴⁷. BLASCO ESTEVE, A., op. cit., pág. 2.170.

⁴⁸. CARRERA ORTIZ, C., op. cit., pág. 273.

La naturaleza

materias objeto de negociación (art. 32 L.O.R.A.P.)⁴⁹. Precisamente, muchas de las cuestiones objeto de negociación (oferta de empleo público, incremento de las retribuciones, clasificación de los puestos de trabajo) han de regularse a través del mismo instrumento para todos los funcionarios. Otras condiciones de trabajo pactadas -horarios, jornadas y, en general, las que afectan a la organización de trabajo- sino se aplican a todos los funcionarios no podrán aplicarse a ninguno. Por último, debe señalarse que la decisión administrativa a que se refiere el art. 37.2, que tiene carácter subsidiario en relación a los Acuerdos y Pactos, tiene carácter general.

En fin, y por no hacer más extensa esta argumentación, todas estas disposiciones, junto con la exigencia de homogeneidad de las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos, vinculada a los principios de igualdad y no discriminación y de imparcialidad de las Administraciones Públicas⁵⁰, configuran un modelo único de negociación colectiva de eficacia general⁵¹.

⁴⁹. CARRERA ORTIZ, C., op. cit., pág. 273.

⁵⁰. Así, CARRERA ORTIZ, C., op. cit., pág. 273.

⁵¹. Así, BLASCO ESTEVE, A., op. cit., pág. 2.170; CARRERA ORTIZ, C., op. cit., pág. 273; LOPEZ GANDIA, J., op. cit., pág. 24; OJEDA AVILES, A., Derecho..., cit., pág. 665.

20. Ahora bien, la eficacia general de los Pactos y Acuerdos, al igual que la de los convenios colectivos estatutarios⁵², adolece de dos limitaciones sobre las que debemos reflexionar:

En primer lugar, el "erga omnes" vale únicamente para el "contenido normativo", no para las cláusulas obligacionales. Mientras los compromisos interpartes sólo vinculan a la Administración Pública y a las organizaciones sindicales; las reglas dirigidas a las relaciones de servicio de los funcionarios se aplican a todos ellos.

En segundo lugar, la eficacia general se extiende a todo el ámbito de aplicación de los Pactos y Acuerdos, no a la completa unidad de negociación. La L.O.R.A.P. no exige que los miembros de las mesas negociadoras apuren al máximo su competencia, esto es, que pretendan cubrir exhaustivamente todo su ámbito de autonomía. Las partes tienen así plena libertad para determinar el ámbito aplicativo dentro de la unidad de negociación. Los Pactos y Acuerdos se aplicarán a toda la unidad de negociación, mientras no se deduzca lo contrario del propio Acuerdo o Pacto. Las cláusulas deberán, sin embargo, estar justificada por un motivo objetivo y razonable, ya que las partes negociadoras representan a toda la unidad de negociación.

⁵². Vid. OJEDA AVILES, A., Derecho..., cit., pág. 722.

La naturaleza

Advertidas estas dos limitaciones, natural una, voluntaria otra, la eficacia general cobra su auténtico sentido, y se impone a todos los funcionarios, aunque pertenezcan a otros sindicatos.

21. Esta configuración, que no nos ofrece dudas, sin embargo, tropieza con un importante escollo. En efecto, la L.O.R.A.P., a diferencia del E.T., no condiciona la validez de los instrumentos negociales a unos requisitos de mayoría en el seno de la representación sindical, similares a la mayoría absoluta de los representantes necesaria para la válida constitución de la comisión negociadora o al 60 por 100 exigidos en los convenios colectivos para la adopción de los acuerdos negociales. De este modo, la eficacia general del Acuerdo o Pacto se desvincula del principio mayoritario, para depender de los sindicatos presentes en el seno de la mesa negociadora, con independencia de su representatividad real. El resultado de semejante desvinculación queda a la vista: uno o varios sindicatos más representativos por afiliación que no tienen ninguna implantación en la unidad de negociación correspondiente pueden concluir con la Administración Pública un Pacto o Acuerdo que se aplicará a todos los funcionarios de esa unidad. Todo ello probablemente será origen de gravísimos conflictos de representación que a la larga pueden hacer inviable todo el sistema de negociación.

CAPITULO II

LA VIGENCIA DE LOS PACTOS Y ACUERDOS.

La naturaleza

1. El estudio que se va a intentar realizar en los comentarios que siguen se refiere a la dimensión temporal de los Pactos y Acuerdos, sobre sus modalidades y sobre sus efectos jurídicos. No debe de dejar de señalarse, sin embargo, que el aspecto temporal de los Pactos y Acuerdos no aparece en la Ley más que de una manera colateral o marginal. Así, ocurre, por ejemplo, en el art. 33, donde se regula el momento en que se puede comenzar la actividad negociadora o revisora de las partes para revisar el texto cuya vigencia ha terminado o está a punto de terminar o para sustituirlo por otro distinto. Más adelante, el art. 35 se refiere, al delimitar el "contenido mínimo" de todos Pactos y Acuerdos, al "plazo de vigencia".

2. Siendo, pues, la dimensión temporal de los Pactos y Acuerdos el objeto central del presente análisis, el esquema que se va seguir en su desarrollo y tratamiento será el siguiente:

- La duración de los Pactos y Acuerdos: sobre la base de que los Pactos y Acuerdos son normalmente normas limitadas en el

La naturaleza

tiempo, es obligado fijar con toda precisión cuáles son los tiempos inicial y final. En la regulación de la L.O.R.A.P. es cuestión que se deja a la voluntad de las partes negociadoras, pero el ejercicio de esta facultad plantea una serie de problemas jurídicos que han de ser tratados con atención.

- Al Pacto o Acuerdo que llega a su término sigue normalmente otro en el que las partes han introducido las modificaciones que han considerado convenientes; texto que debería evitar toda solución de continuidad con respecto al anterior. Sin embargo, para el caso de que, llegada la fecha inicial del anterior convenio, las negociaciones no hubiesen alumbrado uno nuevo, se impone la continuidad del primero, con lo que se evita el vacío normativo que pudiera haberse producido.

3. Pero, antes de entrar en el fondo de los problemas planteados, es conveniente traer a consideración varias premisas, las cuales coherentemente relacionadas pueden facilitar su solución.

1ª. Probablemente la primera observación que hay que hacer es que, al igual que en la negociación colectiva estatutaria⁵³, en

⁵³. Así, RODRIGUEZ-SAÑUDO, F., "Vigencia de los convenios colectivos de trabajo", en A.A.V.V., Comentarios a las leyes laborales, El Estatuto de los Trabajadores, Tomo XII, Vol. 2, Edersa, Madrid, 1.985, pág. 94.

principio, cuando se abren nuevas negociaciones, es todo el conjunto de materias negociables el que queda abierto a una nueva regulación.

2ª. Sin embargo, y a diferencia de lo que sucede en el ámbito laboral, donde las negociaciones concluyen en un único convenio o en dos o más textos que, no obstante ello, forman una unidad⁵⁴, la negociación colectiva funcionarial puede concluir en un único texto, en el que se contiene un conjunto sistemático de normas reguladoras de toda la materia funcionarial, o en dos o más textos que se van produciendo para regular una determinada materia o grupo homogéneo de materias.

3ª. Una consideración que debe traerse de nuevo a colación es la de que la adopción de una frecuencia anual en las negociaciones no significa que la duración de la vigencia de los Acuerdos y Pactos deba ser necesariamente anual⁵⁵. No debe confundirse, aunque la redacción y el contexto del art. 33 pueda inducir a ello, la apertura anual del proceso negociador con la duración de la vigencia de los Acuerdos y Pactos.

⁵⁴. En este sentido, RODRIGUEZ-SAÑUDO, F., op. cit., pág. 109.

⁵⁵. Así, ESCUDERO RODRIGUEZ, R., "El nuevo marco de la negociación colectiva de los funcionarios públicos", R.L., núm. 19, 1.990, pág. 96; DEL REY GUANTER, S., op. cit., pág. 193.

I. LA DURACION DE LOS PACTOS Y ACUERDOS.

4. A diferencia del E.T.⁵⁶, la L.O.R.A.P. no reconoce expresamente que la facultad de fijación de la duración de los instrumentos negociales corresponda al campo de la autonomía negocial de las partes. Ello no obstante, no cabe duda que dentro de la autonomía para regular sus relaciones a través de Pactos y Acuerdos, los representantes de los funcionarios y de las Administraciones cuentan con libertad para determinar cual va a ser la duración de la regulación pactada. Pero ello no sólo en base al propio reconocimiento de la autonomía colectiva que justificaría, de forma genérica, que las partes fueran libres para fijar la duración que estimasen pertinente. Existe, además, otra razón estrictamente normativa. En efecto, de acuerdo con el art. 35 de la L.O.R.A.P., "los pactos y acuerdos deberán establecer {...} el plazo de vigencia". Ciertamente, la finalidad de este precepto no es la de reconocer la libertad de las partes para fijar la duración de los Pactos y Acuerdos. El legislador exige la inclusión de la previsión del ámbito temporal de lo pactado entre las reglas configuradoras de los Pactos y Acuerdos como normas jurídicas para garantizar la seguridad jurídica de las relaciones funcionariales reguladas por los mismos. Existen series de Pactos y Acuerdos que

⁵⁶. Cuyo art. 86.1 reconoce expresamente que la facultad de fijación de la duración del acuerdo corresponde al campo de la autonomía negocial. Sobre el particular ver, por todos, RODRIGUEZ-SAÑUDO, F., op. cit., pág. 97.

La naturaleza

se engarzan entre si, sustituyéndose unos por otros o, al menos, introduciendo modificaciones los posteriores sobre los precedentes. De ahí, como en el caso de la sucesión en el tiempo de las normas jurídicas en general, la importancia de que las fechas inicial y final de la vigencia temporal queden fijadas con toda exactitud y claridad. Pero, además, supone el reconocimiento implícito de que la facultad de fijación de la duración del acuerdo corresponde al campo de la autonomía negocial de las partes.

En fin, corresponde a las partes negociadoras del Pacto y del Acuerdo fijar su duración, sin que por lo demás el acto aprobatorio del Consejo de Ministros pueda modificarla en este último caso. Ello no obstante, hubiera sido conveniente una declaración legal expresa en tal sentido que subrayara las diferencias entre el régimen temporal de los Pactos y Acuerdos y el de los Reglamentos, puesto que, como ya ha quedado señalado, los Acuerdos participan de la naturaleza del reglamento negociado.

5. En síntesis, corresponde a las partes negociadoras fijar la duración de los Pactos y Acuerdos, lo cual significa que éstas pueden establecer libremente la fecha inicial de vigencia y la fecha en que ésta termina. Además, como la L.O.R.A.P., como tampoco lo hace el E.T. en relación con los convenios colectivos⁵⁷, no

⁵⁷. Vid. RODRIGUEZ-SAÑUDO, F., op. cit., pág. 103.

La naturaleza

establece una una duración mínima o máxima para los Pactos y Acuerdos, las partes podrán establecer tanto una duración determinada como indefinida.

6. Esta libertad, sin embargo, está sometida a ciertos límites o condicionamientos. A este respecto, debe significarse que el espacio material reservado a los mismos es, precisamente, el que corresponde a los Reglamentos que desarrollan las leyes sobre la Función Pública. De este modo, la duración de éstas va a incidir necesariamente sobre la de los Pactos y Acuerdos. Así sucede, en primer lugar, con las retribuciones y todas aquellas cuestiones que dependan, en algún sentido de los Presupuestos Generales del Estado, puesto que los ejercicios presupuestarios son anuales⁵⁸. De este modo, los Pactos y Acuerdos o la parte de su contenido que regule estas materias tendrá necesariamente una vigencia anual⁵⁹.

⁵⁸. Sobre la vigencia temporal de las leyes presupuestarias ver, por todos, PELEGRI y GIRON, J., "Las disposiciones adicionales de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1.986", Hacienda Pública Española, núm. 97, 1.985, págs. 481 y ss.

⁵⁹. A este respecto, ESCUDERO RODRIGUEZ, R., op. cit., pág. 96, afirma que la adopción de una frecuencia anual en las negociaciones implica un acompasamiento a la dinámica generada por la aprobación de las normas presupuestarias. En esta línea, la práctica totalidad de los Pactos y Acuerdos que regulan el tema retributivo tiene una vigencia anual. Excepcionalmente, el A.M.A. tiene una vigencia trianual. Sin embargo, el propio acuerdo señala que los fondos adicionales previsto en dicho acuerdo para 1.993 y 1.994 se incorporarán en las Leyes de Presupuestos en su día tras las correspondientes negociaciones, a desarrollar dentro del espíritu del A.M.A. Otros Acuerdos prevén una duración superior al año, sin perjuicio de la variación anual que se fije con carácter

La naturaleza

Las partes no podrán programar retribuciones para dos o más años⁶⁰. Pero, además, como los ejercicios presupuestarios no son solamente anuales, sino que además coinciden con el año natural⁶¹, tales Pactos y Acuerdos entrarán en vigor el primer día del año en que se aplican cualquiera que se su fecha de publicación en el Boletín Oficial correspondiente y perderán vigencia automáticamente el 31 de diciembre de ese mismo año, y todo ello sin que sea necesario que contengan una disposición expresa en tal sentido⁶². Así sucederá, al menos, con todas las normas pactadas sobre estas materias que sean de aplicación continuada (piénsese, por ejemplo, retribuciones y prestaciones y pensiones de las clases pasivas).

general en la Ley de Presupuestos de cada ejercicio (Acuerdo de regulación de condiciones de trabajo para el personal del Servicio Vasco de Salud para 1.988, 1.989 y 1.991 -B.O., 31-1-1.988).

⁶⁰. En este sentido, conviene notar que este supuesto no es reconducible a ninguno de los supuestos en los que el R.D. Legislativo 1091/1.988, de 23 de septiembre, admite la posibilidad de que se adquieran compromisos de gasto que hayan de extenderse a ejercicios posteriores.

⁶¹. Ver, por todos, PELEGRI y GIRON, J., op. cit., pág. 482.

⁶². En esta línea, todos los Pactos y Acuerdos que regulan el tema retributivo señalan que entran en vigor el primer día del año en que se aplican y que perderán vigencia el 31 de diciembre de mismo año. Hay que subrayar algunos casos curiosos, como, por ejemplo, el Acuerdo de regulación de las condiciones de trabajo del personal al servicio de la Comunidad Autónoma de Euskadi para 1.990, donde se establece que entrará en vigor el 1 de enero de 1.990, con independencia de la fecha en que sea firmado.

La naturaleza

7. Advertidas estas limitaciones, las partes fijan la fecha inicial de vigencia y la fecha en que ésta termina. Uno y otro límite temporal sugieren consideraciones diversas en cuya exposición se entra inmediata y sucesivamente.

1. La entrada en vigor de los Pactos y Acuerdos.

1.1. Las modalidades de aplicación de la libertad de las partes.

8. Dos temas esenciales plantea la entrada en vigor de estas normas⁶³. El primero presenta la alternativa entre una entrada en vigor simultánea para todo el ámbito material y personal de la propia norma y otra sucesiva para diferentes partes de ese mismo ámbito. El segundo obliga a elegir entre una entrada en vigor inmediata, a partir de la elaboración y publicación de la norma, y una entrada en vigor aplazada, con fijación de *vacatio legis*.

9. La primera alternativa -simultaneidad o escalonamiento de la entrada en vigor de los Pactos y Acuerdos- no parece que, en términos generales, pueda justificarse en la práctica. Hay que admitir, sin embargo, que las partes podrían acordar una entrada en vigor escalonada, sucesiva para diferentes áreas del conjunto

⁶³. Vid. RODRIGUEZ SAÑUDO, F., op. cit., pág. 98.

La naturaleza

funcional, territorial o personal del Pacto o Acuerdo⁶⁴. Téngase en cuenta a este respecto, que el proceso de unificación del régimen jurídico funcional no ha terminado con los estatutos personales de ciertos colectivos funcionariales. De este modo, puede suceder que los ámbitos funcional y personal de las mesas generales de negociación, no posean la suficiente homogeneidad para permitir que la entrada en vigor de los Pactos y Acuerdos se produzca al mismo tiempo para todo el conjunto. No sería admisible, en cambio, si se trata de una decisión caprichosa, carente de una justificación suficiente. Sería exigible, de otra parte, que tal procedimiento de entrada en vigor no llevase aparejada ninguna discriminación entre las diferentes áreas de la aplicación sucesiva.

10. En la segunda alternativa -entrada en vigor inmediata o diferida, pero siempre unitariamente para todo el ámbito funcional y personal del Pacto o Acuerdo-, la elección está condicionada por la conveniencia de permitir el mejor conocimiento del texto aprobado. La normativa más general del ordenamiento jurídico español sobre la materia establece el sistema de *vacatio legis* o aplicación diferida. El art. 2.1 del C.c. dispone, como es bien sabido, que "las leyes entrarán en vigor a los veinte días de su completa publicación en el Boletín Oficial del Estado, si en ellas no se dispone otra cosa". Sin embargo, la doctrina ha entendido que

⁶⁴. Sobre la utilización de esta técnica en la negociación colectiva laboral ver RODRIGUEZ SAÑUDO, F., op. cit., pág. 99.

La naturaleza

el sistema establecido en este precepto, ha de entenderse como que la regla general de entrada en vigor de una norma jurídica es la fecha que la misma dispone o se deriva de su contenido y que la norma excepcional es la *vacatio legis*⁶⁵. Por lo que se refiere a los Pactos y Acuerdos, las partes pueden señalar libremente una fecha inmediata o diferida de entrada en vigor.

Esta libertad de las partes en relación con el momento inicial de vigencia puede dar lugar en la práctica una gama de variantes. Así, y probablemente sea la que más se utilice, pueden señalar una fecha exacta, sin más aclaración⁶⁶. Pero también pueden optar por otros momentos, como puede ser la fecha de publicación en el diario oficial correspondiente⁶⁷, la de la firma de los Pactos y Acuerdos⁶⁸, la de la aprobación por el Consejo de Ministros o la de depósito.

Si las partes no han previsto o establecido de modo expreso la

⁶⁵. Ver, por todos, PELEGRI y GIRON, J., op. cit., pág. 483.

⁶⁶. Esta es la solución habitual en los Pactos y Acuerdos.

⁶⁷. Así, el A.M.A. dispone que entrará en vigor a partir del día siguiente al de su publicación.

⁶⁸. Así, por ejemplo, el Acuerdo general sobre condiciones de trabajo para 1.991 (B.O., 29-5-1.991) y el Acuerdo sobre jornada, horarios y reparto de fondo económico de la Comunidad Autónoma de Cantabria para 1.991 (B.O., 16-12-1.991).

La naturaleza

fecha inicial de entrada en vigor, habrá que entender, de acuerdo con el art. 2.1 del C.c., que entran en vigor a los veinte días de su completa publicación en el Boletín oficial correspondiente, salvo que de su contenido pueda deducirse una fecha de entrada en vigor distinta de la prevista en el C.c.⁶⁹. En efecto, esta disposición legal exige para que no se aplicable el sistema de la *vacatio legis* que en la norma "se disponga otra cosa", pero no exige una disposición expresa en tal sentido, por lo que del contenido de los Pactos y Acuerdos puede derivarse una fecha de comienzo distinta.

1.2. La eficacia retroactiva.

11. Los Pactos y Acuerdos -coincidiendo también en este aspecto con los convenios colectivos⁷⁰- pueden determinar que su contenido se aplique con efecto retroactivo, consiguiendo con ello que lo acordado se aplique desde un momento anterior a la

⁶⁹. El A.N.C. y el Acuerdo sobre formación del personal al servicio de las A.A.P.P. (B.O.E., 2-4-1.991) no subrayan en qué fecha entran en vigor.

⁷⁰. Sobre la eficacia retroactiva de los convenios colectivos ver RODRIGEZ-SAÑUDO, F., op. cit., pág. 101. En este sentido, las S.T.C.T. de 18 de junio de 1.981, 3 de febrero y 20 de octubre de 1.987; las S.T.S. de 28 de octubre de 1.986, 24 de junio de 1.988, 17 de septiembre de 1.989 y la S.T.S.J. de Cataluña de 20 de diciembre de 1.991, entre otras.

La naturaleza

conclusión y publicación del texto mismo⁷¹. Esta práctica se justifica por el hecho de que, en la sucesión de distintos acuerdos, la negociación puede sufrir retrasos que impidan la conclusión puntual del nuevo acuerdo para el momento en el que el anterior haya perdido vigencia; puesto que el nuevo acuerdo se concluye en fechas posteriores a aquélla en que el anterior debió dejarse de aplicar, mediante esta técnica se asegura el engarce exacto entre uno y otro. La L.O.R.A.P., coincidiendo en este punto con el E.T., expresamente no reconoce a las partes negociadoras esta facultad; pero su legitimidad no puede ponerse en duda pues la misma está implícita en la libertad de las partes para fijar la duración de los acuerdos negociales.

12. Es más esta práctica será no sólo posible, sino, además, obligatoria en materia de retribuciones, prestaciones y pensiones de las clases pasivas y, en general, en todas aquellas materias que dependan, en alguno sentido, de los Presupuestos Generales del Estado. Si su negociación sufre retrasos, ya sea por causas imputables a las propias partes o por causas ajenas a ellas, como, verbigracia, el retraso en la aprobación de las leyes presupuestarias, que impidan la conclusión puntual del nuevo Acuerdo o Pacto antes del primer día del ejercicio económico correspondiente, deberán aplicarse con efectos retroactivos desde

⁷¹. Así, OJEDA AVILES, A., "Validez..", cit., pág. 305.

La naturaleza

esta fecha, y ello aún cuando las partes no lo hayan previsto expresamente. Como más adelante se comenta, la prórroga de los Pactos y Acuerdos del ejercicio anterior, salva la solución de continuidad entre Pactos y Acuerdos sucesivos, pero no excluye el que una vez concluidos los nuevos Pactos y Acuerdos, éstos se apliquen desde el 1 de enero. Con lo que, a partir del día siguiente al término del Pacto o Acuerdo anterior, se seguirá aplicando las retribuciones determinadas en éstos, pero cuando los nuevos entren en vigor se liquidarán y, en su caso, se abonarán las diferencias entre aquellos y los superiores pactadas en estos segundos.

13. Por lo que se refiere al resto de materias, el tema de la vigencia retroactiva, salvo alguna excepción, ni siquiera puede plantearse, careciendo totalmente de sentido⁷²; piénsese, por ejemplo, en las cláusulas referidas al reconocimiento de determinadas facilidades para el ejercicio de la actividad de los representantes de los funcionarios públicos o a la aplicación de medidas sobre salud laboral.

2. Terminación de la vigencia del los Pactos y Acuerdos.

⁷². En este mismo sentido, y en relación con los convenios colectivos, se manifiestan MERINO SENOVILLA, H., y ROMAN DE LATORRE, M^a.D., "La vigencia de los convenios", R.L., núm. 6, 1.986; RODRIGUEZ-SAÑUDO, F., op. cit., pág. 102.

La naturaleza

14. Dos temas esenciales se plantean en relación con la terminación de la vigencia de los Pactos y Acuerdos. El primero presenta la alternativa entre la fijación de una fecha de finalización determinada, directa o indirectamente, y otra que quedase indeterminada⁷³. El segundo obliga a elegir entre una duración única para todo el contenido del Acuerdo o Pacto, considerando así unitariamente desde el punto de vista temporal, y una duración diferenciada, por materias o grupos de materias.

2.1. Duración determinada.

15. Las partes, como se ha visto, pueden fijar una fecha de finalización determinada, directa o indirecta. Se trata de un Pacto o Acuerdo de duración determinada. Esta fórmula suscita una doble cuestión. En primer lugar, la relativa al esclarecimiento del momento en que decae su vigencia, y la segunda, concerniente a la delimitación de los supuestos en que, habiéndose fijado una duración determinada, es posible adelantar ésta a una fecha anterior a la acordada.

16. Respecto a la primera de las cuestiones planteadas, conviene tener en cuenta que la llegada al término final pactado

⁷³. Los Pactos y Acuerdos generalmente tienen una duración determinada (anual o bianual). Excepcionalmente, algunos, como por ejemplo el A.M.A. o el Acuerdo sobre formación del personal al servicio de las A.A.P.P. tienen una vigencia indefinida.

La naturaleza

por las partes no supone, necesariamente, la decadencia de la vigencia del convenio colectivo. En efecto, el art. 86.2 del E.T. exige la denuncia expresa del convenio por alguna de las partes para que la terminación pactada se aplique efectivamente, convirtiendo así la fecha establecida en punto efectivo de decadencia de lo convenido. La falta de denuncia del convenio determina la prórroga automática por un año y sucesivamente de año en año de no mediar denuncia expresa de una de las partes (art. 86.2 E.T.)⁷⁴. La prolongación de la vigencia supone, en la previsión de la ley, que el texto queda inalterado durante la prórroga o prórrogas. Las partes, pueden, sin embargo, acordar para este caso la introducción de determinadas modificaciones, pero la representación sindical no podrá recurrir a la huelga para presionar la modificación del convenio durante la prórroga automática.

La L.O.R.A.P., en cambio, nada prevé respecto a denuncias y prórrogas automáticas, por lo que hay que suponer que despliega toda su eficacia el llamado principio de orden normativo: es decir que llegado el Acuerdo o Pacto a su término, decae sin limitación alguna la vigencia de su contenido, sin necesidad de que ninguna de

⁷⁴. Sobre la prórroga automática de los convenios colectivos ver, por todos, RODRIGUEZ-SAÑUDO, F., op. cit., págs. 109 y ss.

La naturaleza

las partes realice una declaración de voluntad en este sentido⁷⁵.

Aunque no pueda asegurarse que esta omisión haya sido deliberada, probablemente se deba a que la prórroga automática de los Pactos y Acuerdos no es posible en materia económica. Ello no obstante, y en relación con el resto de materias, las partes pueden acordar expresamente que la fecha final convenida no sea definitiva, exigiendo para que sea efectiva alguna comunicación unilateral de las partes⁷⁶. La facultad que tienen de fijar la vigencia de lo acordado se extiende al periodo de tiempo dentro del cual se van a aplicar las cláusulas convenidas. Lógicamente, dentro de esta facultad se comprende la de decidir si, una vez llegada la fecha prevista, el Pacto o Acuerdo no termina automáticamente sin que alguna de las partes realice una declaración de voluntad en ese sentido⁷⁷. Sin embargo, no se trataría de una prórroga automática

⁷⁵. Así, GARCIA FERNANDEZ, M., "Representatividad sindical y negociación colectiva en el sector público", A.L., núm. 42, 1.988, pág. 2.472.

⁷⁶. Los Acuerdos de la Comunidad Autónoma del País Vasco suelen exigir su denuncia previa con una determinada antelación a la finalización de su vigencia, porque de no mediar tal denuncia se prorrogan provisionalmente. Ver, por todos, el Acuerdo de regulación de condiciones laborales del personal de la Universidad del País Vasco para 1.991-1.992.

⁷⁷. Así, por ejemplo, el Acuerdo sobre las condiciones de trabajo del personal docente público no universitario para 1.989-1.990 (B.O., 14-11-1.989) dispone, en su art. 4, que "este Acuerdo se prorrogará tácitamente de año en año, a partir del 1 de enero de 1.991, salvo que hubiese denuncia expresa de alguna de las partes

La naturaleza

en sentido estricto, pues, en realidad, no ha finalizado la vigencia pactada de los Pactos y Acuerdos, que sigue rigiendo por voluntad de las partes. El pacto entre las partes ha señalado un término final de forma determinada, pero condicionado al acaecimiento de la denuncia de alguna de las partes.

17. El segundo punto que queda por analizar en relación con este tema es el de la posibilidad de que, habiéndose fijado una duración determinada, se adelante ésta a una fecha anterior a la acordada. Dos casos distintos pueden imaginarse:

a) La terminación ante tempus es planteada únicamente por una de las partes.

Es claro que tal planteamiento debe basarse, en todo caso, en una causa suficiente; en términos generales, tales causas podrían ser las siguientes:

1ª) Cuando las partes, en el ejercicio de su libertad para establecer la duración del Pacto o Acuerdo, hayan previsto la

firmantes del mismo con una antelación de al menos dos meses al término de su periodo de vigencia o al de cualquiera de sus prórrogas" y que "durante el tiempo que media entre la fecha de su expiración y de la entrada en vigor del nuevo Acuerdo que lo sustituye, se entenderá prorrogado a todos sus efectos". Por su parte, el Acuerdo general sobre condiciones de trabajo de la Comunidad Autónoma de Madrid dispone que de no ser denunciado quedará prorrogado automáticamente.

La naturaleza

posibilidad de una denuncia "ante tempus" condicionada, pendiente del acaecimiento de un hecho futuro e incierto. Determinados hechos económicos, mesurables objetivamente, pueden imaginarse materializando la condición. Por ejemplo, la denuncia es posible si el índice de precios al consumo en un momento determinado de la vigencia del Pacto o Acuerdo alcanza una cifra preestablecida.

2ª) Cuando se produzca una modificación de las circunstancias que rodearon la conclusión del instrumento negocial en vigor de tal entidad que permitan la aplicación de la llamada cláusula "rebus sic stantibus"⁷⁸. El texto de los Pactos y Acuerdos es el resultado de un equilibrio entre los respectivos intereses y posiciones de las partes; equilibrio conseguido en un momento determinado -por definición, en el momento de firma del Pacto o Acuerdo- y en un marco preciso de circunstancias. Alteradas éstas de forma sustancial, se puede plantear la reapertura de la negociación con la finalidad de reestablecer el equilibrio gravemente alterado. Seguramente se está ante un supuesto más teórico que real, ya que la limitada duración que van a tener los Pactos y Acuerdos, al menos en materia retributiva, obliga a pensar que un conflicto de este tipo no ha de plantearse con mucha frecuencia. Pero lícito en todo caso, siempre que la gravedad del cambio sea suficiente para abrir la revisión del contenido el Pacto o Acuerdo.

⁷⁸. En el mismo sentido, y en relación con los convenios colectivos, RODRIGUEZ SAÑUDO, F., op. cit., pág. 106.

La naturaleza

3ª) Cuando el Pacto o Acuerdo haya sido incumplido por una de las partes y la otra opte por su resolución. Ha de tratarse, sin embargo, de un incumplimiento grave, evidente y que haya sido constatado, por ejemplo, en virtud de resolución judicial.

La L.O.R.A.P., evidentemente, no tiene en cuenta de una manera expresa la posibilidad de una terminación ante tempus del Pacto o Acuerdo en estos casos. La respuesta debe ser, efectivamente, que la reapertura de la negociación con la finalidad de revisar el Pacto o Acuerdo es la solución que se impone. Así, se desprende de la doctrina general del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la huelga sentada en la sentencia de 8 de abril de 1.981, ya que en los supuestos antecitados admite, como hemos visto, la posibilidad de que las organizaciones sindicales, puedan recurrir a la huelga para presionar la modificación o revisión del acuerdo en vigor.

b) La terminación anticipada del Pacto o Acuerdo puede realizarse de comun acuerdo entre las partes, revisando o sustituyendo el texto vigente; en congruencia con su facultad de fijar el término del acuerdo en el momento de su firma, es necesario admitir que pueden reducir esa duración de forma acordada en un momento posterior. Si, en términos generales, la anticipación del término de la vigencia del Pacto o Acuerdo debe considerarse lícita y posible, no puede dejar de advertirse la existencia de determinados límites a tal amplia facultad. En principio, este

La naturaleza

supuesto puede plantearse cuando, como en el caso analizado anteriormente, las circunstancias se han alterado fundamentalmente y ambas partes están de acuerdo para adaptar el Pacto o Acuerdo a las nuevas condiciones.

Los problemas surgen cuando, sin existir razones de tanta gravedad, se coincide en la conveniencia de acordar la terminación ante tempus del Pacto o Acuerdo y de abrir una nueva negociación para concluir uno nuevo. De acuerdo con el principio contractualista, la terminación "ante tempus" deberá ser acordada por mutuo disenso de las partes que lo negociaron, lo que significa que, del lado de los funcionarios, entrarán en el mutuo disenso las organizaciones sindicales que lo hubiesen firmado y no los que, pudiendo hacerlo, no lo hicieron (autoexclusión o descuelgue posterior en la negociación)⁷⁹. Si bien, una vez abierta la negociación -revisión del Pacto o Acuerdo en cuestión-, es evidente que no podrán oponerse a que los sindicatos no firmantes que tengan

⁷⁹. En esta dirección, el A.M.A dispone que cuando se trate de revisar un acuerdo anterior, la negociación se abrirá cuando lo acuerden las partes firmantes del mismo. A este respecto, conviene subrayar las diferencias que existen con la negociación colectiva laboral, ya que en este caso, si se alteran los presupuestos subjetivos durante la vigencia del convenio colectivo, las nuevas organizaciones con legitimación negocial pueden determinar la terminación ante tempus del convenio por mutuo disenso. Así, OJEDA AVILES, A., Derecho..., cit., pág. 722.

La naturaleza

legitimación para negociar en dicho ámbito puedan participar en ella⁸⁰.

2.2. Duración indefinida.

18. Las partes pueden renunciar a señalar expresamente una fecha de finalización de la vigencia de los acuerdos negociales, de forma que ésta quede indeterminada. Se trataría en este caso de Pacto o Acuerdo de duración indefinida. Una fórmula de este tipo, sin embargo, podría dar lugar a una situación conflictiva si las partes no están de acuerdo para decidir, en un momento determinado de la vigencia del Pacto o Acuerdo, la terminación de sus efectos y su sustitución por un texto total o parcialmente diferente. Podrían ser, por tanto, razones de oportunidad o de estrategia comercial las que desaconsejaran la vigencia indeterminada. Sin embargo, el posible conflicto, planteado cuando una de las partes desea revisar el acuerdo y la otra se niega podría evitarse con un pacto adicional de duración mínima y la exigencia de una denuncia una vez agotada aquella, que complementasen la regulación de duración indefinida.

2.3. Duración diferenciada para distintas materias.

⁸⁰. Véase la S.T.C.O. 73/1.984, de 27 de junio y el comentario de la misma por ALONSO OLEA, M., "Legitimación para la revisión de convenio colectivo", R.E.D.T., núm. 21, 1.985, pág. 123 y ss.

La naturaleza

19. En el sector laboral, el art. 86.1 del E.T. prevé la posibilidad de pactar periodos de duración diferentes en relación con materias⁸¹. Los convenios son un conjunto sistemático que regulan las condiciones de trabajo de un sector, una empresa,..etc. Por ello, cuando un convenio colectivo llega a su término y se abren nuevas negociaciones, es todo el conjunto de materias negociables el que queda abierto a una nueva regulación. Ello tiene el aspecto negativo de obligar a la renegociación de materias no sometidas de forma tan intensa a la erosión del transcurso del tiempo y de las modificaciones de las circunstancias económicas y que, por tanto, pueden tener una regulación con una duración más amplia que las materias económicas⁸². Con el fin de obviar tales inconvenientes, el legislador admite la duración diferenciada según las materias o grupos de materias "dentro del mismo convenio". Así, con independencia de la diversidad de periodos de duración, se mantiene la unidad del texto convenido.

20. En cambio, la apertura del proceso negociador en el ámbito funcional no obliga a las partes a renegociar todas las materias susceptibles de negociación, pues según el art. 33 L.O.R.A.P." comprenderá, entre las materias relacionadas en el

⁸¹. Sobre la duración diferenciada de los convenios colectivos ver RODRIGUEZ-SAÑUDO, F., op. cit., pág. 108.

⁸². RODRIGUEZ SAÑUDO, F., op. cit., pág. 94.

La naturaleza

artículo anterior, las que ambas partes estimen oportuno"⁸³. Por eso, y teniendo en cuenta que los Pactos y Acuerdos van a sustituir a los reglamentos y que éstos están dispersos, es previsible que la negociación concluya en diversos instrumentos según las materias. La aplicación práctica de la ley parece ir en esta dirección. En este contexto, el tema de la duración diferenciada para las distintas materias no tiene mucho sentido. No obstante ello, debe admitirse la posibilidad indicada⁸⁴.

II. LA EFICACIA PRORROGADA DE LOS PACTOS Y ACUERDOS.

21. Una vez termina la vigencia del Pacto o Acuerdo, lo normal es que éstos vengán seguidos por otro que las partes han negociado. Puede suceder, sin embargo, que las negociaciones concluyan con posterioridad a esta fecha, con lo que durante este periodo de tiempo existe un vacío normativo. Para obviar este problema el art. 86.3 del E.T. dispone que "denunciado un convenio,

⁸³. Así, ESCUDERO RODRIGUEZ, R., op. cit., pág. 96, quien afirma que puede haber temas sobre los que la negociación no se pronuncie.

⁸⁴. Así lo admite, ESCUDERO RODRIGUEZ, R., op. cit., pág. 96. Así, por ejemplo, el Acuerdo de regulación de condiciones de trabajo del personal al servicio de la Comunidad Autónoma de Euskadi para 1.990 (B.O., 16-6-1.990), el Acuerdo de regulación de condiciones de trabajo del personal del Servicio Vasco de Salud para 1.988, 1.990-1.991 (B.O., 31-1-1.989), y el Pacto de condiciones de trabajo de la Rioja para 1.990-1.991 (B.O., 10-11-1.990) establecen una duración distinta para determinadas materias.

La naturaleza

y hasta tanto no se logre acuerdo expreso, perderán vigencia solamente sus cláusulas obligacionales, manteniéndose en vigor en cambio, su contenido normativo". La idea central es que el convenio que ahora termina va a ser seguido por otro distinto que las partes están negociando ya o se disponen a negociar; la norma asegura, sobre esta base, que no se va a producir una solución de continuidad en la regulación contenida en el caso de que las partes no hayan concluido el acuerdo sustitutorio⁸⁵.

22. La L.O.R.A.P. no ha previsto, en cambio, un mecanismo similar a la prórroga provisional de los convenios colectivos. Aunque no pueda asegurarse que esta omisión haya sido deliberada, parece que al legislador no le preocupan los vacíos de regulación entre los Pactos y Acuerdos sucesivos. Quizás sea porque los derivados de las posibles dificultades de alcanzar un acuerdo destinado a renovar el expirado pueden ser resueltos por la propia Administración Pública a través de una disposición reglamentaria. También puede haber influido la existencia en el ordenamiento jurídico administrativo de mecanismos específicos para suplir las insuficiencias normativas, como es el de la suplencia general del Derecho del Estado respecto al de las C.C.A.A. (art. 149.3 C.E.). Así, los vacíos normativos en las esferas autonómica y local deberían superarse mediante la aplicación supletoria de los Pactos

⁸⁵. Vid. RODRIGUEZ SAÑUDO, F., op. cit., pág. 124. Vid. la S.T.S. de Madrid de 29 de marzo de 1.991.

La naturaleza

y Acuerdos alcanzados en las mesas de negociación de la Administración del Estado, ya que el Derecho del Estado no es sólo la legislación del Estado, sino todo su sistema de fuentes⁸⁶.

23. Ciertamente, como más adelante se comenta, los impases de la negociación se van a prolongar por un periodo de tiempo más breve que en el sector laboral, pues la Administración puede poner fin a los mismos mediante un reglamento. Pero también es cierto que la "decisión administrativa" sólo cabe una vez se hayan agotado todas las posibilidades de acuerdo, lo que exige esperar un plazo de tiempo prudencial. Durante este periodo de tiempo va a existir un vacío de regulación con repercusiones para los funcionarios todavía más graves que el sector laboral. En ausencia de Pactos y Acuerdos, el bloque ordinamental aplicable a las relaciones de trabajo de los funcionarios se reduce a la ley; ley que en la mayoría de los casos no podrá ser aplicada sin el complemento indispensable del Pacto o Acuerdo o, en su caso, del reglamento sustitutorio.

Por otra parte, la aplicación supletoria de los Pactos y Acuerdos resulta una medida insuficiente e inadecuada para resolver este tipo de problemas. Ante todo, porque no alcanza a cubrir los vacíos originados en la propia esfera estatal.

⁸⁶. GARCIA DE ENTERRIA, E y RAMON FERNANDEZ, T., op. cit., pág. 347.

La naturaleza

Además, aunque el contenido del nuevo Pacto o Acuerdo se aplique con efecto retroactivo, es claro que en el aspecto práctico esta medida resulta insuficiente pues no llega a cubrir plenamente el periodo de vacío normativo. De una parte, porque, como se ha visto, existe un conjunto importante de materias a las que, por su propia naturaleza, carece de sentido que se les conceda efecto retroactivo⁸⁷. Pero, además, y fundamentalmente porque el carácter retroactivo nunca podrá alcanzar a determinados derechos o deberes que hayan sido ejecutados⁸⁸.

24. Así las cosas, y para evitar estos vacíos normativos, las partes pueden establecer la eficacia prorrogada de los Pactos y Acuerdos. El legislador no dice nada al respecto; pero, dada la amplitud con que reconoce la libertad de las partes para fijar la duración de los Pactos y Acuerdos, no puede ponerse en duda dicha posibilidad. Nótese, que el propio art. 86.3 del E.T. tiene una naturaleza parcialmente dispositiva, de forma que los agentes negociadores, como más adelante se comenta, pueden establecer la

⁸⁷. Idéntico argumento formulan en relación a los convenios colectivos LOPERENA CASTILLEJA, M^a.J., "Límites de aplicación del contenido normativo del convenio denunciado", R.L., núm. 17, 1.988, pág. 12; VALDES DAL-RE, F., "Sobre la prórroga de la vigencia de los convenios colectivos denunciados y vencidos", A.L., núm. 27, 1.986, pág. 1.373.

⁸⁸. Así, ALBIOL MONTESINOS, I., El Estatuto de los Trabajadores, Comentarios a la Ley 8/1.980, de 10 de marzo, Madrid, 1.981, pág. 579.

La naturaleza

ultraactividad de determinadas cláusulas obligacionales con la salvedad de las cláusulas de paz⁸⁹. De esta manera, las partes pueden fijar una duración mayor para el propio Pacto o Acuerdo que se prolongará hasta que no sea sustituido por otro, con lo cual se puede producir una prórroga paralela a la del contenido normativo de los convenios colectivos⁹⁰. Sin embargo, en este caso no se podría hablar de prórroga, pues, en realidad, no ha finalizado la vigencia pactada de los Pactos y Acuerdos, que sigue rigiendo por voluntad de las partes. El pacto entre las partes ha señalado un término final de forma indeterminada y hasta ahí tiene que llegar el contenido del mismo.

Cuando las partes no hayan previsto nada sobre este extremo, cabría proponer la ultraactividad del contenido normativo de los Pactos y Acuerdos en base a la aplicación analógica del art. 86.3 del E.T. Esta medida, por lo demás, encuentra también justificación normativa en lo que atañe a las materias que dependen de los

⁸⁹. GARCIA MURCIA, J., citado por MARTIN VALVERDE, A., "Régimen jurídico de las cláusulas de los convenios colectivos según su carácter normativo u obligacional", en A.A.V.V., El contenido de los convenios colectivos: contenido normativo y contenido obligacional, II Jornadas de Estudio sobre la negociación colectiva, Madrid, 1.990, pág. 20.

⁹⁰. Así, los Acuerdos de la Comunidad Autónoma de Euskadi suelen contener una cláusula en virtud de la cual se entienden prorrogados expresa, temporal y accidentalmente hasta la entrada en vigor de un nuevo Acuerdo que los sustituya. Ver, por todos, el Acuerdo de regulación de condiciones de trabajo del personal al servicio de la Comunidad Autónoma de Euskadi para 1.992.

La naturaleza

Presupuestos Generales del Estado en los arts. 134.4 y 56. de la C.E. y L.G.P., respectivamente. Estos preceptos determinan que si la Ley de Presupuestos no se aprobara antes del primer día del ejercicio económico "se considerarán automáticamente prorrogados los Presupuestos del ejercicio anterior hasta la aprobación de los nuevos". La prórroga del presupuesto anterior implica necesariamente la prórroga tanto de la Ley de Presupuestos como de aquellas normas imprescindibles para su ejecución.

Por lo demás, la ultraactividad prorrogada de los Pactos y Acuerdos autonómicos no contraría la cláusula de suplencia del art. 149.3 C.E. Este precepto precluye la integración de las lagunas del derecho autonómico mediante la aplicación de otro derecho autonómico o extranjero⁹¹, pero no mediante la aplicación prorrogada de un Pacto o Acuerdo autonómico. Partiendo del presupuesto de que la capacidad de autointegración del Derecho autonómico es una cualidad inherente al ámbito competencial propio⁹², hay que aceptar la posibilidad indicada.

25. La eficacia prorrogada de los Pactos y Acuerdos plantea

⁹¹. BALAGUER CALLEJON, F., "La integración del Derecho autonómico y la aplicación supletoria del Derecho estatal", R.A.P., núm. 124, 1.991, pág. 115; GARCIA DE ENTERRIA, E. y RAMON FERNANDEZ, T., op. cit., pág. 346.

⁹². Vid. BALAGUER CALLEJON, F., op. cit., págs. 124 y ss.

La naturaleza

una serie de puntos que vale la pena considerar. La primera cuestión que se suscita es la de determinar su duración, esto es, delimitar los términos inicial y final de la misma. Debe entenderse que el primero comienza a partir de la fecha en que decae la vigencia del Pacto o Acuerdo.

Por lo que se refiere al término final, debe tenerse en cuenta que la prórroga del contenido normativo de los convenios colectivos tiene lugar "hasta que no se logre acuerdo expreso"; por este último hay que entender el acuerdo sobre la renovación del convenio, la adhesión a otro convenio o el compromiso de remitir la cuestión a arbitraje o, en caso de ruptura de las negociaciones, sea sustituido por otro convenio de ámbito superior⁹³. El único acto con fuerza suficiente para poner fin a la eficacia prorrogada del convenio es otro acto de autonomía colectiva, pero no la extensión o una disposición reglamentaria, pues las circunstancias que permiten estos actos de intervención de la autoridad no se dan en este supuesto⁹⁴.

⁹³. Ver, por todos, LOPERENA CASTILLEJO, M^a.J., op. cit., págs. 17 y ss; RAMIREZ MARTINEZ, J. M^a. y SALA FRANCO, T., "Alcance de la vigencia del convenio denunciado (ex art. 86.3 E.T.), A.L., núm. 16, 1.987, págs. 585 y ss.

⁹⁴. Así, LINARES LORENTE, J.A., "El régimen de extensión y prórroga de los convenios colectivos en atención a su contenido normativo u obligacional", en A.A.V.V., El contenido de los convenios colectivos: contenido normativo y contenido obligacional, II Jornadas de estudio sobre la negociación colectiva, Madrid, 1.990, pág. 23. En sentido contrario, LOPERENA CASTILLEJO, M^a.J.,

La naturaleza

26. En la Función Pública, en cambio, la prórroga provisional tiene lugar hasta que las partes no lleguen a un acuerdo sobre la renovación de la norma o la remisión con éxito de la cuestión a un tercero mediador o, fracasado todo intento en este empeño o dirección, la Administración no dicte un Reglamento.

27. A la vista de cuanto queda dicho, cabe destacar las siguientes diferencias en orden al límite final de la prórroga de los convenios colectivos y de los Pactos y Acuerdos.

En primer lugar, mientras sólo un acto de autonomía colectiva puede poner fin a la prórroga provisional del convenio colectivo; en cambio, la de los Pactos y Acuerdos puede terminar tanto con un acto de autonomía colectiva como con un acto de intervención de la autoridad administrativa.

En segundo lugar, y como consecuencia de lo anterior, la prórroga provisional en el ámbito funcional, va a tener una duración inferior que en el laboral, donde por diversas razones puede prolongarse durante un periodo de tiempo bastante amplio⁹⁵.

op. cit., pág. 19.

⁹⁵. CAMPS RUIZ, L. y SALA FRANCO, T., "Los convenios colectivos extraestatutarios; eficacia, articulación con los convenios estatutarios e incidencia sobre el deber de negociación", D.L., núm. 21, 1.987, pág. 142, sostienen que el art. 86.3 del E.T. configura una prórroga indefinida en tanto no exista convenio

La naturaleza

Finalmente, conviene notar que la ultraactividad de las cláusulas normativas establecidas en los Pactos y Acuerdos, al igual que la de los convenios colectivos⁹⁶, desempeña una función de estabilidad normativa y de pacificación social. Por contra, no cumple un papel de favorecimiento a los funcionarios y a sus representantes sindicales, pues en ningún caso representa una garantía de que las condiciones establecidas en las anteriores negociaciones se vayan a mantener como punto de partida⁹⁷.

Otro tema problemático es el relativo a la extensión material de la prórroga del Pacto o Acuerdo. La ley establece la ultraactividad de las cláusulas normativas de los Pactos y Acuerdos. En cambio, para las cláusulas obligacionales señala unos efectos contrarios a los que se acaban de comprobar, tales cláusulas perderán vigencia desde el momento de la denuncia. Ello

colectivo aplicable. Por su parte, RODRIGUEZ SANTOS, B., Comentarios al Estatuto de los Trabajadores, Vol. II, Valladolid, 1.985, pág. 972, entiende que la prórroga dura hasta que el convenio sea sustituido por otro.

⁹⁶. Vid., por todos, RODRIGUEZ PIÑERO, M., "La aplicación en el tiempo del convenio colectivo", A.L., núm. 9, 1.986, pág. 6.

⁹⁷. En este sentido, SALA FRANCO, T. y otros, Derecho del Trabajo, Valencia, 1.991, pág. 264, afirman que el art. 86.3 proporciona un cierto apoyo para lograr una cierta irreversibilidad in peius de los convenios colectivos, ya que a los trabajadores les bastará con no firmar el nuevo convenio para mantener el nivel de derechos del anterior, que se convertirá así, de hecho, en el suelo de la contratación.

La naturaleza

plantea la cuestión de determinar el significado exacto de este contenido obligacional que, al parecer, en bloque y por imperativo de la ley decae automáticamente.

28. Sobre este tema se han producido distintas tesis. Sobre la base de que el E.T. no delimita el concepto ni la extensión de esta parcela del convenio, se sostiene que el art. 86.3, cuando habla de que caducarán las cláusulas obligacionales, ha recogido el todo por la parte, pero que únicamente la paz laboral debe entenderse comprendida en esta decadencia⁹⁸. Otros, buscando una interpretación de la ley, que, siendo respetuosa con su tenor literal evite una lectura excesivamente rígida del mismo, sostienen la naturaleza parcialmente dispositiva de este precepto. De acuerdo con esta exposición, nada impide a quienes negocian un convenio establecer expresamente la ultraactividad de determinadas cláusulas.

⁹⁸. Así, RODRIGUEZ SAÑUDO, F., op. cit., pág. 130-131. Criterio al que se adhiere GARCIA-PERROTE ESCARTIN, F., en su comentario a la S.T.C.T. de 22 de mayo de 1.987 publicado en R.L., núm. 20, 1.987, pág. 79.

CAPITULO III

LA IMPUGNACION DE LOS PACTOS Y ACUERDOS

1. Es necesario determinar cuáles son los remedios de que disponen los particulares y las Entidades públicas para eliminar tanto la fuerza vinculante de los Pactos y Acuerdos ilegales como su apariencia formal perturbadora. La ley nada dice sobre el tema referente a quién y cómo realiza el control de legalidad de los Pactos y Acuerdos. Existe, por tanto, una laguna de la legislación procesal, que obliga al intérprete a una actividad de integración del ordenamiento para llenar el vacío legislativo. Por lo que esta cuestión habrá de ser resuelta a partir de la naturaleza asignada a los mismos: a los Pactos y Acuerdos les corresponderá un mecanismo impugnatorio acorde con su naturaleza. Como se ha asignado una diferente naturaleza a los Pactos y Acuerdos, conviene realizar un examen separado de los mismos.

2. Por lo que se refiere al Acuerdo es preciso sintetizar su naturaleza, porque de ella dependerán las características de su impugnación. Como se ha visto más atrás, el Acuerdo responde al modelo de "contrato colectivo-reglamento" o "reglamento negociado", ya que su fuerza normativa deriva del acto aprobatorio del Consejo de Ministros. El acto de aprobación es un acto reglamentario y no convencional. Establecido su carácter

La naturaleza

reglamentario, debe determinarse si coexisten dos realidades: el reglamento que procede a la aprobación y el Acuerdo aprobado, o si, por el contrario, se trata de una única realidad. El acuerdo del Consejo de Ministros parece asumir el contenido del Acuerdo alcanzado en sede negocial, y le otorga la fuerza normativa. Ello nos lleva a entender que no se trata de dos realidades distintas que mantienen una vida independiente, con distintos sistemas de impugnación, sino una realidad única, que se manifiesta a través del ejercicio del poder reglamentario. Consecuencia necesaria es, pues, la imposibilidad de articular dos procedimientos impugnatorios distintos, uno frente a la decisión de aprobar y el otro frente al Acuerdo en si mismo considerado.

Con este punto de partida, en principio, parece estar resuelto el problema de la impugnación: habrá de efectuarse a través del procedimiento o procedimientos instituidos para las disposiciones de carácter general.

3. La cuestión es más compleja en relación con los Pactos, habida cuenta su carácter convencional. Sin embargo, la solución no ha de ser diferente. Y ello es así porque la pretensión procesal que solicita la nulidad de un Pacto es una pretensión procesal administrativa, cuya conocimiento corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa. Y, en este sentido, debe significarse que en el ordenamiento procesal administrativo la naturaleza del acto impugnado, en principio, no es relevante a la hora de determinar cuál es el proceso idóneo.

I. LAS CAUSAS POSIBLES DE IMPUGNACION.

4. Los Pactos y Acuerdos -coincidiendo con los Reglamentos y los convenios colectivos- han de observar una serie de límites subjetivos, formales y materiales, de cuyo respeto depende su validez. Tales límites no se reducen sólo a la Constitución y a la ley, sino que comprenden también los principios generales del Derecho y otras exigencias institucionales. Si cualquiera de estos límites, legales o extralegales, es rebasado el Pacto o Acuerdo en cuestión resultará viciado de ilegalidad.

5. Dentro de la ilegalidad, habrá que entender tanto la de forma -incumplimiento de las normas en materia de procedimiento de negociación y, muy especialmente, los atentados al principio de buena fe negocial y la falta de competencia y de legitimidad para negociar de las partes contratantes-, como la de fondo -esto es, la infracción de las normas reguladoras del régimen jurídico tanto individual como colectivo de los funcionarios-. Dentro de la ilegalidad material cabe distinguir, a su vez, entre la infracción genérica del ordenamiento jurídico y el menoscabo, interferencia o extralimitación de las competencias normativas de las distintas Administraciones Públicas en materia de Personal.

II. LOS MECANISMOS IMPUGNATORIOS.

6. La Constitución reparte el control de legalidad de las

normas de las Administraciones entre el Tribunal Constitucional y los tribunales ordinarios⁹⁹. Esta nota aconseja prescindir de un tratamiento unitario del control de legalidad de los Pactos y Acuerdos.

1. Los recursos contencioso-administrativos.

7. El control de los reglamentos por los tribunales ordinarios se efectúa a través de la resolución de los recursos contencioso-administrativos. A este respecto, y de acuerdo con el art. 39 de la L.J.C.A., habrá que distinguir entre el recurso directo y el recurso indirecto¹⁰⁰. En el primero de ambos supuestos el objeto directo e inmediato del recurso será el mismo Pacto o Acuerdo cuya validez se ataca. En el segundo, en cambio, lo que se impugnarán en concreto es un acto administrativo de aplicación del Acuerdo o Pacto ilegal y no éste, cuya validez se pone en cuestión, por tanto, de forma indirecta, en la medida en que la impugnación del acto atacado se funda, precisamente, en la ilegalidad del Acuerdo o Pacto del que el acto trae causa. Aquí nos ocupamos únicamente del primero.

8. No obstante antes de entrar en su examen, hay que decir

⁹⁹. Sobre el particular ver, por todos, GARCIA DE ENTERRIA, E. y RAMON FERNANDEZ, T., Curso de Derecho Administrativo, Tomo I, Madrid, 1.987, pág. 220 y ss.

¹⁰⁰. Sobre los recursos contencioso-administrativos directo e indirecto y las relaciones que existen entre ambos ver, por todos, GARCIA DE ENTERRIA, E. y RAMON FERNANDEZ, T., op. cit., págs. 225 y ss; GONZALEZ PEREZ, J., Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo, Madrid, 1.989, págs. 1.175 y ss.

La naturaleza

que ambos recursos son independientes entre si, de modo que podrán utilizarse indistintamente. Esto es muy importante, ya que como veremos, el recurso directo contra los Acuerdos y Pactos sólo podrá intentarse dentro de un plazo muy breve (en los dos meses siguientes a la publicación del mismo), pasado el cual ya no será posible la impugnación directa. Si lo será, en cambio, sea cual sea el tiempo transcurrido, la impugnación de los actos de aplicación del Acuerdo o Pacto, ilegal y la denuncia consiguiente del vicio que lo invalida¹⁰¹. Esta posibilidad, ilimitada en el tiempo, no estará condicionada tampoco ni por la falta de utilización dentro del plazo del recurso directo ni por la suerte que haya podido correr éste, de forma que es perfectamente posible que, aunque el recurso directo hubiera llegado a desestimarse por entender el Tribunal que el Acuerdo o Pacto impugnado no estaba afectado de vicio alguno, pueda obtenerse más adelante una declaración distinta mediante la estimación de un recurso indirecto interpuesto, pasado el tiempo, contra un acto de aplicación del citado Acuerdo o Pacto¹⁰². Ahora bien, en este caso, sólo puede obtenerse la anulación de los actos de aplicación individual de la disposición impugnada.

1.1. La jurisdicción competente.

¹⁰¹. Vid. las S.T.S. 10 de enero de 1.990 y 18 de diciembre de 1.991, entre otras.

¹⁰². De acuerdo con el art. 39.4 de la L.R.J.A.E. "la falta de impugnación directa de una disposición o la desestimación del recurso que frente a ella se hubiere interpuesto no impedirán la impugnación de los actos de aplicación individual fundada en el supuesto previsto en el párrafo 2".

La naturaleza

9. Establecido el carácter reglamentario del Acuerdo, el problema de la jurisdicción parece resuelto: la impugnación debe realizarse ante la jurisdicción contencioso-administrativa, pues se trata de una pretensión procesal administrativa. Y ello es así por una triple razón¹⁰³: 1ª) porque se deduce frente a la Administración o, más concretamente, frente al órgano que otorga su aprobación expresa y formal al Acuerdo; 2ª) porque se dirige a impugnar una disposición reglamentaria, y, precisamente, son los jueces y tribunales del orden contencioso-administrativo los competentes para verificar la adecuación de las disposiciones reglamentarias al ordenamiento jurídico, cualquiera que sea la materia objeto de regulación y la entidad que los hubiere dictado¹⁰⁴; 3ª) porque la actuación que se pide al órgano jurisdiccional está fundada en Derecho administrativo, ya que los Acuerdos, al regular las relaciones jurídico funcionariales, forman parte del ordenamiento jurídico administrativo.

A la vista de todo lo expuesto no, cabe sino concluir que la competencia para conocer de la impugnación judicial de los Acuerdos corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa.

¹⁰³. Sobre los requisitos procesales de la pretensión procesal administrativa ver, por todos, GONZALEZ PEREZ, J., Manual de Derecho Procesal Administrativo, Madrid, 1.990, págs. 186 y ss.

¹⁰⁴. En efecto, así como el art. 1 L.J. limita la extensión de la jurisprudencia contencioso-administrativa a los actos de la Administración sujetos al Derecho Administrativo, cuando alude a los Reglamentos no hace ningún distinguo, sino que se refiere sin más a "las disposiciones de categoría inferior a la ley". En este sentido, GARCIA DE ENTERRIA, E. y RAMON FERNANDEZ, T., op. cit., pág. 232; GONZALEZ PEREZ, J., Manual., cit., pág. 203. Vid, por todas, la S.T.S. de 22 de octubre de 1.986.

La naturaleza

10. Los problemas surgen, sin embargo, en relación con los Pactos, ya que la pretensión procesal no se dirige frente a la Administración, sino frente a los miembros de la mesa negociadora y, además, no se dirige contra una disposición reglamentaria, sino contra un convenio colectivo similar a los regulados por el E.T. En vista de ello, cabría negar a la pretensión que se plantee contra un Pacto el carácter administrativo. Sin embargo, conviene notar que es el fundamento de la pretensión, y no la naturaleza de la persona frente a la que se formula ni el referirse a actos administrativos y disposiciones reglamentarias -a pesar de lo que establece el art. 1 L.J.C.A. y el art. 9.6 L.O.P.J.-, lo que determina la atribución de su conocimiento a los órganos contencioso-administrativos¹⁰⁵. La nota que califica a la pretensión procesal administrativa es su fundamento: la actuación que se pide al órgano jurisdiccional está fundada en el Derecho Administrativo.

Por consiguiente, la impugnación de un Pacto constituirá una pretensión procesal administrativa cuando se invoquen preceptos del Derecho Administrativo. Pero si se funda en normas jurídicas, que no pueden calificarse de administrativas su conocimiento corresponderá a otro orden jurisdiccional (art. 9 L.O.P.J.). Llegados a este punto resulta forzoso distinguir dos supuestos

¹⁰⁵. Vid. GONZALEZ PEREZ, J., Manual..., cit., pág. 89.

La naturaleza

posibles de ilegalidad: primero, cuando proviene de la infracción del bloque ordinamental que disciplina las relaciones jurídico-funcionariales. En este caso, se tratará de una pretensión procesal administrativa pues se funda en normas del Derecho Administrativo. Las dudas podrían surgir cuando la ilegalidad provenga de la infracción de lo dispuesto en la L.O.L.I.S. y normas concordantes como, por ejemplo, cuando se excluya de la negociación a un sindicato con legitimación negocial. Todas estas normas y las relaciones que originan, no obstante, su similitud sustancial con otras del Derecho laboral, son formalmente Derecho administrativo con la consecuencia fundamental de que los conflictos que puedan suscitarse en estas materias entre la Administración y los funcionarios siguen las rutas de la reguladas por éste y, en consecuencia, se resuelven por la jurisdicción contencioso-administrativa con exclusión de la laboral¹⁰⁶.

11. En fin, y a modo de conclusión la jurisdicción competente

¹⁰⁶. PARADA VAZQUEZ, J.R., Derecho Administrativo., cit, pág. 374. Y, así, el art. 3.c) de la L.P.L. ha dispuesto que los órganos jurisdiccionales del orden social no conoceran de "la tutela de los derechos de libertad sindical y del derecho de huelga relativos a los funcionarios públicos y al personal a que se refiere el art. 1.3.a) de la Ley 8/1.980, de 10 de marzo, del Estatuto de los trabajadores". Por lo tanto, la jurisdicción contencioso-administrativa es la competente, en tanto que, a la vista de la L.P.L., no se pueden reconducir al orden jurisdiccional social.

La naturaleza

es la contencioso-administrativa¹⁰⁷. Lo que no quiere decir que, como fundamento de la pretensión, no puedan invocarse preceptos de rango constitucional que puedan resultar infringidos e, incluso, normas de Derecho laboral aplicables directamente o por la vía de la analogía.

Cuestión distinta, y desde una perspectiva de lege ferenda, es, como se ha visto más atrás, la concerniente a la adecuación de esta jurisdicción en orden a la efectividad de la tutela del derecho de negociación colectiva. Los Pactos y Acuerdos son normas de carácter negocial. Y existe una falta de tradición tutelar de la misma con relación a los derechos colectivos de los funcionarios, lo que unido a la inadecuación del proceso especial en materia de personal para canalizar la impugnación de los Pactos y Acuerdos, va a implicar que la Jurisdicción contencioso-administrativa desempeñe

¹⁰⁷. En este sentido, OJEDA AVILES, A., Derecho.., cit., pág. 664, considera que pese al silencio legal la jurisdicción competente para juzgar el comportamiento de las partes durante la elaboración de los Pactos y Acuerdos será la contencioso-administrativa. A este respecto, debe subrayarse que, con independencia de que los conflictos colectivos jurídicos que se planteen en relación con los Pactos y Acuerdos que afectan al personal estatutario deban residenciarse en el orden social, será la jurisdicción contencioso-administrativa la competente para resolver sobre la impugnación de tales normas. Por lo demás, la circunstancia de que una de las partes a quien afecta el Pacto o Acuerdo inste ante la jurisdicción contencioso-administrativa la declaración de nulidad del mismo, no determinará que en el orden social queden imprejuzgadas, por tal circunstancia, las acciones particulares ejercitadas en base a la aplicabilidad del correspondiente Pacto o Acuerdo. Vid. la S.T.S. de 20 de noviembre de 1.991.

La naturaleza

probablemente una función objetiva de contención o de freno de los derechos sindicales y, muy especialmente, del derecho a la negociación colectiva.

Para subsanar las carencias y disfunciones que a este respecto presenta la vía jurisdiccional contencioso-administrativa, cabría sugerir la necesidad de encomendar a la jurisdicción social el conocimiento y resolución de la impugnación de los Pactos y Acuerdos y, en general, de los conflictos colectivos jurídicos que afectan a los funcionarios. Pero también es verdad que los Pactos y Acuerdos no regulan relaciones jurídico-laborales, sino relaciones jurídico-funcionariales, lo que justifica o explica su fiscalización en vía contencioso-administrativa. La actuación que se pide al órgano jurisdiccional está fundada en Derecho Administrativo, por lo que debe ser resuelta por el orden jurisdiccional especializado en esta rama del ordenamiento jurídico. En realidad, la raíz de este problema hay que situarla en la duplicidad de regímenes jurídicos para instrumentar las prestaciones de trabajo en la Administración. Por ello, la solución a este problema pasa por la unificación de los mismos.

1.2. El Procedimiento.

12. En principio, la pretensión procesal dirigida a impugnar una disposición reglamentaria se deduce a través del proceso

La naturaleza

contencioso-administrativo ordinario¹⁰⁸. Sin embargo, en el Derecho procesal administrativo, al lado del proceso ordinario, instituido para hipósteis generales, existen procesos especiales cuyo objeto lo constituyen pretensiones con un fundamento específico. Así, y en primer lugar, cuando la disposición reglamentaria objeto de impugnación versa sobre "cuestiones de personal" la pretensión dirigida a su impugnación no se examina en el proceso ordinario, sino en el proceso previsto en los arts. 113 y ss de la L.J.C.A. para este fin¹⁰⁹. En segundo lugar, cuando la pretensión contra la disposición reglamentaria se funda en la lesión de un derecho fundamental o libertad pública, de los que enumera el art. 53.2 de la Constitución la pretensión puede plantearse a través del proceso para la protección de los derechos fundamentales regulado en la L.P.J.D.F.¹¹⁰.

13. Partiendo de estas premisas, y siendo que los Acuerdos y Pactos regulan las relaciones de trabajo de los funcionarios

¹⁰⁸. Así, GONZALEZ PEREZ, J., Manual..., cit., pág. 375.

¹⁰⁹. Como en los preceptos reguladores de este proceso especial no se dan reglas sobre los actos y reglamentos susceptibles de impugnación rigen las reglas comunes. Por lo tanto, la pretensión puede deducirse en relación con los actos y reglamentos que reúnan los requisitos de los arts. 37 y 39. Así, GONZALEZ PEREZ, J., Manual..., cit., pág. 422. En este mismo sentido, la S.T.S. de 1 de marzo de 1.985.

¹¹⁰. GONZALEZ PEREZ, J., Manual..., cit., pág. 437. Vid. las S.S.T.S. de 12 de marzo de 1.985 y 17 de octubre de 1.986.

La naturaleza

públicos, habrá que concluir que como regla general la pretensión procesal dirigida a su impugnación deberá plantearse a través del proceso especial en materia de personal. Pero si la pretensión se funda en la lesión de un derecho fundamental o libertad pública de los que enumera el art. 53.2 de la C.E., como, por ejemplo, cuando se impugne un Acuerdo o Pacto negociado con exclusión de un sindicato con legitimación negocial, la pretensión podrá deducirse también a través del proceso para la protección de los derechos fundamentales. Aquí nos ocupamos únicamente del primero.

14. Antes de seguir más adelante, hay que decir que la pretensión sólo podrá deducirse a través del proceso especial en materia de personal, sin que sea posible simultanear este proceso con el ordinario ni optar por uno u otro¹¹¹. Por consiguiente, si la pretensión procesal se decide por los trámites ordinarios se habrá seguido una vía equivocada. Sin embargo, ello no determinará la nulidad de actuaciones, ya que en modo alguno se habrán mermado las garantías procesales ni limitado el derecho de defensa de las partes. En cambio, cuando la pretensión se funde en la lesión de un derecho fundamental o libertad pública de los que enumera el art. 53.2 de la Constitución, el intersado podrá optar por el proceso especial en materia de personal o por el proceso de protección de

¹¹¹. Sobre las relaciones que existen entre el proceso ordinario y los procesos especiales ver, por todos, GONZALEZ PEREZ, J., Manual..., cit., pág. 367.

La naturaleza

los derechos fundamentales, o incluso, simultanearlos según estime conveniente para mejor defensa de sus derechos.

15. Se trata, como se sabe, de un proceso especial mediante el cual el legislador ha querido dotar al procedimiento de una mayor agilidad capaz de permitir una decisión más rápida de las contiendas que puedan plantearse entre los entes públicos y el personal a su servicio. Para ello ha suprimido algunos trámites (el de vista o conclusiones y el de alegaciones previas) y ha reducido plazos (quince días, en lugar de veinte, para los escritos de demanda y contestación). En lo restante, se aplican las normas reguladoras del proceso ordinario en lo que no se opongan a las disposiciones aplicables al mismo.

16. Siendo esto así, interesa destacar únicamente los siguientes aspectos: 1º) La legitimación; 2º) el recurso de reposición; y 3º) el plazo de interposición del recurso.

1.2.1. La legitimación.

17. Como en los preceptos reguladores de este proceso no dan reglas sobre la legitimación para impugnar los reglamentos sobre personal habrá que estar a las reglas comunes¹¹².

¹¹². Así, GONZALEZ PEREZ, J., Manual..., cit., pág. 422.

A) La legitimación activa.

18. El tema de la legitimación activa para impugnar las disposiciones reglamentarias viene regulado en el art. 28 de la L.J.C.A.¹¹³. De acuerdo con el apartado 1.a) del citado artículo, están legitimados para demandar la anulación de una disposición reglamentaria y, por ende, los Pactos y Acuerdos, "los que tuvieran interés directo en ello". Sin embargo, la jurisprudencia ha entendido sustituido el concepto de "interés directo" por el de "interés legítimo"¹¹⁴. La jurisprudencia ha ido matizando las

¹¹³. Están legitimados para demandar la declaración de no ser conformes a Derecho, y en su caso, la anulación de las disposiciones de la Administración, según el citado artículo:

"1º) Los que tuvieren interés directo en ello.

2º) Si el recurso tuviere por objeto la impugnación directa de disposiciones de carácter general de la Administración Central, las Entidades, Corporaciones e Instituciones de Derecho Público y cuantas entidades ostentaren la representación o defensa de intereses de carácter general o corporativo, siempre que la disposición impugnada afectare directamente a los mismos, salvo en el supuesto en el art. 39.3, en que bastará la legitimación a que se refiere el apartado 1º.

Si pretendiese, además, el reconocimiento de una situación jurídica individualizada y el restablecimiento de la misma, únicamente está legitimado el titular de un derecho derivado del ordenamiento que se considere infringido por el acto o disposición impugnados".

¹¹⁴, A este respecto, se afirma que "es de tener en cuenta que la Ley Orgánica del Poder Judicial, en su art. 7 párrafo 3 ha sustituido el concepto de interes directo del art. 28 de la Ley Jursisdiccional por el de interes legítimo, recogiendo lo que al respecto se dispone en el art. 24 de la Constitución, que es un concepto más amplio" (ver, por todas, las S.T.S. de 24 de abril de 1.987, del de octubre de 1.987, 31de mayo de 1.990).

La naturaleza

características que deben concurrir en el interés "legítimo", que pueden resumirse así¹¹⁵: 1ª) Que la anulación de la disposición general suponga un beneficio para el demandante; 2ª) que el interés sea personal; 3ª) que el beneficio puede ser de diversa índole; y 4ª) que el interés sea actual.

19. La cuestión que surge ahora consiste en determinar quiénes son los sujetos que pueden disponer o pueden disponer de aquel "interés legítimo". A este respecto, conviene distinguir entre la legitimación de los particulares y la de las Entidades Públicas.

a) La legitimación de los particulares.

20. El art. 28 de la L.J.C.A. reconoce legitimación activa para impugnar las disposiciones reglamentarias y, por ende, los Pactos y Acuerdos a los propios funcionarios y a sus representantes siempre que tengan "interés directo".

21. El art. 28.1.b) de la L.J.C.A. dispone que "si el recurso tuviere por objeto la impugnación directa de disposiciones de carácter general de la Administración Central (tendrán legitimación), las Entidades, Corporaciones e Instituciones de

¹¹⁵. Ver, por todos, GONZALEZ PEREZ, J., Manual..., cit., págs. 144 y ss.

La naturaleza

Derecho Pública, y cuantas entidades ostentaren la representación o defensa de intereses de carácter general o corporativo, siempre que la disposición impugnada afecte directamente a los mismos". La L.O.P.J. reconoce en los mismos términos la legitimación de Corporaciones, asociaciones y grupos que resulten afectados o estén habilitados para la defensa y promoción de los intereses colectivos (art. 7). Estos preceptos vienen a reconocer la legitimación activa para impugnar las disposiciones de carácter general y, por ende, los Pactos y Acuerdos a toda forma organizativa con personalidad jurídica que ostente la defensa y promoción de los intereses funcionariales afectados por los mismos y, entre ellas, a las asociaciones de funcionarios constituidas al margen de la regulación jurídica del sindicato¹¹⁶, los Colegios profesionales¹¹⁷, las organizaciones sindicales¹¹⁸ y las J.P. y D.P.

22. Cuando se realice de forma colectiva la impugnación de los Pactos y Acuerdos se estará a las normas generales. No obstante, se plantea la cuestión de si la legitimación de estas

¹¹⁶. S.T.S. de 13 de mayo de 1.986, 22 de abril de 1.987, 25 de mayo de 1.987, entre otras.

¹¹⁷. S.T.S. 24 de marzo y 24 de abril de 1.987, entre otras.

¹¹⁸. Asi, las S.T.S. de 12 de mayo, 19 de diciembre de 1.987 y 13 de octubre de 1.990, entre otras.

La naturaleza

entidades requiere como presupuesto legitimador la exacta correlación de su ámbito representativo con el normativo del Pacto o Acuerdo impugnado. La jurisprudencia contencioso-administrativa viene sosteniendo que, el art. 28.1.b), interpretado conforme al texto constitucional, no exige que el ámbito territorial de las entidades a que alude coincida con el de la norma impugnada, aceptando la legitimación de las asociaciones de funcionarios, colegios profesionales y sindicatos funcionariales para impugnar las disposiciones reglamentarias, aun cuando el ámbito de aplicación de éstas sea superior al suyo¹¹⁹. Si la jurisprudencia procede, como es de suponer, a utilizar idéntica criterio en relación con los Pactos y Acuerdos no será necesario este requisito.

23. En principio, y por aplicación del art. 28.1.b) de la L.J.C.A. los funcionarios públicos también resultan legitimados para iniciar el procedimiento judicial, siempre y cuando ostenten un interés legítimo¹²⁰. Ahora bien, el citado artículo sólo reconoce legitimación a todas las personas, según el criterio ordinario del "interés directo" (art. 28.1.a) L.J.C.A.), en el supuesto especialísimo de disposiciones que "hubieran de ser

¹¹⁹. S.T.S. 3 de marzo de 1.986, 10 de abril de 1.987, 20 y 25 de mayo de 1.987.

¹²⁰. Así, entre otras, las S.T.S. de 15 de octubre de 1.986 y 28 de abril de 1.987.

La naturaleza

cumplidas por los administrados directamente, sin necesidad de un previo acto de requerimiento o sujeción individual" (art. 39.3 L.J.C.A.). Para los reglamentos self executing, el reseñado precepto reserva la legitimación a las "Entidades, Corporaciones o Instituciones de Derecho público y cuantas entidades ostentaren la defensa de intereses de carácter general o corporativo, siempre que la disposición impugnada afectare directamente a los mismos".

24. De ser así, resultaría que únicamente las Entidades que ostentan la representación o defensa de los intereses funcionariales afectados tendrían legitimación para impugnar los Pactos y Acuerdos, que no hubieran de ser cumplidos por los funcionarios sin necesidad de actos previos o de sujeción individual. Los funcionarios tan sólo podrían impugnar los actos aplicativos de las referidas normas, cuando alegasen que las mismas no son conformes a Derecho. En los demás casos, si podrían impugnar directamente los Pactos y Acuerdos, sin necesidad de esperar a que en ello se concrete una aplicación de lo que en ellos se contiene.

Sin embargo, debe notarse que la jurisprudencia contencioso-administrativa viene sosteniendo que es inoperante la doctrina de la legitimación corporativa como base de la titularidad exclusiva, restringida o monopolizadora para la impugnación de una disposición de carácter general, en cuanto contradice el derecho que tiene toda persona natural o jurídica, a la plenitud de la garantía

La naturaleza

jurisdiccional, con base en los arts. 24 y 53 de la C.E.¹²¹. En este sentido, se afirma que el art. 28.1.b) ha sido derogado por la Constitución (según su disposición derogatoria 3ª) y que debe aplicarse, en su lugar, el art. 28.1.a) de la L.J.C.A., expresivo de la legitimación común, de modo que tanto la legitimación colectiva como la individual son válidas y suficientes. Así, cuando un Pacto o Acuerdo afecte directamente a los funcionarios, como sujetos de derechos, tanto éstos como sus representantes colectivos, podrán impugnarlo directamente siempre que tenga un interés legítimo. Y, por supuesto, también ostentarán legitimación para impugnar los actos aplicativos de aquellos, cuando se alegue que los mismos no son conformes a Derecho.

25. Se marca, de este modo, una diferencia esencial con el régimen de legitimación para la impugnación de los convenios colectivos, ya que la legitimación se limita en favor de los "terceros interesados" (art. 162.1 L.P.L.)¹²². Limitación duramente

¹²¹. S.T.S. de 15 de febrero y 7 de marzo de 1.990, 27 de marzo y 25 de abril de 1.991, entre otras.

¹²². Los trabajadores individuales carecen de legitimación para la impugnación directa de un convenio colectivo; dentro de un proceso ordinario, pueden, no obstante, impugnar la legalidad de determinados preceptos del convenio. Vid. GONZALEZ VELASCO, J., "Los convenios colectivos como normas susceptibles de impugnación por los sujetos individuales", A.L., núms. 46 y 47, 1.988; GONZALEZ ORTEGA, S., "La impugnación individual del convenio colectivo", R.L., núm 13, 1.990. Ver, entre otras, las S.T.C.O. 4/1.987, de 23 de enero; 47/1.988, de 21 de marzo; 65/1.988, de 13 de abril, y 81/1.990, de 4 de marzo.

La naturaleza

criticada por los miembros de la doctrina laboral, para quienes la anterior doctrina jurisprudencial debería extenderse al ámbito de los convenios colectivos a fin de garantizar el pleno ejercicio del derecho reconocido en el art. 24.1 de la Constitución¹²³.

26. En cuanto a la valoración de esta regulación, convendría realizar las siguientes reflexiones. Primera, que el régimen de la legitimación procesal es más flexible y amplio que el de la legitimación negocial. Mientras esta última corresponde, en exclusividad, a las organizaciones sindicales; aquella corresponde también a las asociaciones de funcionarios, colegios profesionales y representantes unitarios, lo cual puede ser origen de infinidad de conflictos y discusiones. Segunda, que el régimen de la legitimación procesal también difiere del previsto para la impugnación de los convenios colectivos, ya que la acción impugnatoria en relación a éstos sólo puede ser ejercitada por los sindicatos y los órganos de representación unitaria y sindicales de los trabajadores. Aquí, en cambio, la pueden ejercitar, además de éstos, las asociaciones de funcionarios, los Colegios profesionales y los propios funcionarios.

b) La legitimación de las Entidades Públicas.

¹²³. GONZALEZ VELASCO, J., "Los convenios colectivos como normas susceptibles de impugnación por los sujetos individuales", A.L., núm. 47, 1.988, págs. 2.775 y ss; GONZALEZ ORTEGA, S., op. ult. cit., pág. 40.

La naturaleza

27. Para comenzar, hay que subrayar que una Entidad Pública no puede acudir al proceso contencioso-administrativo como demandante para pretender la anulación de sus disposiciones reglamentarias. En efecto, por un lado el art. 28.4 L.J.C.A. establece la imposibilidad de que interpongan "recurso contencioso-administrativo" los órganos de la misma entidad que dictó el acto o disposición y los particulares que obren como delegados, agentes o mandatarios de ella. Por otro, los arts. 56 y ss L.J.C.A. únicamente admiten la impugnación de actos dentro del proceso de lesividad¹²⁴.

28. Respecto de los órganos de la Administración Pública, interesa señalar lo siguiente¹²⁵:

¹²⁴. La razón radica en que la Administración puede revisar por sí misma los reglamentos e, incluso, declararlos nulos cuando infringen normas de superior jerarquía (art. 109 L.P.A.), por lo que no es necesario el proceso de lesividad. Así, GONZALEZ PEREZ, J., Manual., cit., pág. 412. En efecto, aun cuando el art. 109 de la L.P.A. se refiere únicamente a actos, el procedimiento de revisión de oficio, que en el mismo se regula, puede aplicarse también para declarar la nulidad de disposiciones generales. Así, AGUILAR FERNANDEZ, J., "Veinticinco años de la revisión de oficio de las disposiciones reglamentarias. Un análisis prospectivo", R.A.P., núm. 103, 1.984, pág. 147; GONZALEZ PEREZ, J., Comentarios., cit., pág. 881. Ahora bien, el reconocimiento del derecho a la negociación colectiva de los funcionarios supone que la Administración no puede revisar de oficio los Acuerdos y Pactos, sino inicia propiamente el proceso negociador.

¹²⁵. Ver, por todos, GONZALEZ PEREZ, J., Manual., cit., pág. 149.

La naturaleza

1º) Que la prohibición afecta a todo órgano de la Administración Pública de que se trate. Así, por ejemplo, los Pactos y Acuerdos estatales no podrán ser impugnados por ningún órgano del Departamento ministerial que los negocia ni de cualquier otro.

2º) La doctrina administrativa, a partir de una interpretación analógica y no específica del reseñado precepto, ha señalado que, aunque la personalidad jurídica de los Organismos Autónomos conlleva su legitimación procesal activa y pasiva para estar en toda clase de procesos y ejercer todo tipo de acciones como las restantes personas jurídicas, no es suficiente, sin embargo, para impugnar jurisdiccionalmente los acuerdos de sus entes matrices¹²⁶. Así pues, los Organismos Autónomos no podrán impugnar los Pactos y Acuerdos negociados por la Administración que los crea y dirige.

3º) Que la prohibición no alcanza a los titulares de los órganos administrativos como tales, ya que los funcionarios, ostentan legitimación para impugnar los actos y disposiciones reglamentarias que les afecten.

4º) Que el propio art. 28.4.a) de la L.J.C.A. deja a salvo de la prohibición a los supuestos de suspensión de acuerdos de las

¹²⁶. Así, PARADA VAZQUEZ, J.R., op. cit., pág. 201.

La naturaleza

Corporaciones Locales.

5º) Que el art. 63.1.b) de la L.B.R.L. reconoce legitimación a "los miembros de las Corporaciones Locales que hubieren votado en contra de tales acuerdos". Es necesario, por tanto, acreditar el voto en contra. No basta no haber votado a favor del acuerdo.

29. Pero una entidad pública puede impugnar los actos y disposiciones reglamentarias de otra. A este respecto, el art. 28.1.b) de la L.J.C.A. señala que están legitimados para impugnar las disposiciones de carácter general del Estado "las Entidades, Corporaciones e Instituciones de Derecho Público y cuantas Entidades de carácter general o corporativo, siempre que la disposición impugnada afecte directamente a los mismos"¹²⁷. A ello hay que añadir obviamente, las C.C.A.A y los entes sometidos a su tutela (art. 153.c) de la Constitución, como expresamente ha precisado el art. 1 de la Ley 34/1.981, 8 de octubre. No obstante, existen algunas normas reguladoras de la legitimación específica de una Entidad pública para impugnar los actos y disposiciones de otra.

¹²⁷. A este respecto, conviene notar que la jurisdicción contencioso-administrativa viene sosteniendo que no es necesaria la identidad entre el ámbito territorial de la disposición impugnada y el del ente público que la combate. Ver las S.T.S. de 11 de abril de 1.981, 15 de octubre de 1.982, 2 y 29 de diciembre de 1.986, entre otras.

La naturaleza

1º. Legitimación del Estado.

a) Frente a actos y disposiciones de las Comunidades Autónomas.

Se le reconoce legitimación con carácter general (art. 2 Ley 34/1.981, de 8 de octubre).

b) Frente a actos de Entidades locales.

El art. 63.1.a) de la L.B.R.L. dice que podrá impugnar actos y acuerdos de las Entidades Locales "en los casos y términos previstos en este capítulo". Estos supuestos son los siguientes: - Cuando el Estado considere, en el ámbito de su competencia, que un acto o acuerdo de una Entidad local infringe el Ordenamiento, en cuyo caso podrá incoar el proceso, previo el requerimiento regulado en el art. 65 de la L.B.R.L.; - Cuando los actos y acuerdos de las Entidades locales menoscaben competencias del Estado, interfieran su ejercicio o excedan de la competencia de aquéllos, en cuyo caso puede iniciar el proceso sin previo requerimiento (art. 66 L.B.R.L.); - y el Delegado del Gobierno podrá impugnar los actos y acuerdos que "atenten gravemente el interés general de España" (art. 67. L.B.R.L.).

2º. Legitimación de las Comunidades Autónomas.

La naturaleza

a) Frente al Estado.

La Ley 34/1.981, de 5 de octubre, dice que "podrán impugnar las disposiciones de carácter general que, dictadas por la Administración del Estado, afecten al ámbito de su autonomía". Lo que en modo alguno puede interpretarse en el sentido de que sólo la ostenten en el supuesto contemplado en esta norma especial, que no puede derogar el régimen general de legitimación¹²⁸.

b) Frente a las Entidades locales.

Se reconoce a las Comunidades legitimación en los mismos términos que al Estado (arts. 63, 65 y 66 L.B.R.L.), salvo, naturalmente, en el supuesto especial del art. 67 L.B.R.L.

3º. Legitimación de las Entidades Locales.

El art. 63.2 L.B.R.L., reconoce legitimación, en todo caso, a las Entidades locales para impugnar las disposiciones y actos de las Administraciones del Estado, y de las Comunidades Autónomas que lesionen su autonomía. Lo que tampoco representa una derogación de las normas generales sobre legitimación.

¹²⁸. Así, GONZALEZ PEREZ, J., cit., pág. 148.

B) La legitimación pasiva.

30. En principio, el regimen general de la legitimación pasiva difiere según el recurso se refiera a un acto o a una disposición de carácter general (art. 29.1 L.J.)¹²⁹. En el primer caso, la legitimación pasiva corresponde a la Entidad pública autora del acto y a todos aquellos a cuyo favor deriven derechos del acto frente al que se formula la pretensión. Si se impugna una disposición de carácter general, en cambio, sólo ha de ser demandada la Entidad pública autora de la misma. La razón de esta diferencia radica en que en el proceso contra un reglamento, al igual que en el procedimiento previsto para su elaboración, no existen "interesados" a los que llamar.

31. Esta regla no parece ser admisible en este supuesto, debiéndose aplicar analógicamente lo dispuesto en el art. 29.1.b) de la L.J.C.A. Los sindicatos negociadores son parte interesada y, en consecuencia, su derecho a la tutela efectiva de los tribunales exige reconocerles legitimación pasiva al lado de la entidad pública. De aceptarse esta línea argumental, los sindicatos que han negociado el Acuerdo o Pacto impugnado deberían ser emplazados personalmente en la debida forma, sin que fuera suficiente la notificación a través del anuncio de la interposición del recurso

¹²⁹. Sobre el particular ver GONZALEZ PEREZ, J., Manual..., cit., pág. 151.

La naturaleza

en el Boletín Oficial correspondiente, pues, al estar perfectamente identificados, procede la aplicación subsidiaria de la L.E.C.

1.2.2. Recurso de reposición.

32. El art. 52 de la L.J.C.A. exige como requisito previo a la interposición del recurso contencioso-administrativo la formulación del recurso de reposición. El art. 53 de la misma exceptúa del recurso de reposición "las disposiciones de carácter general en el supuesto previsto en el art. 39.1", por lo que no están exceptuadas las disposiciones generales en el supuesto del apartado 3 de dicho artículo 39: cuando las disposiciones hubieran de ser cumplidas por los administrados directamente, sin necesidad de un previo acto de requerimiento o sujeción individual. Sin embargo, la jurisprudencia contencioso administrativa ha conjugado este requisito con el art. 24.2 de la Constitución, obviando el recurso de reposición tanto en los supuestos de impugnación al amparo del art. 39.1 como en base al art. 39.3 de la L.J.¹³⁰. Si la jurisprudencia procede a utilizar idénticos criterios en relación con la impugnación de los Pactos y Acuerdos, no será preciso el recurso previo de reposición tanto en el supuesto de impugnación por entidades públicas y representativas de intereses generales

¹³⁰. Así, las S.T.S. de 1 de octubre de 1.987, 20 de octubre de 1.987, 22 de noviembre de 1.988, 18 de noviembre de 1.988, y de 27 de marzo de 1.991.

La naturaleza

como por los funcionarios¹³¹.

1.2.3. El plazo de interposición del recurso.

33. El recurso directo contra las disposiciones reglamentarias y, por ende, contra los Acuerdos y Pactos sólo puede intentarse dentro de los dos meses siguientes a su publicación (art. 58 L.J.C.A.)¹³². Transcurrido ese breve plazo el recurso será inadmisibile y sólo quedará la posibilidad de atacar el Acuerdo o Pacto ilegal indirectamente cuando se produzcan actos concretos de aplicación del mismo. Esta limitación temporal puede hacer bastante excepcional el recurso directo contra los Acuerdos y Pactos. El recurso directo tiene, por lo tanto, un régimen procesal diferente al de la impugnación judicial del convenio colectivo a través del procedimiento especial de conflicto colectivo, que puede intentarse ilimitadamente en el tiempo.

2. Recursos contra los Acuerdos y Pactos y jurisdicción

¹³¹. Así, no será necesario agotar la vía administrativa para recurrir los Pactos y Acuerdos. Tal vez con la única excepción de la impugnación de los Pactos y Acuerdos locales por infracción genérica del ordenamiento jurídico por el Estado o las C.C.A.A. Estas Administraciones han de requerir a las Entidades locales. (65 L.B.R.L.).

¹³². S.S.T.S. de 10 de enero y 16 de febrero de 1.990, y 18 de diciembre de 1.991.

constitucional.

34. Los Pactos y Acuerdos son como los convenios colectivos normas de origen convencional, pero con unas características peculiares, que ocasionan una mayor complejidad en tema de impugnación. En efecto, son normas de una Administración sobre una materia respecto a la cual las restantes Administraciones también tienen poderes normativos. De este modo, pueden surgir controversias entre las distintas esferas administrativas. Y, a este respecto, hay que tener en cuenta que la Constitución reparte el control de legalidad específica de las disposiciones de las diferentes Administraciones Públicas entre el Tribunal Constitucional y los tribunales ordinarios. Ya hemos tenido la oportunidad de subrayar como el ordenamiento jurídico establece reglas especiales que regulan la legitimación de las Entidades Públicas para impugnar ante los tribunales ordinarios las disposiciones reglamentarias de otras Entidades que menoscaben sus competencias, interfieran su ejercicio o excedan de su ámbito competencial.

35. Pues bien, la L.O.T.C. incluye entre las competencias de esta jurisdicción constitucional varios supuestos de control de reglamentos¹³³. Así, en primer lugar, ha incluido entre los

¹³³. Sobre el particular ver GARCIA DE ENTERRIA, E. y RAMON FERNANDEZ, T., op. cit., pág. 233; AJA FERNANDEZ, E., y otros., El

La naturaleza

supuestos de conflictos de competencia entre el Estado y las C.C.A.A. o de éstas entre si el caso de que cualquiera de dichas entidades dicte "disposiciones, resoluciones o actos" o, en su caso, los omite (arts. 61, 62 y 63). Y, por otro lado, el art. 161.2 de la C.E. contempla la impugnación por el Gobierno ante el Tribunal Constitucional de las "disposiciones y resoluciones adoptadas por los órganos de las Comunidades Autónomas", supuesto al que la L.O.T.C. dedica sus arts. 76 y 77.

36. Los Pactos y Acuerdos constituyen una manifestación consensuada del poder normativo del Estado y de las C.C.A.A en materia de personal y, en consecuencia, es posible que surjan conflictos entre los mismos. A seguidas surge de inmediato la pregunta: ¿la competencia del Tribunal Constitucional se extiende también sobre los Pactos y Acuerdos?.

37. El objeto de los conflictos de competencias viene definido en el art. 61 y ss de la L.O.T.C. como "disposiciones, resoluciones o actos" del Estado o de las C.C.A.A. que conculquen la distribución de competencias derivadas de la Constitución y las leyes delimitadoras. Reconocida la naturaleza reglamentaria del Acuerdo, es evidente que se encuentra comprendido en la categoría de decisiones susceptibles de ser objeto de conflictos de

sistema jurídico de las Comunidades Autónomas, Madrid, 1.985, págs. 465 y ss.

La naturaleza

competencias¹³⁴.

Los problemas surgen una vez más en torno a los Pactos. A este respecto, conviene tener en cuenta la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional, quien en diferentes sentencias ha ido acotando la definición del objeto del conflicto. En este sentido, el referido tribunal afirma que "lo esencial a efecto de la posibilidad de utilizar la vía constitucional del conflicto de competencias, no es la naturaleza del acto que se discuta en el mismo, sino que se encuentra en la afirmación por un ente de poseer una competencia, que se atribuye por acto de autoridad propia constitucional y estatutariamente prohibida, frente a otro ente al que se le niega poseerla y ejercitándola de manera real por medio de hechos concretos de invasión de competencia..."¹³⁵. Así, estima como idóneo para originar ese conflicto "todo tipo de disposiciones, normas y actos, siempre que ese conflicto surja en relación a la definición constitucional y estatutaria de las competencias respectivas, tanto desde el punto de vista objetivo

¹³⁴. Recuérdese que la sentencia de 27 de julio de 1.982, que obligó al Tribunal Constitucional a pronunciarse sobre el fundamento constitucional del derecho de negociación de los funcionarios tuvo su origen en un conflicto positivo de competencias planteado por el Gobierno central contra un Decreto del Gobierno del País Vasco, que asumía el contenido de un convenio negociado entre ésta y su personal.

¹³⁵. S.T.C.O. 14/1.985, de 24 de octubre, f.j. nº. 3.

La naturaleza

como subjetivo"¹³⁶. A la vista de esta amplia noción de la base material que manifiesta la decisión objeto de conflicto, no cabe duda que los Pactos son idóneos para originar un conflicto de competencias, por cuanto que a su través el Estado y las C.C.A.A. ejercitan las competencias, que en materia de personal, les atribuyen los Estatutos de Autonomía y el resto de normas configuradoras del bloque de constitucionalidad.

38. Es más, teniendo en cuenta que las Instrucciones y Circulares, aún cuando sólo sean directrices para los órganos de la Administración, también pueden constituir "presupuesto de un conflicto de competencias, por cuando, desde ese valor de directriz, no respeta {...} el orden de competencias establecido en la Constitución"¹³⁷, habrá que entender que los Acuerdos adoptados por la Comisión de Seguimiento o, en su caso, las Instrucciones y Circulares dictados por la Administración para interpretar los Pactos y Acuerdos también serán susceptibles de impugnación por esta vía judicial, siempre que no respeten el orden competencial diseñado en la Constitución y en los Estatutos de Autonomía. En cambio, resultan ajenos a él las controversias entre los Pactos y

¹³⁶. S.T.C.O. 88/1.989, de 11 de mayo, f.j. nº. 2.

¹³⁷. Así, la S.T.C.O. 57/1.983, de 28 de junio.

Acuerdos de las C.C.A.A. y cualquier entidad local¹³⁸.

III. LOS EFECTOS DE LA IMPUGNACION JUDICIAL DE LOS ACUERDOS Y PACTOS.

39. El art. 84 de la L.J.C.A. dice que la sentencia judicial, de estimar el recurso contencioso-administrativo, "declarará no ser conforme a Derecho y, en su caso, anulará total o parcialmente el acto o la disposición recurridos". El recurso directo, siendo su objeto propio e inmediato atacar la validez de un Reglamento, permite llegar a la anulación general del mismo, a la eliminación de estas pseudo-normas que son los acuerdos ilegales, que enturbian la composición del ordenamiento y que obstaculizan o impiden la aplicación de las normas de valor superior que son las leyes formales infringidas por aquellos.

40. Este precepto plantea algunos problemas interpretativos que se refieren, en primer lugar, al alcance total o parcial de la nulidad:

1º) El art. 84 L.J. señala que la sentencia "declarará no ser conforme a Derecho y, en su caso, anulará total o parcialmente el acto o la disposición recurridos". Así, pues, la sentencia deberá

¹³⁸. S.T.C.0 11/1.984, de 2 de febrero.

La naturaleza

declarar bien la nulidad total del acuerdo, bien la nulidad parcial¹³⁹.

b) El alcance total o parcial de la nulidad estará en función del carácter de la índole de la infracción en que incurra el Pacto o Acuerdo. La ilegalidad de forma, esto es, la infracción de los requisitos subjetivos y formales exigidos para la negociación del Acuerdo afecta a éste en su totalidad, con lo que procede la declaración de su nulidad total. En cambio, la ilegalidad material, tanto por infracción genérica como de las reglas de competencia, puede afectar a todo el contenido del Acuerdo o Pacto o sólo a parte de los mismos, con lo que la nulidad puede ser total o parcial.

c) En este último caso se plantea el problema de determinar si es o no posible sustituir las cláusulas nulas por parte del Juez. El art. 90.5 del E.T. dice que la jurisdicción competente "adoptará las medidas que procedan al objeto de subsanar supuestas anomalías

¹³⁹. Sobre la nulidad de las disposiciones generales ver GONZALEZ PEREZ, J., Manual., cit., pág. 346. No existe, pues, diferencia con la impugnación de los convenios colectivos. De acuerdo con el art. 90.5 E.T. la jurisdicción "adoptará las medidas que procedan al objeto de subsanar supuestas anomalías previa audiencia de las partes", lo cual significa, entre otras cosas, que la sentencia deberá declarar la nulidad total o parcial del convenio colectivo (art. 163.3 L.P.L.). Ver, por todos, PEREZ PEREZ, M., "La nulidad parcial del convenio colectivo", R.E.D.T., núm. 9, 1.982, págs. 613 y ss; TORRES DULCE, E., "El control jurisdiccional de los convenios colectivos", A.L., núm. 10, 1.983, págs 42 y ss.

La naturaleza

previa audiencia de las partes", lo que da pie a aceptar la sustitución de las cláusulas nulas por el propio magistrado, previa audiencia de los trabajadores, en los casos de nulidad parcial del convenio¹⁴⁰. Sin embargo, el art. 84 L.J.C.A. señala que la sentencia "declarará no ser conforme a Derecho y, en su caso, anulará total o parcialmente el acto o disposición recurrido". No obstante, se establece expresamente respecto de ciertas disposiciones generales -Ordenanzas fiscales de Entidades locales- que los fallos estimatorios del recurso deberá expresar concretamente la forma en que han de quedar redactados los preceptos impugnados art. 85 L.J.C.A.). Si no existe norma expresa en tal sentido, la sentencia ha de limitarse a declarar la nulidad, total o parcial, de la disposición¹⁴¹. Así, no existe otra opción que la devolución del Acuerdo a la mesa negociadora correspondiente para que sus miembros procedan a la renegociación. Se marca, de esta forma, una notable diferencia entre las facultades del juez y del Consejo de Ministros, ya que éste si puede proceder, como se ha visto más atrás, a la "aprobación modificativa" del Acuerdo, en los casos de ilegalidad material parcial de éste. Y ello se justifica en la diferente naturaleza de las competencias que uno y otro desarrollan con respecto al Acuerdo.

¹⁴⁰. Vid. PEREZ PEREZ, M., op. ult. cit., pág. 637; SALA FRANCO, T. y ALBIOL MONTESINOS, I., op. cit., pág. 393.

¹⁴¹. GONZALEZ PEREZ, J., Manual..., cit., pág. 346.

La naturaleza

d) Un problema adicional se puede plantear en aquellos casos en los que la nulidad parcial altera gravemente el equilibrio de intereses alcanzado por las partes en el acuerdo. Estas normas son, como los convenios colectivos, de origen contractual. Por todo ello -coincidiendo en este aspecto con la negociación colectiva laboral-, procede la declaración de la nulidad total y la reapertura de la negociación con la finalidad de establecer aquel equilibrio. La valoración de que la gravedad del cambio es suficiente para la renegociación completa del contenido pactado es cuestión que corresponde al Juez. Ahora bien, no debe olvidarse la falta de tradición tutelar del orden contencioso-administrativo con relación a los derechos colectivos de los funcionarios, lo que puede determinar la no utilización de los criterios formulados por la jurisdicción laboral en relación con este tema.

e) Aun queda otro punto por analizar en relación con el tema de la nulidad parcial: ¿qué sucederá cuando las partes inserten una cláusula al estilo de las cláusulas de "vinculación a la totalidad" o "indivisibilidad del convenio"? En principio, habrá que entender que las partes colectivas voluntariamente han decidido dar una interdependencia interna al contenido de todo el Pacto o Acuerdo, por lo que el juez debería disponer la entera nulidad de los mismos. Y, lo mismo habría que decir en relación con los Acuerdos en que las partes reconozcan la naturaleza contractual común del conjunto de su articulado; articulado en el que se regula conjunta

La naturaleza

y unitariamente la prestación de trabajo del personal funcional y laboral al servicio de la Administración Pública. Con esta cláusula las partes pretenden vincular la suerte del convenio y del Pacto o Acuerdo, de forma que la nulidad global o parcial de uno de ellos declarada por la jurisdicción correspondiente, determine la necesidad de renegociar el acuerdo o la cláusula en cuestión en relación a todo el personal incluido en su ámbito de aplicación, tanto laboral como funcional¹⁴²

f) Otras cuestiones interpretativas afectan, en segundo lugar, al alcance personal de las sentencias que, estimando el recurso, declaren la nulidad del Acuerdo o Pacto viciado. Según el art. 86.1 L.J. "La sentencia que anulare el acto o la disposición producirá efectos entre las partes y respecto de las personas afectadas por los mismos", de donde se desprende, sin duda, los efectos

¹⁴². En este sentido, conviene traer a colación la jurisprudencia del T.S., según la cual la ilegalidad de un Acuerdo (reglamento) de una entidad local que regula unitaria y conjuntamente las retribuciones del personal laboral y funcional, por infringir las bases estatales en materia funcional determina su nulidad total. En esta línea, partiendo de la premisa de que la jurisdicción contencioso-administrativa controla la legalidad de los reglamentos en general independientemente de su materia, se afirma que procede la nulidad total de este tipo de reglamentos "incluyendo por tanto la normativa relativa al personal laboral, pues no existe posibilidad de invalidación limitada a la parte correspondiente a personal sujetos a Derecho Administrativo por cuanto ello implicaría destruir la inescindible unidad de contenido del Acuerdo aprobatorio adoptado por el Ayuntamiento". Ver, entre otras, las S.S.T.S. 1 de marzo de 1.983 y 22 de octubre de 1.986.

La naturaleza

necesariamente "erga omnes" de tales sentencias¹⁴³.

41. ¿Cómo se articula esta competencia del Tribunal Constitucional con la propia de los tribunales contencioso-administrativos?. Al respecto, se pueden señalar varias consideraciones. Primera se trata de una competencia no exclusiva del Tribunal Constitucional, sino compartida con los tribunales contencioso-administrativos, de modo que las mismas entidades que en los casos indicados pueden plantear el problema ante el Tribunal Constitucional podrían hacerlo igualmente ante el tribunal contencioso-administrativo competente por vía de un recurso de esta naturaleza¹⁴⁴. Segunda, el Tribunal Constitucional, sin embargo, no efectuará un enjuiciamiento del Pacto o Acuerdo desde todos sus condiciones de legalidad (límites formales y materiales, más atrás estudiados), sino exclusivamente, desde el parámetro de la Constitución -y, eventualmente, de los Estatutos de Autonomía y leyes marco o de transferencia o delegación que han delimitado el ámbito territorial de la competencia en materia funcionarial entre el Estado y las Comunidades Autónomas o de éstas entre si, en

¹⁴³. Ver, por todas, la S.T.S. de 17 de diciembre de 1.991.

¹⁴⁴. En el caso del art. 161.2 de la Constitución, impugnación por el Estado de Reglamentos de las Comunidades Autónomas, el planteamiento de la cuestión ante el Tribunal Constitucional presenta la ventaja para el recurrente de una suspensión inicial del Reglamento por el mero hecho de la interposición del recurso

La naturaleza

desarrollo del sistema constitucional de autonomía¹⁴⁵. Hay que advertir, sin embargo, que el control de la adecuación constitucional de los Acuerdos y Pactos no es la de la jurisdicción exclusiva del Tribunal Constitucional, sino que es obligación exigida por parte de todos los tribunales contencioso-administrativo. Tercera, y finalmente, la sentencia del Tribunal Constitucional que resuelva estas impugnaciones ocasionales contra los Acuerdos y Pactos se impondrá a la jurisdicción contencioso-administrativa, pero exclusivamente respecto al tema de conformidad o disconformidad de los mismos con la Constitución, y en concreto con el orden de competencias territoriales por ésta diseñado, pero dejará intacta a los tribunales contencioso-administrativos, la posibilidad de apreciar la ilegalidad de un Acuerdo o Pacto cuya constitucionalidad haya declarado el Tribunal Constitucional por motivos diferentes. Esta prevalencia de la decisión del Tribunal Constitucional, aunque limitada al ámbito de competencias de éste, parece que obliga a que si está abierto otro proceso contra el mismo Acuerdo o Pacto ante un tribunal contencioso-administrativo debe suspenderse por prejudicialidad hasta que se dicte la sentencia del Tribunal Constitucional.

¹⁴⁵. Es una consecuencia de la posición del Tribunal Constitucional y del principio que proclama el art. 1 de la L.O.T.C.: este tribunal "está sometido sólo a la Constitución y a la presente ley Orgánica".

CAPITULO IV

LA INTERPRETACION Y APLICACION DE LOS PACTOS Y ACUERDOS.

1. Hay que distinguir dos fases en el desarrollo de la negociación colectiva. Una primera, de elaboración de la norma; una segunda, de administración y aplicación del resultado normativo de la fase precedente. Los Pactos y Acuerdos son normas o fuentes directas del ordenamiento jurídico funcional: contienen verdaderas normas jurídicas de aplicación inmediata a las relaciones de trabajo incluidas dentro de su ámbito.

Esta aplicación -coincidiendo con toda norma jurídica -exige esclarecer su significado, determinar previamente cual sea su sentido, alcance y contenido; interpretarla en suma. Lo normal sería que la interpretación y aplicación de los Pactos y Acuerdos se realizase pacíficamente por sus propios destinatarios. Las relaciones de trabajo incluidas en su ámbito de aplicación desenvolvería su vida en términos de convivencia. Pero es posible que en ocasiones surga el conflicto como consecuencia bien de la violación del Pacto o Acuerdo, bien por el discrepante parecer de las partes en orden al sentido de la norma. El difícil equilibrio alcanzado mediante el acuerdo puede determinar que alguna de sus cláusulas, en cuanto fruto de un acuerdo entre posiciones contrarias, no alcance la claridad suficiente; de ahí que tal clase de conflictividad sea frecuente en la práctica. En

La naturaleza

otras ocasiones pueden surgir también diferencias interpretativas sin dar lugar, al menos inicialmente, al planteamiento de conflictos colectivos o individuales.

2. El examen de la aplicación no pacífica de los Pactos y Acuerdos plantea dos problemas. Por una parte, se ha de determinar e identificar los sujetos u órganos que intervienen en la variadas vicisitudes por las que atraviesan los Pactos y Acuerdos hasta que se incorporan a la vida social. Por otra, delimitar la extensión y límites de las funciones asignadas a cada uno de aquellos sujetos u órganos.

3. A este respecto, dos son los niveles a considerar en sede de aplicación de los Pactos y Acuerdos¹⁴⁶: a) Nivel de autotutela; y b) Nivel de heterotutela estatal.

4. La autotutela colectiva alude a la posibilidad que tienen las propias partes negociadoras de remover los obstáculos que paralizan la actuación de las reglas jurídicas por ellos puestas. Los principales instrumentos de que disponen las partes en este sentido son los siguientes:

a) El recurso a las acciones directas y, en particular, a la huelga. Ciertamente, una de las funciones de la huelga es reclamar una interpretación de los Pactos o Acuerdos e, incluso,

¹⁴⁶. Sobre este particular ver VALDES DAL-RE, F., "Las comisiones paritarias de los convenios colectivos", R.P.S., núm. 109, 1.976, pág. 56.

La naturaleza

sancionar a la Administración por eventuales incumplimientos de los mismos¹⁴⁷.

b) La instauración de órganos destinados a cumplir funciones de declaración de derecho y de composición de conflictos. Al tema se refiere el art. 35 de la L.O.R.A.P., donde se contempla la posibilidad de que las partes acuerden al establecimiento de "comisiones de seguimientos de los Pactos y Acuerdos", que parecen ser el equivalente de las comisiones paritarias del sector laboral. Tales comisiones constituyen la instancia que va a resolver los conflictos que pueden surgir en torno a la interpretación y aplicación de los Acuerdos y Pactos, y cuyo estudio se va abordar a continuación.

5. Se decía más arriba que el segundo nivel a considerar en sede de aplicación de los Acuerdos y Pactos es el nivel de la heterotutela estatal. Con esta expresión se alude a los mecanismos de que dispone el Estado para garantizar la correcta aplicación de los mismos.

6. A este respecto, debe significarse que en relación con los convenios colectivos este nivel se desarrolla en el doble plano administrativo y judicial. Por un parte, la Autoridad fiscaliza y sanciona los incumplimientos empresariales de los

¹⁴⁷. Así lo entiende, a partir de las indicaciones formuladas por el Tribunal Constitucional en su sentencia de 8 de abril de 1.981 sobre el alcance de la obligación legal de paz del art. 11.c) del R.D.L.R.T., DEL REY GUANTER, S., "Infracciones laborales y cumplimiento de los convenios colectivos", R.L., núm. 12, 1.988, pág. 27.

La naturaleza

convenios colectivos¹⁴⁸. La sancionabilidad de los convenios colectivos no es total, ya que quedan fuera de aquella competencia los incumplimientos del contenido obligacional de los convenios colectivos, las cláusulas en materia de Seguridad Social, de empleo y migraciones y de los convenios colectivos extraestatutarios¹⁴⁹. Pero al margen de estas exclusiones, que, por lo demás han sido objeto de duras críticas, la sancionabilidad administrativa de los convenios colectivos es una realidad. Frente a los distintos argumentos que se han aducido en contra de la inclusión de los convenios colectivos en la órbita sancionadora de la Administración -que no es coherente con la autonomía colectiva constitucionalmente reconocida- este hecho ha de considerarse conveniente y aconsejable¹⁵⁰. La inercia del legislador y de los interlocutores sociales que no han podido o no han querido promover el desarrollo de los órganos y procedimientos de solución de los conflictos colectivos originados durante la administración del convenio colectivo, con la retirada de la potestad sancionadora de la Administración, haría recaer el cumplimiento de los convenios colectivos sobre

¹⁴⁸. De acuerdo con el art. 5 de la L.I.S.O.S. constituyen infracciones administrativas laborales "las acciones u omisiones de los empresarios contrarias a las {...} cláusulas normativas de los convenios colectivos en materia laboral, del Seguridad e higiene y Salud laboral tipificadas y sancionadas de conformidad con la presente ley", lo que supone la inclusión de los incumplimientos de los convenios colectivos en la competencia sancionadora de la Administración, poniendo fin al largo debate de la tutela por la Administración de los convenios colectivos.

¹⁴⁹. Sobre el particular ver DEL REY GUANTER, S., "Infracciones.."; cit., págs. 9 y ss; RODRIGUEZ SAÑUDO, F., "Nueva regulación de las infracciones y sanciones en el orden social", R.L., núm. 13, 1.988, págs. 24 y ss.

¹⁵⁰. Véanse las reflexiones formulas a este respecto por DEL REY GUANTER, S., op. ult. cit., págs. 22 y ss.

La naturaleza

la huelga-sanción, lo que representaría hacer depender el sistema de negociación colectiva exclusivamente de la correlación fáctica de poder entre los interlocutores sociales¹⁵¹.

Por otro lado, la jurisdicción laboral es competente para resolver los conflictos individuales y colectivos derivados de la aplicación de los convenios colectivos.

7. Por lo que se refiere a los Pactos y Acuerdos, el nivel de la heterotutela estatal se ejerce sólo en el plano judicial. En el ámbito funcional no existe un control externo asimilado al que realiza la autoridad administrativa laboral en la fiscalización de las empresas y sometimiento a la normativa, legal y convencional¹⁵². La autoridad laboral limita su intervención al ámbito de la legislación laboral, no pudiendo comprobar y sancionar el cumplimiento de la normativa de funcionarios a pesar de que si puede controlar a la propia Administración en lo que afecte a su personal laboral.

No es que el legislador haya considerado que esta opción sea la más respetuosa con la autonomía colectiva. Se ha visto más atrás como el legislador no ha dudado en implantar este mecanismo tutelador en el ámbito laboral. Probablemente, la opción legal

¹⁵¹. OJEDA AVILES, A.

¹⁵². Subraya esta circunstancia CRUZ VILLALON, J., "Juntas y Delegados de Personal: conceptos, ámbitos de actuación y competencias", en A.A.V.V., Seminario sobre relaciones colectivas en la Función Pública, 1.989, Sevilla, pág. 111.

La naturaleza

reponda a otro orden de consideraciones. La implantación de un mecanismo de estas características supondría reconocer abiertamente que la Administración Pública incumple por sistema la normativa funcionarial, lo que no se compadece bien con el sometimiento de ésta a la legalidad vigente. Pero mayor peso ha debido tener la convicción de que un mecanismo de estas características tendría escasa operatividad en la Función Pública. Ciertamente, la fiscalización de los incumplimientos de los Pactos y Acuerdos por parte de la Administración por órganos que forman parte de su propia estructura no presenta, de entrada, muchas garantías de efectividad.

8. En principio, el juez aplicará e interpretará los Pactos y Acuerdos al resolver los recursos contencioso-administrativos que planteen los funcionarios y sus representantes en relación con los actos administrativos que los apliquen. Hay que subrayar a este respecto, que en el orden contencioso-administrativo no son admisibles las pretensiones limitadas a solicitar declaraciones de principio o doctrinales, o para prevenir agravios futuros o corregir anticipadamente defectos probables que todavía no se han producido¹⁵³. El principio de la decisión previa exige la existencia de un acto administrativo frente al que se deduzca la pretensión procesal. Por consiguiente, la sentencia consistirá, como toda sentencia, en un fallo en virtud del cual se resuelve un conflicto mediante la interpretación y

¹⁵³. GONZALEZ PEREZ, J., Manual..., cit., pág. 187.

aplicación de un Pacto o Acuerdo.

Ahora bien, la intervención judicial en el área de los conflictos colectivos jurídicos presenta el inconveniente de que la L.O.R.A.P. no ha previsto un procedimiento especial, dotado de la celeridad mínima necesaria que la solución de este tipo de conflictos exige. De ahí que haya que acudir al proceso contencioso-administrativo especial en materia de personal regulado en los arts. 113 y ss de la L.J.C.A., por lo que será preciso en todo caso agotar la vía administrativa previa y, una vez superado ello, la intervención judicial puede todavía demorarse en exceso¹⁵⁴. De esta forma, ante esta carencia, la utilización de la vía judicial para la solución de los conflictos colectivos que se planteen en relación con los Pactos y Acuerdos encontrará serios problemas de efectividad, máxime cuando la Administración puede terminar utilizando la técnica del silencio administrativo, que con los plazos requeridos aún retrasa más la solución judicial. Por todo ello, es previsible un uso limitado de la vía judicial¹⁵⁵.

I. LAS COMISIONES DE SEGUIMIENTO.

8. En el proceso de concreción del Pacto y del Acuerdo a

¹⁵⁴. Sobre las carencias de este proceso para la canalizar los conflictos colectivos jurídicos ver, por todos, MARTINEZ ABASCAL, V.A., "El planteamiento jurisdiccional de los conflictos colectivos en la Función Pública", R.L., núm. 2, 1.988, pág. 5; CRUZ VILLALON, J., "Juntas..", cit., pág. 476; GONZALEZ ORTEGA, S., "Los medios..", cit., pág. 112.

¹⁵⁵. Así lo afirma, GONZALEZ ORTEGA, S., "Los medios..", cit., pág. 113.

La naturaleza

la realidad funcional, el tema de su interpretación y aplicación adquiere perfiles especialmente delicados y polémicos. A los problemas de contenido múltiple propios a la técnica interpretativa se suman los derivados de la compleja naturaleza de tales normas, así como los procedentes de las peculiaridades características del sistema de negociación colectiva funcional.

9. Debido al carácter híbrido de estas normas, los Acuerdos son reglamentos negociados y los Pactos contratos colectivos similares a los convenios colectivos estatutarios, es conveniente realizar una breve consideración en torno al sistema de aplicación e interpretación de las disposiciones reglamentarias y de los convenios colectivos.

10. La interpretación general y aplicativa de los Reglamentos corresponde a la propia Administración. Mediante Instrucciones y Circulares los órganos superiores interpretan con carácter general las disposiciones reglamentarias, estableciendo orientaciones, aclaraciones y consejos para asegurar su correcta aplicación por los órganos administrativos inferiores, quienes las deberán acatar de acuerdo con el principio de jerarquía (art. 7 L.P.A. y 18 L.R.J.A.E.)¹⁵⁶. Además, también realizan una interpretación particular previa a la solución de los recursos administrativos que se planteen contra los actos administrativos

¹⁵⁶. Vid. BAENA DEL ALCAZAR, M., "Instrucciones y circulares como fuente del Derecho Administrativo", R.A.P., núm. 48, 1.965, pág. 110; EMBID IRUJO, A., "Potestad reglamentaria", R.A.P.V., núm. 29, 1.991, pág. 107.

contrarios a las disposiciones reglamentarias.

11. La interpretación general y aplicativa de los convenios colectivos corresponde a las propias partes negociadoras. El E.T., en cumplimiento del mandato formulado en el art. 37.1 de la Constitución, donde se reconoce el derecho a la negociación colectiva y, consiguientemente, la autonomía de las partes sociales no sólo en la fase de negociación, sino también en la fase de administración del convenio, pone fin a la anterior competencia de la autoridad laboral en orden a la interpretación, y deja en manos de las propias partes negociadoras tales cometidos¹⁵⁷.

12. A la vista de lo expuesto, surge la cuestión referente al modelo de administración adoptado por el legislador para los Pactos y Acuerdos: interpretación administrativa o contractual. Las indicaciones que suministra la ley, como ha quedado dicho, son más bien escasas. Ahora bien, no cabe duda que la interpretación y aplicación de los Pactos y Acuerdos corresponde a las propias partes negociadoras; y no sólo en base al propio reconocimiento de la autonomía colectiva que justificaría, de forma genérica, su protagonismo en la fase de administración de los Acuerdos y Pactos. Existen, además, tres razones estrictamente normativas: en primer lugar, el art. 32.k) de la

¹⁵⁷. Vid, por todos, CRUZ VILLALON, J., "La intervención de las Comisiones Paritarias de convenios colectivos en la resolución de conflictos", R.P.S., núm. 146, 1.985, págs. 207 y ss; MARTINEZ EMPERADOR, R., "Interpretación general de los convenios colectivos", D.L., núm. 12, 1.984, págs. 47 y ss.

La naturaleza

L.O.R.A.P., el cual al delimitar las materias objeto de negociación, se refiere a las de "índole sindical {...} y, en general, cuantas otras afecten a las condiciones de trabajo y al ámbito de relaciones de los funcionarios públicos y sus Organizaciones sindicales con la Administración". El carácter genérico de la formulación, la referencia expresa a materias sindicales y a las relaciones entre la Administración y las organizaciones sindicales, permite aceptar que dentro de ellas se incardina, sin problemas, lo relativo al establecimiento de medios autónomos de solución de los conflictos colectivos¹⁵⁸ y, entre ellos, los referidos a la interpretación y aplicación de la norma colectiva que los contiene.

En segundo lugar, el art. 38 de la L.O.R.A.P., a cuyo tenor las partes negociadoras "para resolver los conflictos surgidos en la determinación de las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos o los incumplimientos de los Pactos o Acuerdos (...) podrán nombrar de mutuo acuerdo un mediador o mediadores, cuando no resulte posible llegar a un acuerdo en la negociación o surjan conflictos en el cumplimiento de los Acuerdos o Pactos", lo que parece hacer referencia a los dos tipos de conflictos, los de intereses o económicos ligados a la elaboración de los acuerdos, y los jurídicos, conectados con la

¹⁵⁸. Así lo entiende, GONZALEZ ORTEGA, S., "Los medios de solución de los conflictos colectivos en la Función Pública", en A.A.V.V, Seminario sobre relaciones colectivas en la Función Pública, Sevilla, 1.989, pág. 442.

La naturaleza

interpretación y aplicación de los mismos¹⁵⁹. De este modo, la posibilidad de que la mediación pueda ser utilizada para solventar los conflictos de las partes en relación a la interpretación de la norma colectiva viene a confirmar, implícitamente, que la administración de los Pactos y Acuerdos está en manos de las partes que los suscriben y no de la Administración Pública.

En tercer lugar, el art. 35 de la L.O.R.A.P., donde se

¹⁵⁹. La inclusión de los conflictos colectivos que, durante la vigencia de los Pactos y Acuerdos, puedan surgir respecto a su aplicación e interpretación en el ámbito objetivo de la mediación precisa, sin embargo, de mayores matizaciones. Hay que señalar, en primer lugar, que la expresión "los incumplimientos de los Pactos y Acuerdos" es un tanto singular. No puede tratarse de situaciones en las que el incumplimiento sea evidente y haya sido constatado, por ejemplo, en virtud de resolución judicial ya que en este caso, el mediador no tendría ningún papel que jugar salvo el, muy alejado de su auténtica función, de instar a la parte incumplidora a que se respete los acuerdos negociales que ella misma suscribió en su día.

Por lo tanto, para que la intervención del mediador tenga sentido debe tratarse, como mínimo, de un supuesto algo distinto. Como, por ejemplo, que denunciado un incumplimiento por una de las partes, la contraria no acepta dicha alegación, ni consiga llegarse a un acuerdo sobre este extremo, para lo cual se solicita la intervención del mediador con el fin de propiciarlo; solicitud de intervención mas factible que en el caso anterior dada la discrepancia no resuelta en torno a la existencia o no del incumplimiento.

Pero, incluso en este caso, el mediador vendría a cumplir una función más cercana a la arbitral que a la propiamente mediadora ya que lo que de él se solicita, en primer lugar, es un dictamen acerca de si tal incumplimiento se ha producido efectivamente, sugiriendo de ser así a la parte incumplidora, una determinada conducta que pusiera fin al conflicto dando satisfacción a la contraria que alegó el incumplimiento; o, en caso contrario, negar tal incumplimiento rechazando la alegación de la parte supuestamente perjudicada. Sólo que sería una función arbitral particular en la medida en que la opinión del mediador no sería vinculante para las partes quedando a la discreción de éstas el aceptar o no sus afirmaciones que no serían, en sentido propio, propuestas.

Por todo ello, y dada la limitación de las posibilidades del mediador en los casos descritos para desarrollar su genuina función, se hace necesaria una interpretación ampliatoria de los supuestos en los que pueden intervenir. Estos serían, más genéricamente formulados todos aquellos conflictos colectivos que pudieran originarse en torno a la interpretación y aplicación de los Pactos y Acuerdos ya suscritos. Por lo tanto, no se trataría ya de verificar si se ha producido o no un incumplimiento, sino de intervenir en aquellas situaciones en las que se produce una controversia en torno al sentido que haya de darse a una concreta cláusula convencional o algunos específicos problemas aplicativos de la misma. Así, lo viene a confirmar el inciso final del párrafo primero del precepto que se comenta -que ha sido introducido por la Ley 7/1.990-, al decir que procederá la mediación "cuando {...} surjan conflictos en el cumplimiento de los Acuerdos o Pactos". Vid. DEL REY GUANTER, S., Comentarios..., cit., pág. 248; GONZALEZ ORTEGA, S., " Los medios...", cit., pág. 439.

La naturaleza

establece que por acuerdo de las partes se podrán crear "Comisiones de Seguimiento de los pactos y acuerdos". Esta expresión es lo suficientemente poco precisa como para impedir una interpretación restrictiva de sus tareas que las limitara sólo a la vigilancia en el cumplimiento del Acuerdo o Pacto o al control de los resultados de su aplicación. La L.O.R.A.P., al permitir a las partes su creación sin fijarles expresamente funciones, está dejando al criterio de éstas atribuirles las que estimen conveniente, dentro de la naturaleza de una Comisión de este tipo, entre las cuales, tiene perfectamente cabida la de intervenir en la resolución de los conflictos de interpretación y aplicación de los Acuerdos y Pactos que las contienen¹⁶⁰.

13. En fin, y a modo de conclusión, la L.O.R.A.P. se inclina por un modelo de administración de los Pactos y Acuerdos de carácter contractual¹⁶¹. La interpretación general y aplicativa de tales instrumentos colectivos -coincidiendo en esto con los convenios colectivos- corresponde a las propias partes contratantes.

II. EL PACTO DE CONSTITUCION DE LAS COMISIONES DE SEGUIMIENTO Y EL CONTENIDO DEL PACTO O ACUERDO.

¹⁶⁰. En este sentido, DEL REY GUANTER, S., Comentarios..., cit., pág. 238; GONZALEZ ORTEGA, S., " Los medios...", cit., pág. 472.

¹⁶¹. En esta posición, parecen situarse las miembros de la doctrina laboral, al decir que las C.S. constituyen la sede adecuada para el planteamiento de los conflictos colectivos que puedan surgir en la interpretación y aplicación de los Acuerdos y Pactos.

La naturaleza

14. El art. 35 de la L.O.R.A.P., a diferencia del E.T., configura como materia de inclusión potestativa -y no obligatoria, como es el caso en aquél- el establecimiento de las Comisiones de Seguimiento¹⁶². Y ello es debido a la diferente forma de negociar en los sectores laboral y funcionarial. El E.T. diseña un modelo de negociación cerrado, ya que se pacta de una sola vez para periodos de tiempo en que ya no es posible acudir a la comisión negociadora, puesto que ésta se disuelve en el momento mismo de la firma del convenio colectivo. Por ello, el legislador ha estimado oportuno y conveniente instaurar un instrumento, de composición mixta al igual que la comisión negociadora, a modo de administrador ordinario del convenio, para sustituir al órgano negociador, si bien sus posibilidades son sustancialmente más limitadas¹⁶³. En cambio, el sistema de negociación en el que parece alinearse la L.O.R.A.P. entraña menores dificultades en el campo de la interpretación contractual. En este sistema, que no se conforma con un pacto escrito para un periodo determinado de tiempo, sino que la negociación entre las partes es constante de tal manera que el organismo que encarna esta facultad puede ir adoptando acuerdos parciales en la medida en que las necesidades de la relación jurídico-funcionarial lo requiera. En este contexto es más fácil para las partes acudir en busca de soluciones a la fuente misma de donde dimanen los acuerdos dudosos o conflictivos en su

¹⁶². Subraya este hecho, entre otros, DEL REY GUANTER, S., Comentarios..., cit., pág. 238.

¹⁶³. CRUZ VILLALON, J., "La intervención...", cit., pág. 203.



La naturaleza

entendimiento, llegándose a una especie de interpretación auténtica o integradora de la voluntad.

15. Así pues, habrá que distinguir dos supuestos distintos¹⁶⁴: a) que las partes hayan previsto la constitución de una Comisión de Seguimiento del Pacto o Acuerdo y le atribuyan, entre otras funciones, la resolución de los conflictos colectivos jurídicos conectados con la interpretación y aplicación de los mismos; b) que no hayan previsto nada al respecto. Mientras el primer supuesto los conflictos que surjan en este ámbito se residenciarán en el seno de la Comisión de Seguimiento; en el segundo, en cambio, deberán elevarse a la Mesa de negociación corespondiente¹⁶⁵.

16. Como ha quedado dicho, la L.O.R.A.P., a diferencia del E.T., no impone su constitución obligatoria, como parte

¹⁶⁴. En lo que a la práctica se refiere, se aprecia la existencia de tres líneas de tendencia. En primer lugar, existen Pactos y Acuerdos puntuales sobre materias concretas -retribuciones, fundamentalmente-, que no prevén nada sobre las C.S. (Acuerdo de la Comunidad de Galicia para la aplicación del fondo de acción social del ejercicio de 1.989 -D.O., 11-1-1.990-; Acuerdo de la Comunidad de Aragón sobre retribuciones para 1.991 -B.O., 26-4-1.991-; y el Acuerdo de la Comunidad de Madrid sobre medidas complementarias de revisión del sistema retributivo -B.O., 15-9-1.989-, entre otros). En segundo lugar, se encuentran aquellos instrumentos negociales que establecen una C.S., pero no delimitan sus funciones o las limitan al seguimiento de la aplicación de los mismos (Acuerdos sobre condiciones de trabajo del personal que mantiene una relación de servicio de carácter asistencial con el I.N.S.A.L.U.D. (B.O.E., 20-2-1.990-; Acuerdos para la mejora de las condiciones socio-económicas y de participación de la Comunidad de Cantabria para 1.989, 1.990 y 1.991, entre otros). Finalmente, existen otros Acuerdos que les atribuyen, entre otras funciones, las de interpretar y resolver los conflictos de aplicación que se planteen en relación con los mismos (Pacto de condiciones de trabajo de la Comunidad de la Rioja para 1.991 -B.O., 10-11-1.990-; Acuerdo general sobre condiciones de trabajo de los funcionarios de la Comunidad de Madrid para 1.991 -B.O., 29-5-1.991); y los Acuerdos de la Comunidad Autónoma de Euskadi, que son los que más atención dedican a este tema).

¹⁶⁵. En sentido contrario, OJEDA AVILES, A., "Validez..", cit., pág. 193, quien, desde la consideración de los Pactos y Acuerdos como contratos administrativos especiales afirma que la interpretación de los mismos compete a la Administración Pública (arts. 18 y 19 L.C.E.) cuando no existan las comisiones de seguimiento.

La naturaleza

integrante del contenido "mínimo" necesario en todo Pacto o Acuerdo. En consecuencia, y a diferencia de lo que sucede en el ámbito laboral, la no inclusión de un pacto de constitución en los Pactos y Acuerdos, no va a determinar ni la nulidad parcial ni total de los mismos.

III. EL REGIMEN JURIDICO DE LAS COMISIONES DE SEGUIMIENTO.

1. Estructura.

18. Para comenzar, hay que decir que la L.O.R.A.P. no suministra ninguna indicación sobre el problema de la composición de la Comisión de Seguimiento. No obstante, y dado que está destinada a desempeñar unas funciones que originariamente corresponden a las partes negociadoras que suscriben el Pacto o Acuerdo, es necesario que en su estructura se reproduzca el esquema de las mesas de negociación. Por consiguiente, los rasgos característicos de las Comisiones de Seguimiento serán los siguientes: 1º) se tratará de un órgano de composición mixta con presencia de representantes tanto de los funcionarios como de las Administraciones Públicas; 2º) no se tratará, sin embargo, de un órgano administrativo de carácter colegial; 3º) Tal caracterización impone necesariamente el carácter bipartito en su composición.

19. Las representaciones pública y funcionalial tienen diverso carácter, de suerte que los requisitos exigidos por el

La naturaleza

legislador se adecuan a cada uno de ellos, por lo que es necesario un análisis por separado de los mismos.

20. Por lo que respecta a la Administración, la cuestión radica en determinar qué órganos deben representarla en el seno de aquella, lo cual dependerá de cuales sean las funciones que ésta tenga atribuida¹⁶⁶. En términos generales, deberán ser los órganos situados en la cúspide de la jerarquía administrativa quienes representen a la Administración. Así, en el ámbito estatal habrán de ser los Subsecretarios y Directores generales del Departamento Ministerial correspondiente. De un lado, porque estos órganos son los competentes para dictar instrucciones y circulares interpretativas (art. 18 L.R.J.A.E.)¹⁶⁷. De otro lado, porque son éstos los órganos que agotan la vía administrativa en materia de personal (arts. 15.2 y 17 L.R.J.A.E.).

21. Los problemas más complejos se plantean en relación con la representación sindical. Así, en primer lugar, surge la cuestión de si las partes negociadoras deben respetar en la designación de los miembros los derechos de todos los sindicatos con legitimación para negociar en la unidad comercial de referencia o, en otras palabras, si pueden excluir a los sindicatos que se han apartado voluntariamente del proceso

¹⁶⁶. Los Pactos y Acuerdos no precisan cuál es la composición de la representación pública, pues es una cuestión que pertenece al ámbito organizatorio.

¹⁶⁷. Ahora bien, si es indiscutible la competencia de estos órganos para dictar instrucciones y circulares, ello no quiere decir que sean los únicos. El art. 7 se refiere genéricamente a los "órganos superiores" respecto de los inferiores". Vid. GONZALEZ PEREZ, J., Comentarios..., cit., pág. 140.

La naturaleza

negociador. A este respecto, conviene traer a colación la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional. Planteado ante éste, el mismo problema en relación con las comisiones paritarias, opta, en sentencia 73/1.984, de 27 de junio, por hacer prevalecer el interés de los firmantes alegando, aparte otras consideraciones de menor alcance interpretativo, el carácter unitario del convenio que implica que aquellos pueden legitimamente exigir su previa aceptación por parte de los no firmantes del mismo. A su juicio, es preciso mantener separadas "negociación" y "administración" del convenio. Mientras las reglas sobre legitimación para negociar tienen carácter indisponible, "si lo perseguido fuese la interpretación o aplicación de alguna de las cláusulas del convenio, la adaptación de alguna de ellas a un problema no previsto o la adaptación de su contenido según los datos objetivos y prefijados, sólo estarían legitimadas las partes firmantes -o la Comisión Paritaria a que obliga el art. 85, número 2.d) del Estatuto de los trabajadores-, pues se trataría de una actuación interna del convenio destinada a actualizar la voluntad expresada en él"¹⁶⁸. Por consiguiente, la exclusión de los no firmantes en los procesos de administración de lo pactado no es un atentado a la

¹⁶⁸. Esta conclusión puede considerarse además avalada por otras sentencias posteriores del Tribunal Constitucional, entre las que destaca por su similitud con el supuesto aquí contemplado, la sentencia 39/1.986, de 31 de marzo, pues se refiere a la exclusión de un sindicato no firmante del A.E.S. de las Comisiones establecidas en éste para su administración. En ella, el tribunal Constitucional afirma que "la negociación tiene una lógica propia de contrapartidas que, en principio, no cabe desconocer; dentro de ellas, la elemental de exigir que participe en la ejecución de un pacto sólo aquel sujeto jurídico que lo aceptó y asumió compromisos con él".

La naturaleza

libertad sindical y está plenamente justificada. Ahora bien, y al igual que en las comisiones paritarias¹⁶⁹, sólo deben considerarse admisibles las exclusiones de los no firmantes y en los procesos que no sean materialmente de negociación¹⁷⁰.

Ahora bien, es posible que los Pactos y Acuerdos se traduzcan en la creación de órganos públicos, tales como las Comisiones de Valoración previstas en el Reglamento General de Provisión de Puestos de trabajo, capaces de participar en informes o decisiones administrativas, en cuyo caso no será posible excluir a los sindicatos más representativos por el mero hecho de no haber negociado los Pactos y Acuerdos¹⁷¹.

En cualquier caso, al igual que sucede con la mesa negociadora y por las mismas razones, a la hora de repartir los puestos de la Comisión o de establecer un sistema de voto

¹⁶⁹. Sobre el particular ver GOERLICH PESET, J.M.^a, "Notas sobre el régimen orgánico de la comisión paritaria del convenio", A.L., núms. 36 y 37, 1.988.

¹⁷⁰. Así, la S.T.S. de 31 de enero de 1.991 afirma que la exclusión de la comisión de seguimiento de un sindicato que no ha firmado un Acuerdo que la prevé constituye un infracción de los derechos de igualdad y libertad sindical, porque "en dicha Comisión habría de negociarse la distribución de una bolsa de doscientos sesenta millones de pesetas, así como las causas del absentismo y sus posibles soluciones, cuestiones a negociar que tienen autonomía propia". En lo que a la práctica se refiere, se aprecia dos líneas de tendencia. En primer lugar, encontramos acuerdos que no precisan cuál es la composición de la representación sindical presente en la C.S. (así, entre otros, el Acuerdo sobre condiciones de trabajo del personal que mantiene una relación de servicios de carácter asistencial con el I.N.S.A.L.U.D. y el Acuerdos sobre condiciones de trabajo del personal funcionario de los Cuerpos Sanitarios Locales y el Acuerdos sobre retribuciones del personal de Centros e Instituciones Sanitarias de la Comunidad Autónoma de Andalucía -B.O., 31-7-1.990-). Una segunda línea de tendencia, que es la más habitual, restringe el derecho a participar en la C.S. a los sindicatos firmantes del acuerdo (Acuerdo sobre retribuciones de los funcionarios del Estado para 1.989 -B.O.E., 15-3-1.9989-, el Pacto de condiciones de trabajo del personal de la Comunidad de la Rioja para 1.991, ..., etc.).

¹⁷¹. Así, las S.T.S. de 24 de abril de 1.989, 7 y 20 de diciembre, 29 de mayo de 1.990, y 24 de abril de 1.991.

La naturaleza

ponderado habrá de tenerse en cuenta la mayor o menor representatividad de las organizaciones sindicales firmantes. En otro orden de cosas, para la designación de los vocales representantes de las organizaciones sindicales habrá de seguirse idéntico procedimiento al previsto para la designación de los vocales de la mesa negociadora del Pacto o Acuerdo. Y en cuanto a los posibles elegibles, hay que indicar que, aunque lo lógico es que sean elegidos los miembros de la mesa negociadora, ya que son éstos los que mejor conocen el Pacto o Acuerdo acordado, que la Comisión de Seguimiento deberá aplicar e interpretar, lo cierto es que la L.O.R.A.P. no dice nada al respecto, por lo que será posible que los miembros de la Comisión de Seguimiento estén fuera de la mesa negociadora.

22. Finalmente, ante el silencio legal y vista la amplia libertad con que cuentan las partes en orden a la configuración de las Comisiones de Seguimiento y sus funciones, parece evidente que las cuestiones organizativas relativas al número de puestos y al carácter simétrico o asimétrico en su composición¹⁷², deberán ser resueltas libremente por los negociadores¹⁷³.

¹⁷². En principio, entendemos que la composición igualitaria de las partes, al igual que sucede con la mesa negociadora, no es un requisito necesario. Igual conclusión mantiene en relación con la comisión paritaria de los convenios colectivos GOERLICH PESET, J.M^a, "Notas sobre el régimen orgánico de la comisión paritaria del convenio", A.L., núm. 36, 1.988, pág. 2.110. En sentido contrario, PALOMEQUE LOPEZ, C., "Administración del convenio colectivo y solución de conflictos laborales", en A.A.V.V., La Administración de los convenios y su valor normativo, III Jornadas de Estudio sobre la negociación colectiva, Madrid, 1.991, pág. 42.

¹⁷³. Igual conclusión mantiene GOERLICH PESET, J. M^a., op. ult. cit., pág. 2.110, en relación con la comisión paritaria de los convenios colectivos. En esta línea, los Acuerdos de la Comunidad Autónoma de Euskadi suelen regular, entre otras, las siguientes cuestiones: el número de puestos de la C.S., la presencia de asesores, la designación de sus miembros. Ver, por todos, el Acuerdo de regulación de las condiciones de

2. Procedimiento de adecuación.

23. El procedimiento de actuación de la Comisión de Seguimiento tampoco viene establecido, por lo que habrá de ser configurado libremente por los sujetos negociadores¹⁷⁴. No obstante, dicho procedimiento está sujeto a ciertas formalidades. Entre estas, interesa destacar dos: legitimación y procedimiento.

24. En tema de legitimación, la cuestión prioritaria es la de dilucidar si la actuación de la Comisión de Seguimiento exige impulso exterior o puede producirse de oficio. En este sentido, hay que entender que la Comisión, ante conflictos surgidos en torno a la aplicación e interpretación de los Pactos y Acuerdos - que no siempre han de ser precedidos de incumplimientos-, puede adoptar acuerdos al respecto, aun cuando no exista petición concreta de personas interesadas. A tal efecto, regirá el mismo régimen de reuniones obligadas previsto en el art. 31.3 de la L.O.R.A.P., debiéndose reunirse cuando lo decida la Administración Pública, todas las organizaciones sindicales presentes en la respectiva Comisión de Seguimiento o el acuerdo entre Administración y sindicatos.

25. Por su parte y por lo que concierne al segundo de los

trabajo del personal de la Universidad del País Vasco para 1.991-1.992.

¹⁷⁴. Así, los Acuerdos de la Comunidad Autónoma de Euskadi suelen abordar los siguientes aspectos: la periodicidad de reuniones de la C.S., la convocatoria y el orden del día, el régimen de adopción de acuerdos,...etc.

La naturaleza

problemas planteados debe significarse que la Comisión de Seguimiento no es un órgano administrativo y que tiene el carácter de representante permanente de la mesa negociadora, por lo que es necesario que en su seno se reproduzca el esquema de funcionamiento de ésta. Resulta así, que el proceso de formación de los acuerdos de la comisión se construye a través de un iter complejo:

a) La formación de la voluntad de las representaciones de la Administración Pública y de las organizaciones sindicales. Por parte de las primeras, se habrán de seguir las reglas referentes a los órganos administrativos y, por parte de la segundas, el régimen de mayoría simple.

b) La formación de la voluntad de la Comisión de Seguimiento, que tendrá carácter resolutorio si coinciden las dos voluntades previas.

26. Pero qué ocurre si tal acuerdo no se produce. En principio, los miembros de la Comisión de Seguimiento podrán recurrir a la mediación de un tercero, cuya misión será la de facilitar un acercamiento de las posiciones encontradas de las partes en relación a la interpretación de la norma, proponiendo fórmulas de acuerdo y de finalización del conflicto¹⁷⁵. En otro

¹⁷⁵. Así, DEL REY GUANTER, S., Comentarios..., cit., pág. 238; GONZALEZ ORTEGA, S., "Los medios...", cit., pág. 443. En esta línea, los Acuerdos de la Comunidad de Euskadi suelen reiterar lo dispuesto en la L.O.R.A.P., contemplando la mediación en el supuesto de que no llegue a un acuerdo en el seno de la C.S., con carácter previo a la adopción de cualquier medida de presión o de conflicto colectivo. Ver, por todos,

La naturaleza

orden de cosas, el régimen de la mediación será el mismo que rige para los desacuerdos en la fase de negociación, por lo que valen las consideraciones que antes se han realizado sobre el particular.

27. Pero esta solución no resuelve totalmente el problema toda vez que las propuestas del mediador requieren la aceptación de ambas partes: ¿Qué sucede cuando la mediación no logre el objetivo de dar por finalizado el conflicto?. ¿Puede la Administración resolverlo a través de la decisión administrativa a que se refiere el art. 37.2 de la L.O.R.A.P.?.

La doctrina ha considerado que la falta de acuerdo entre las partes no permite a la Administración imponer unilateralmente su criterio a las organizaciones sindicales, sino que se ha de remitir la controversia a la instancia judicial¹⁷⁶. Ciertamente, esta tesis cuenta con argumentos a su favor: en primer lugar, el tenor literal del art. 37.2 de la L.O.R.A.P., ya que sólo permite la decisión administrativa en los supuestos de conflictos de intereses, producidos en torno a la determinación de las condiciones de trabajo de los funcionarios¹⁷⁷. La referencia del propio art. 37.2 al art. 3.2.d) de la L.M.R.F.P. permite llegar a una conclusión similar, ya que este artículo se refiere también

el Acuerdo sobre las condiciones de trabajo del personal docente público no universitario (B.O., 14-11-1.987).

¹⁷⁶. GONZALEZ ORTEGA, S., " Los medios...", cit., pág. 457.

¹⁷⁷. Em esta dirección, GONZALEZ ORTEGA, S., " Los medios...", cit., pág. 457.

La naturaleza

a la negociación de las condiciones de empleo.

En segundo lugar, aunque cabría pensar que la dicción del art. 37.2 de la ley es lo suficientemente genérica como para abarcar ambos tipos de conflictos, los de intereses y los jurídicos, la interpretación restrictiva de los supuestos de aplicación se impone a partir de la interpretación sistemática de los arts. 37.2 y 38.1 de la L.O.R.A.P. En efecto, mientras el primero sólo se refiere a los conflictos de intereses; el segundo, en cambio, hace referencia tanto a éstos como a los jurídicos.

En tercer lugar, además de la literalidad del precepto, existen otras razones de fondo. Y, a este respecto, debe significarse las diferentes consecuencias de cada uno de los conflictos¹⁷⁸. En un conflicto de intereses se está ante una situación de vacío normativo a la que debe darse una solución de forma normativa y el único sujeto dotado de competencias normativas es la Administración. En cambio, en un conflicto jurídico, la regulación ya existe, puede ser aplicada y los conflictos de interpretación o aplicación que se susciten pueden ser resueltos por la instancia judicial.

Por consiguiente, a partir de estos datos normativos, cabría concluir que la falta de acuerdo entre las partes no permite

¹⁷⁸. GONZALEZ ORTEGA, S., " Los medios...", cit., pág. 457.

La naturaleza

aceptar la tesis de que la Administración pueda imponer unilateralmente a las organizaciones sindicales su criterio, sino que legitima a éstos a pedir la tutela jurisdiccional.

28. Ahora bien, debe significarse que la jurisdicción competente será la contencioso-administrativa y que la L.O.R.A.P. no ha previsto un procedimiento dotado de la celeridad mínima necesaria que la solución de este tipo de conflictos exige. Así las cosas, la instancia judicial resolutoria del desacuerdo choca con el inconveniente funcional de que, por razón de trámites procesales, la sentencia se pronunciará con mucho retraso. Por ello, en el "ínterin" hay que aceptar la licitud de la decisión administrativa, ya que la actividad administrativa no puede quedar paralizada, pues ello atentaría gravemente el principio constitucional de la eficacia administrativa. Es más, esta es la única solución fáctible, ya que en el ordenamiento procesal administrativo la existencia previa del acto administrativo o disposición reglamentaria constituye un presupuesto procesal¹⁷⁹. Por consiguiente, para que las organizaciones sindicales puedan acceder a los tribunales, es necesario que la Administración se haya manifestado previamente sobre el particular.

29. En fin, y a modo de conclusión, en caso de desacuerdo, la Administración resolverá unilateralmente el conflicto y, si la representación sindical no está conforme, podrá acudir ante

¹⁷⁹. Vid. GONZALEZ PEREZ, J., Manual..., cit., pág. 194.

los tribunales que se pronunciarán sobre la bondad o no de la decisión administrativa.

3. Funciones.

30. La L.O.R.A.P., al igual que el E.T., no precisa expresamente las funciones de las Comisiones de Seguimiento. Sin embargo, mientras aquella mantiene un absoluto mutismo al respecto, el E.T., si bien no encomienda ninguna función a las comisiones paritarias, tampoco les delimita fronteras de actuación y, además, implícitamente reconoce que pueden desempeñar funciones de interpretación y aplicación de los convenios colectivos¹⁸⁰. Ello no obstante, y de acuerdo con lo que antes ha quedado dicho, las partes son libres de atribuirles las que estimen conveniente, dentro de la naturaleza de una comisión de este tipo, entre las cuales, tienen cabida no sólo la vigilancia en el cumplimiento del Acuerdo o Pacto o el control de los resultados de su aplicación, sino también la de intervenir en la resolución de cuantas cuestiones derivan del proceso de concreción del contenido de los Pactos y Acuerdo¹⁸¹. La formulación de esta regla general no excusa, sin embargo, del análisis de los límites de la autonomía colectiva que puedan ser deducidos de otras normas y principios generales del

¹⁸⁰. Vid, por todos, CRUZ VILLALON, J., "La intervención..", cit., pág. 208; MARTINEZ EMPERADOR, R., op. cit., págs. 61 y ss.

¹⁸¹. Así lo entienden, DEL REY GUANTER, S., Comentarios..., cit., pág. 215; GONZALEZ ORTEGA, S., " Los medios...", cit., pág. 472.

ordenamiento.

31. La libertad de las partes para fijar el ámbito de atribuciones de las Comisiones de Seguimiento impide realizar un examen generalizado y abstracto de las mismas.

3.1. Interpretación general de los Pactos y Acuerdos.

32. Cabe decir, en primer lugar, que entre las atribuciones de las Comisiones de Seguimiento resulta evidentemente posible la de interpretar con carácter general las cláusulas de los Pactos y Acuerdos. Afirmada la posibilidad de atribuir esta competencia en favor de la Comisión de Seguimiento, surgen como cuestiones a resolver las siguientes:

- En primer término, determinar los caracteres de la actividad interpretativa general¹⁸². Por lo pronto, hay que indicar que presupuesto de la interpretación general es la existencia de una res dubia, siendo su objetivo, eliminar el carácter ambiguo de las expresiones, con miras a seguir de guía y orientación en la resolución posterior de cuantos casos se presenten relacionados con los extremos confusos. Sus notas delimitadoras serían la generalidad y la aclaración. La generalidad indica que la interpretación va dirigida de manera

¹⁸². Sobre los caracteres de la interpretación general de los convenios colectivos ver, por todos, IGLESIAS CABERO, M., D.L., núm. 26, 1.988, págs. 81 y ss; VALDES DAL-RE, F., "Las comisiones.."; cit., pág. 76.

La naturaleza

indeterminada a cuantas personas se encuentren incluidas en el ámbito de aplicación de los Pactos y Acuerdos, con independencia y al margen de todo estado litigioso. La aclaración significa que no se pretende modificar una situación jurídica preexistente; es decir, no se trata de alterar la voluntad declarada, sino de corregir la voluntad expresada.

- Otra cuestión consiste en determinar si las declaraciones interpretativas generales del Acuerdo emanadas de la Comisión de Seguimiento devienen porción integrante del precepto interpretado autónomamente o, por el contrario, para que se incorporen a él y surtan efectos requieren la aprobación expresa y formal del órgano de gobierno que lo aprobó. En principio, la utilidad de la Comisión de Seguimiento, procurar una forma ágil de solución, quedaría muy reducida si se exigiera, en todo caso, la aprobación de lo acordado. Por ello, se podría entender que, en la medida en que se delega en la Comisión de Seguimiento la facultad de interpretar el Acuerdo, también se está aceptando el acuerdo que de la misma se emane, sin que sea necesaria la ulterior aprobación del mismo, salvo que las partes atribuyan a la Comisión de Seguimiento la interpretación general del Acuerdo con reserva del trámite de aprobación.

Cierto que el art. 37.2 no prescribe la aprobación del Consejo de Ministros en aquellos supuestos en los que la mesa de negociación o las Comisiones de Seguimiento pronuncien interpretaciones de carácter general; pero no es menos cierto

La naturaleza

que, en la L.O.R.A.P., la fuerza normativa del Acuerdo le viene dada por la aprobación del órgano de Gobierno correspondiente. Si a estas reflexiones se añade el que lo específico de la interpretación general es el que el precepto interpretado se incorpora al ordenamiento jurídico, formando con la norma aclarada un cuerpo único habrá que convenir que la aprobación es necesaria. Ahora bien, la interpretación del órgano de gobierno en este ámbito puede ser asimilada, sin grave quebranto dogmático, a la aprobación expresa y formal del Acuerdo. Quiere ello decir que aquel no podrá modificar el acuerdo interpretativo emitido por la Comisión de Seguimiento, aunque sí podrá rechazar su aprobación por violación de la legalidad procedimental o sustantiva.

- Problema más complejo es el de determinar el valor del acuerdo interpretativo emitido por la Comisión de Seguimiento. Las declaraciones interpretativas generales vinculan a los órganos inferiores jerárquicos del que representa a la Administración en el seno de la Comisión de Seguimiento. Estos, aunque sólo sea por el deber de obediencia que deben a sus superiores, están obligados a seguir las orientaciones contenidas en el acuerdo interpretativo, tanto al aplicar los Pactos y Acuerdos en vía ordinaria como al resolver los recursos administrativos planteados por los funcionarios y cuya pretensión se fundamente en los mismos. Por lo demás, una vez alcanzado el acuerdo interpretativo, la Administración Pública no podrá emitir pronunciamientos interpretativos autónomos sobre la misma

cláusula.

Pero se plantea el gran problema, la vinculación o no de los acuerdos de la Comisión de Seguimiento frente al conocimiento posterior de idéntica materia por los tribunales, sea en un conflicto colectivo sea en un conflicto individual. La solución es complicada. En principio, todo dependerá de cuál sea la naturaleza que se considera apropiada a tales acuerdos interpretativos. Si se encuadran en el concepto de circulares o instrucciones, habrá que concluir que no vincularán a los tribunales¹⁸³. Por el contrario, si reconducen a las denominadas "ordenes interpretativas"¹⁸⁴ o a los "elementos normativos desgajados"¹⁸⁵, habría que concluir que si les vinculan. Obviamente, tal vinculación sólo se produciría cuando las partes hubieran seguido el procedimiento previsto al efecto y el acuerdo interpretativo respetara la norma interpretada. De este modo, el tribunal debería revisar la legalidad procedimental y sustancial del acuerdo interpretativo. Pero una vez comprobada, aquel vendría obligado a resolver de conformidad con el acuerdo

¹⁸³. Las Circulares e instrucciones constituyen una manifestación de la jerarquía administrativa y un mandato a los inferiores, que no vincula a los tribunales. Vid. EMBID IRUJO, A., "Potestad reglamentaria", R.A.P.V., núm. 29, 1.991, pág. 108; GARRIDO FALLA, F., Tratado de Derecho Administrativo, V.I., Madrid, 1.987, pág. 244; GONZALEZ PEREZ, J., Comentarios..., cit., pág. 139.

¹⁸⁴. Vid. MARTIN RETORTILLO, L., La interpretación de las normas según la Ley General Tributaria, Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública, núm. 54, 1.964, págs. 343 y ss.

¹⁸⁵. Vid. GONZALEZ NAVARRO, F., El procedimiento administrativo español en la doctrina científica, Madrid, 1.972, págs. 749 y ss.

interpretativo¹⁸⁶.

3.2. Resolución de conflictos colectivos jurídicos.

33. La intervención de la Comisión de Seguimiento en la composición de los conflictos colectivos jurídicos suscita una amplia problemática. Por lo pronto, su actuación, tendente a lograr una solución extrajudicial al conflicto que haga innecesaria la procesal jurisdiccional, choca con la prohibición general que tienen las entidades públicas de conciliarse y transigir sobre sus derechos. Precisamente, por esta razón en los pleitos contra entidades públicas se sustituye el intento previo de conciliación por la reclamación administrativa previa (arts. 69 a 73 L.P.A.)¹⁸⁷. Sin embargo, esta prohibición no puede regir en este caso, pues el reconocimiento de la autonomía colectiva comporta, obviamente, la posibilidad de conciliarse y transigir. Nótese que en los procedimientos sobre conflictos colectivos planteados contra las Administraciones Públicas se sigue este criterio: se exceptúan de la vía previa administrativa y se someten a la conciliación previa o al intento de conciliación

¹⁸⁶. En esta posición parece situarse GONZALEZ ORTEGA, S., " Los medios...", cit., pág. 449, al decir que "en un conflicto jurídico, la interpretación que se haya acordado (a sugerencia del mediador) adquirirá la misma eficacia y naturaleza de los acuerdos y cláusulas sobre las que esa interpretación se proyecta y comprometiéndose de igual forma y con el mismo alcance a las partes en conflictos y a todos los interesados afectados por la misma". Se trataría, por lo demás, de una solución similar a la propugnada por la doctrina laboral en relación con los acuerdos interpretativos generales de la C.P. Ver CRUZ VILLALON, J., "La intervención..", cit., pág. 218.

¹⁸⁷. Vid. ALFONSO MELLADO, C., y otros. Lecciones sobre el juicio laboral, Valencia, 1.991, pág. 75.

La naturaleza

ante la Comisión Paritaria (arts. 70 y 153.1 L.P.L.)¹⁸⁸.

34. En los conflictos colectivos jurídicos, la solución autónoma y heterónoma en el doble plano administrativo y judicial se presentan, en cierto modo, como vías alternativas, lo que plantea varias cuestiones:

- En primer término, determinar cuál de los dos sistemas, el autónomo -basado en formas negociales- o el heterónomo -basado en la solución judicial del conflicto- resulta preferente. Las partes pueden acordar que, suscitado un conflicto de interpretación o aplicación del Acuerdo o Pacto, podrá (carácter voluntario) o deberá (voluntario) acudirse a la Comisión de Seguimiento. La cuestión consiste en determinar si las partes negociadoras pueden imponer la obligatoriedad de llevar las controversias interpretativas ante la Comisión de Seguimiento, cerrando temporalmente la posibilidad de plantear el conflicto ante la jurisdicción.

En principio, se podrían alegar en sentido contrario similares argumentos a los formulados por el sector de la jurisprudencia laboral reaccionaria a aceptar la posibilidad de ejercitar la acción judicial¹⁸⁹. En primer lugar, que, de

¹⁸⁸. MONTOYA MELGAR, A. y otros, El nuevo procedimiento laboral, Madrid, 1.990, pág. 79;

¹⁸⁹. Ver GOERLICH PESET, J.M^a., "Los acuerdos de resolución de los conflictos colectivos", en A.A.V.V, Manifestaciones de la autonomía colectiva en el ordenamiento laboral, Madrid, 1.989, págs. 135 y ss, donde se recogen los argumentos doctrinales y jurisprudenciales.

La naturaleza

admitirse la obligatoriedad del trámite ante la Comisión de Seguimiento, se menoscabaría el derecho constitucional de acción; en segundo lugar, que admitir el efecto preclusivo supondría el establecimiento de un presupuesto procesal, materia de orden público cuya regulación viene vedada a la negociación colectiva.

Pero, ninguno de estos razonamientos son de recibo¹⁹⁰. En sentido estricto no cabe decir que con ello se esté exigiendo un trámite previo. Tampoco se altera la ley procesal; sólo debe considerarse como materia de orden público aquello que afecte a la organización y funcionamiento de los tribunales, así como al desarrollo del procedimiento contencioso-administrativo. Y en el supuesto aquí contemplado no se incide en estas materias, pues se trata de establecer vías de solución pacíficas y amigables al conflicto, antes de acudir al remedio judicial.

Por ello, aunque la ley no disponga expresamente la intervención de la Comisión de Seguimiento como requisito previo a la iniciación del proceso judicial, al reconocer implícitamente que éste puede ser uno de sus cometidos, parece más acertado aceptar la obligatoriedad, cuando así haya sido acordado por las partes¹⁹¹. Poco sentido tiene que los acuerdos les puedan

¹⁹⁰. Ver, por todos, GOERLICH PESET, J.M^a. , op. ult. cit., pág. 135. La S.T.C.O. de 14 de noviembre de 1.991 ha entendido que tal exigencia no vulnera el derecho a la tutela judicial del art. 24 de la .C.E.

¹⁹¹. Así, los Acuerdos de la Comunidad Autónoma de Euskadi suelen establecer con carácter obligatorio la necesidad de remitir los conflictos colectivos jurídicos que se planteen relación con los Acuerdos; si bien hay que subrayar que no precisar si esta preferencia se da tanto respecto a la medidas de presión como a la intervención judicial.

La naturaleza

atribuir este tipo de funciones, para que posteriormente su efectivo cumplimiento quede a la libre voluntad de una de las partes. Así, apoyándonos en la eficacia jurídica normativa de los Pactos y Acuerdos, así como, en los principios generales que garantizan la obligatoriedad de los contratos, hay que entender que, una vez establecida claramente la voluntad de las partes en favor de la obligatoriedad del trámite ante la Comisión, su cumplimiento es requisito indispensable para que se abra la vía jurisdiccional.

Ahora bien, como la presentación del asunto ante la Comisión de Seguimiento no interrumpe los plazos que la ley establece, en cada caso, para plantear los recursos administrativos y contencioso-administrativos correspondientes, la Comisión de Seguimiento deberá pronunciarse de forma que, en su caso, pueda ejercerse en plazo los recursos legales correspondientes. De no ser así, la representación sindical tendrá expedita la vía judicial.

- Otra cuestión que plantea la coexistencia de los procedimientos autónomos y judicial en materia de conflictos colectivos jurídicos hace referencia a la necesidad de agotar la vía administrativa para acudir ante los tribunales. El problema se planteará cuando las organizaciones sindicales, bien porque no se ha logrado el acuerdo en el seno de la Comisión de Seguimiento o porque no estén conformes con el resultado obtenido en sede autónoma, intenten replantear el litigio ante la

La naturaleza

jurisdicción contencioso-administrativa.

En principio, teniendo en cuenta que la función de los recursos no es otra que la de evitar el uso de mecanismos jurisdiccionales ofreciendo a la Administración la oportunidad de reconsiderar su propia resolución, cabría sostener que en estos supuestos la vía administrativa no es obligatoria sino potestativa. Ciertamente, es absurdo interponer el recurso administrativo para que la Administración reconsidere su posición, pues no es probable que rectifique la que ha mantenido en el seno de la Comisión de Seguimiento, máxime teniendo en cuenta que lo normal es que sus representantes sean los órganos que agotan la vía administrativa en materia de personal. Así las cosas, la configuración de los recursos administrativos como requisito para acudir a la jurisdicción no hace más que dificultar el derecho a la tutela judicial, máxime cuando la Administración puede terminar utilizando la técnica del silencio administrativo, que con los plazos requeridos aún retrasa más la solución jurisdiccional. Nótese a este respecto, que en los procesos de conflicto colectivos que se siguen contra la Administración el intento de conciliación ante el servicio administrativo, que viene a sustituir a la reclamación administrativa previa, institución con la que el recurso administrativo mantiene una gran similitud por su finalidad, se amortiza con el intento de conciliación ante los órganos que puedan establecerse a través de los acuerdos interprofesionales o los convenios colectivos a que se refiere el art. 83 del E.T.

La naturaleza

Esta posición, que si bien pudiera estar justificada desde perspectivas de lege ferenda, difícilmente puede tener acogida en el actual ordenamiento jurídico administrativo. En efecto, para poder impugnar las disposiciones y actos de la Administración Pública es necesario que hayan causado estado, es decir, que no sean susceptibles de ulterior recurso ordinario en vía administrativa. De este modo, salvo que esté en juego la libertad sindical u otro derecho fundamental, la representación sindical deberá agotar la vía administrativa para poder acudir ante los tribunales.

- Finalmente, al ser posible la intervención de dos organismos en la resolución de los conflictos colectivos, uno privado y otro público, se plantea el problema de determinar la vinculación o no de los acuerdos de la Comisión de Seguimiento al conocimiento posterior de idéntica materia por un tribunal. Y, en este sentido, hay que concluir que la interpretación aplicativa de la Comisión, a diferencia de la interpretación general, no vinculará más allá de la importancia que las reglas interpretativas de los contratos atribuyan a la voluntad auténtica de las partes (arts. 129.1 y ss C.c.)¹⁹². A este respecto, conviene traer a colación las formulaciones realizadas por la doctrina administrativa acerca de la naturaleza de la actividad administrativa en la resolución de recursos

¹⁹². Se marca, de este modo, una diferencia sustancial con la negociación colectiva laboral, donde los acuerdos interpretativos de la C.P. resolutorios de conflictos colectivos jurídicos vinculan al juez. Así, GOERLICH PESET, J.M^a., "Los acuerdos ..". cit., págs. 139 y ss; OJEDA AVILES, A., Derecho.., cit., pág. 735. En sentido contrario, MARTINEZ EMPERADOR, R., op. cit., págs. 62 y ss.

La naturaleza

administrativos¹⁹³. En este sentido, se afirma que la Administración cuando resuelve un recurso interpuesto por el administrado contra un acto suyo, no realiza una actividad jurisdiccional en el sentido de declarar el derecho, sino que sigue siendo una actividad administrativa. La Administración aún cuando tenga que aplicar una norma jurídica realiza una actividad administrativa, nunca jurisdiccional, pues esta función está reservada a los tribunales.

3.3. Actuaciones en conflictos individuales.

35. En materia de solución de conflictos individuales, la lógica que se impone es la de asegurar la primacía de la tutela jurisdiccional. En efecto, la intervención de las Comisiones de Seguimiento en los conflictos individuales supone un cambio de perspectiva de tal magnitud, en relación con los conflictos colectivos anteriormente analizados, que obliga a fijar conclusiones opuestas. El argumento desechado en su momento frente a la imposibilidad de remitir los conflictos colectivos a la Comisión de Seguimiento, constituye en esta ocasión obstáculo insalvable a la intervención de la Comisión en el ámbito de las controversias individuales.

Mientras que cuando se establece la necesidad de que las partes acudan con carácter previo a la Comisión de Seguimiento

¹⁹³. Vid., por todos, BARRACHINA JUAN. E., Compendio de Derecho Administrativo, Tomo II, Barcelona, 1.986, pág. 583.

La naturaleza

en caso de conflicto colectivo no se incide sobre norma alguna de orden público, esto si que sucede cuando se trata de un conflicto individual. El funcionario público, a diferencia del trabajador, tiene siempre respecto de la Administración Pública los derechos y obligaciones establecidos en su Estatuto. Tales derechos y obligaciones subsisten en tanto no sean modificados por la norma que los contiene, no pudiendo los funcionarios oponerse a semejantes modificaciones. Consecuencia de lo anterior es que el régimen general establecido por el Estatuto no puede ser alterado por la Administración en relación a un caso singular y en perjuicio o ventaja de alguno o algunos de sus funcionarios. Ello resulta explicable en aplicación del principio de legalidad y, en concreto, del principio de inderogabilidad singular de los reglamentos. Consecuencia de lo anterior, es que en este caso rige la prohibición general que tienen las entidades públicas de conciliarse y transigir sobre sus derechos y obligaciones. Así, no cabe la conciliación ni extrajudicial ni judicial, ya que si de lo que se trata es de que las partes eviten el proceso a través de un acuerdo o transacción extrajudicial esta finalidad choca con la prohibición general antecitada.

36. Se marca, de este modo, una diferencia con el régimen jurídico de las Comisiones Paritarias del sector laboral, ya que éstas si pueden intervenir en los conflictos individuales¹⁹⁴. Y ello obedece a que las partes del contrato disponen de una

¹⁹⁴. Sobre las facultades de interpretación "uti singuli" de las C.P. ver, por todos, CRUZ VILLALON, J., "Las comisiones..", cit., pág. 218.

La naturaleza

facultad contractual normativa, que no existe en el ámbito funcional.

37. En definitiva, en lo que afecta a los conflictos individuales no es posible la actuación de las Comisiones de Seguimiento.

3.4. Otras funciones.

38. Las Comisiones de Seguimiento, al ser órganos a quienes se les encomienda el impulso y dirección de la fase de administración del Pacto o Acuerdo, tienen sus propias limitaciones derivadas de la misma naturaleza de su finalidad institucional. Surgen para actuar en conflictos de aplicación del pacto que las instituye y en ello encuentran sus principales fronteras. Así, la intervención de las Comisiones de Seguimiento, a igual que la de las Comisiones Paritarias¹⁹⁵, está limitada por lo que es el contenido del propio Pacto o Acuerdo, en términos tales que a las mismas les queda vedada cualquier tipo de actuación que traiga consigo la modificación del articulado de aquellos. La L.O.R.A.P. establece reglas precisas de capacidad, legitimación y procedimiento para la elaboración y aprobación de los Pactos y Acuerdos. Desea que ello se haga precisamente por medio de la mesa de negociación.

¹⁹⁵. S.T.C.T. de 29 de mayo de 1.987; S.S.T.S. de 27 de noviembre de 1.991; y S.T.S.J. de Extremadura de 21 de febrero de 1.991, entre otras.

La naturaleza

39. Sin embargo, las funciones antes señaladas no agotan el marco de actuación de las Comisiones de Seguimiento. La ampliación del ámbito funcional de este órgano, obedece, en última instancia, a la complejidad de las negociaciones en la Función Pública.

40. La multiplicidad y diversidad de las funciones asignadas a estos órganos, impide todo intento de relación exhaustiva. Con todo, observando la tendencia de la incipiente práctica contractual, se podrían citar, entre otras, las siguientes funciones:

- Asesoramiento e información de cuantos asuntos sean sometidos por los órganos administrativos y funcionarios.
- Vigilancia del cumplimiento de lo pactado.
- Estudios sobre determinados aspectos para formular propuestas a la Mesa negociadora, al objeto de adoptar y formalizar nuevos acuerdos.
- Seguimiento de las constrataciones.
- Aplicación de fondos adicionales.
- Participación de los órganos competentes en materia de seguridad e higiene.

Conclusiones

CONCLUSIONES

I. Al termino de este trabajo difícilmente se reconocerá este sistema como de negociación colectiva. Las peculiaridades se manifiestan en todos los frentes de la negociación, abarcando todas las facetas de la actividad de las partes: desde la iniciación de la negociación hasta la interpretación y aplicación de los Pactos y Acuerdos. El problema es, sin embargo, si puede realmente articularse en la Función Pública un sistema de negociación similar al laboral, dada la posición que ocupan las Administraciones Públicas en la estructura de los poderes del Estado y los efectos que de dicha posición se deducen en la relación de servicio y en la misma configuración de esta relación.

II. Una valoración global sobre el sistema de negociación colectiva no es posible sin tomar en consideración cuál es el fundamento constitucional del derecho a la negociación colectiva de los funcionarios públicos. De acuerdo con la tesis aquí sostenida, éste forma parte del contenido esencial del derecho de libre

Conclusiones

sindicación que el art. 28.1 de la Constitución reconoce a los funcionarios públicos. De este modo, el legislador no tiene a su discreción el reconocer o no un margen de autonomía colectiva en la Función Pública, pues ello resulta ya del propio art. 28.1 de la Constitución. Ahora bien, este artículo obliga al legislador ordinario a establecer las peculiaridades del ejercicio de la libertad sindical de los funcionarios públicos y, por consiguiente, de su derecho a la negociación colectiva, en tanto que ésta es una manifestación de aquella.

III. De esta manera, el legislador se sitúa en un proceso de tensión dialéctica entre la situación estatutaria funcional y el reconocimiento "peculiar" de la negociación colectiva. De esta tensión dialéctica están excluidas, como ha subrayado la doctrina científica, dos alternativas: por un lado, la continuación de un "status" de total unilateralidad de la Administración en la regulación de la prestación de trabajo del personal funcionario y, por otro, la laboralización total de esta relación con la introducción de una lógica contractual a nivel colectivo idéntica a la de los trabajadores.

IV. El legislador no podía, pues, dar un tratamiento unitario a la negociación colectiva laboral y funcional, porque esta última ha de contar con peculiaridades. El legislador debe adaptar

Conclusiones

la negociación colectiva a las peculiares características que presente la Administración como "empleador", incurriendo desde luego en tacha de inconstitucionalidad, si no lo hace. Pero si tal argumento debe considerarse correcto, también lo es su opuesto, es decir, si la Administración Pública no presenta peculiaridades con respecto a los empleadores del sector privado, resulta coherente que coherente que tampoco se haga distinción en el plano negocial, de forma que no exista la posibilidad de que se den agravios comparativos entre trabajadores y funcionarios.

V. La mayoría de las peculiaridades del sistema de negociación colectiva perfilado en la L.O.R.A.P. encuentran su explicación y justificación en el propio texto constitucional. Así, y en primer lugar, el diseño legal de la estructura negocial venía predeterminado, de una parte, por el sistema de distribución de competencias entre el Estado, las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales en materia de personal y, de otro, por la inclinación del constituyente en favor de un sistema estatutario general.

VI. Otro tanto cabe decir en relación con la configuración de los sujetos negociadores y, en especial, de la representación funcionarial. La opción constitucional de situar el ejercicio de los derechos colectivos de los funcionarios públicos y, entre

Conclusiones

ellos, el de negociación colectiva, en el contenido esencial de la libertad sindical, ha determinado que la ley no prevea otros cauces que los sindicales para la participación de los funcionarios en la fijación de sus condiciones de trabajo. Por otra parte, la necesidad de garantizar el principio de eficacia administrativa tutelado por la propia Constitución, ha llevado al legislador a instaurar un monopolio sindical cualificado, que restringe todavía más las posibilidades de negociación de los representantes funcionariales.

VII. También es el caso de todo lo relacionado con el contenido de la negociación colectiva. El sistema de reparto de poderes normativos en materia de personal entre el Estado, las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales, y, sobre todo, entre los órganos con potestad normativa dentro de cada una de estas esferas, ha obligado a perfilar un modelo de negociación colectiva claramente alejado de la contratación laboral. En efecto, las reservas de ley en materia funcionarial y presupuestaria establecidas en la Constitución y reiteradas en los diferentes Estatutos de Autonomía, constituyen la causa inmediata de la coerción y restricción severa del contenido de la negociación colectiva operada por la L.O.R.A.P. Esta disposición legal no podía incluir los ámbitos materiales reservados a la ley en el plano de la negociación colectiva, porque ello hubiera supuesto una clara

Conclusiones

deslegalización de la materia. Por lo demás, y aún cuando la ley 7/1.990 las ha incluido en el plano de la negociación, dicha en realidad no es más que una operación de maquillaje. La negociación de los ámbitos materiales reservados a la ley resulta simbólica, porque la efectividad de los Acuerdos alcanzados al respecto queda al arbitrio del Gobierno primero, y después del Parlamento.

VIII. Por último, el procedimiento de negociación y, con ello, la naturaleza de los instrumentos negociales, también venían predeterminados. Ciertamente, la circunstancia de que la Constitución y los diferentes Estatutos de Autonomía atribuyan la potestad reglamentaria y la máxima responsabilidad en materia de personal a órganos de carácter colegial ha influido sobre estos aspectos. La imposibilidad material de que tales órganos de gobierno puedan negociar en pleno con los sindicatos, ha llevado al legislador a articular el procedimiento de negociación en dos fases distintas (el proceso negociador propiamente dicho y la fase de aprobación expresa y formal del Acuerdo), lo que ha su vez redundado sobre la naturaleza de tales instrumentos negociales.

IX. En fin, se puede concluir que la mayor parte de las peculiaridades del sistema de negociación colectiva funcionarial están justificadas. Ahora bien, ello no quiere decir que este sistema esté exento de críticas. Las ojecciones se centran

Conclusiones

fundamentalmente en dos aspectos: el proceso negocial y los medios de solución de los conflictos colectivos novatorios y jurídicos. La regulación del proceso de negociación está plagada de imprecisiones, ambigüedades e, incluso, defectos técnicos, lo que va a conducir a incertidumbre insuperables en los procesos de negociación y la consecuencia de esas incertidumbres son los conflictos. Si a ello se une el hecho de que la ordenación legal de los medios de solución de los conflictos en la Función Pública se caracteriza, de forma general, por ser una regulación incompleta, la conclusión a que se llega es realmente desoladora.

X. Centrándonos en el proceso de negociación, hay que denunciar, en primer lugar, el hecho de que la ley haya silenciado cualquier referencia a la constitución válida de la representación sindical presente en las mesas negociadoras en función de la representatividad y audiencia que acrediten los sindicatos y mayorías y procedimientos de votaciones para la conclusión de los acuerdos negociales. Si se tiene en cuenta el contencioso que sobre este tema, expresamente regulado por el E.T., se ha dado en el sector laboral, es de suponer que laguna tan fundamental y en cuestión dada a todo tipo de maniobras interesadas sea un semillero de conflictos entre los propios sindicatos y un instrumento de arbitrariedad en manos de una Administración politizada (o desinstitucionalizada). En segundo lugar, la ambigüedad normativa

Conclusiones

acerca de las causas que permiten a la Administración utilizar la facultad que le confiere el art. 37.2 de la L.O.R.A.P. en los supuestos de falta de acuerdo en la negociación y ausencia de aprobación expresa y formal del Acuerdo. Todo ello coloca a la Administración en una posición de supremacía en el proceso negociador.

XI. Ciertamente, ambas insuficiencias normativas tienen un causa común. El legislador, consciente de que cualquier solución en estos ámbitos es controvertida, guarda silencio a fin de evitar que los conflictos entre los propios sindicatos y entre éstos y la Administración se traduzcan en vacíos normativos. Sin embargo, entendemos que podrían haber resultado más correctas y a la vez más realistas otras fórmulas, como las de arbitrar procedimientos independiente e imparciales para superar los impases del proceso negociador por tales causas. Es decir, el legislador debería haber sido más exigente en el transcurso de las negociaciones y más flexible, en cambio, en la recta final de la negociación.

XII. Sin embargo, y conectando con la segunda objeción que antes se ha señalado, la L.O.R.A.P. sólo contempla, de forma más o menos detallada, la mediación y, la muy discutible por lo que significa de limitación de la autonomía colectiva y del derecho a negociar colectivamente, decisión administrativa unilateral. No se

Conclusiones

hace referencia alguna al arbitraje y, por lo que respecta, a los medios de autónomos de solución de conflictos, no puede decirse que los haya fomentado, dada su escasa y tímida regulación en los arts. 32 y 35. Si a ello se une la ausencia de una cultura de la negociación en las relaciones de la Administración con su personal funcionario, es difícil predecir por qué caminos discursará la solución de los conflictos en la Función Pública.

XIII. En este estado de cosas, dos son los peligros que se ciernen. De una parte, y en relación a los conflictos colectivos de intereses, que el recurso por parte de la Administración Pública a la decisión administrativa unilateral sea más frecuente de lo que el respeto a un espacio digno y suficiente para el desarrollo de la autonomía colectiva haría aconsejable. La carencia de otros medios de solución de estos conflictos puede hacer que la aplicación del art. 37.2 se convierta en una forma habitual de finalización del conflicto; o que, la mera posibilidad de su uso, signifique un instrumento de presión por parte de la Administración contra las reivindicaciones y actitudes conflictivas de las organizaciones sindicales.

XIV. De otra parte, y en relación a los conflictos colectivos jurídicos y, en especial, a los que se produzcan en relación con la interpretación y aplicación de los Pactos y Acuerdos, que, ante la

Conclusiones

carencia de un procedimiento contencioso-administrativo especial, dotado de la celeridad mínima necesaria que la solución de este tipo de conflictos requiere, la huelga se convierta en la vía por excelencia para garantizar el cumplimiento por la Administración de los Pactos y Acuerdos.

XV. Ciertamente, aunque, como señaló el Tribunal Constitucional al determinar el alcance de la obligación legal de paz del art. 11.c) del R.D.L.R.T., es indiscutible que una de las funciones de la huelga consiste en "sancionar" a la parte empleadora por eventuales incumplimientos de la normativa convencional, no es conveniente, como ha subrayado la doctrina científica, hacer recaer sobre ella el cumplimiento de los Pactos y Acuerdos. Por lo pronto, y desde una perspectiva estrictamente legal, porque en el ordenamiento jurídico la huelga sanción recibe el mismo tratamiento legal que el resto de las huelgas legales, esto es, y en base a la disposición adicional decimosegunda de la L.M.R.F.P., los "funcionarios que ejerciten el derecho de huelga no devengarán ni percibirán las retribuciones correspondientes al tiempo en que hayan permanecido en esta situación". De este manera, los funcionarios saldrán en todo caso con sus intereses dañados, mientras que la incidencia sancionadora de la huelga sobre la Administración será aleatoria, dependiendo de múltiples circunstancias.

Conclusiones

XVI. Pero los inconvenientes que plantea la huelga sanción en este ámbito no surgen exclusivamente desde la perspectiva de sus efectos legales sobre los funcionarios, sino también respecto a su conveniencia y efectividad. Y no sólo por la incidencia que tales huelgas tienen sobre los ciudadanos, sino también porque, ante la actitud de no cumplir lo acordado, la huelga sólo podrá funcionar cuando produzca un daño a la Administración mayor que el beneficio que ésta puede obtener por tal incumplimiento, con lo cual, el incumplimiento de los Pactos y Acuerdos no depende ya de una opción realizada por el Ordenamiento jurídico en favor de la negociación colectiva como instrumento de regulación de las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos, sino de la mera correlación de fuerzas entre estas últimas y los funcionarios y sus organizaciones sindicales. En los sectores funcionariales que no se cubran servicios esenciales la huelga tendrá escasa incidencia, por lo que los Pactos y Acuerdos correrán serio peligro de no ser cumplidos. En los demás y durante el tiempo en que la huelga sea eficaz como medida de presión los acuerdos, se cumplirán.

XVII. Sin embargo, ni tan siquiera en este último caso está garantizada la efectividad de la huelga, ya que el ejercicio de este derecho habrá de realizarse salvaguardándose, en todo caso, el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad. Y hoy por hoy, la competencia para fijar las medidas de protección de los

Conclusiones

servicios esenciales corresponde a la autoridad gubernativa, con lo cual no se cumple la condición de "tercero imparcial", que de esa autoridad predica la jurisprudencia constitucional.

XVIII. Para eludir ambos peligros, y mientras el legislador no intervenga, la única solución consiste en fomentar la creación de los medios autónomos de solución de los conflictos colectivos. En manos de los sindicatos y de la Administración está, por consiguiente, el dar una respuesta adecuada a esta exigencia.

Bibliografía

Bibliografía fundamental.

AJA FERNANDEZ, E. y otros
- El sistema jurídico de las Comunidades Autónomas, Madrid, 1.985.

ABELLA POBLET, M. y otros
- Nuevo Régimen Local. El consultor de los Ayuntamientos, Tomo I, Madrid, 1.988.
- Régimen jurídico y Económico de los funcionarios de la Administración Local, Tomo I, El consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Madrid, 1.990.

ALARCON CARACUEL, M.
- "El sindicato más representativo en la Ley Orgánica de Libertad Sindical", R.T., núm. 10, 1.984.
- "Los procesos especiales de clasificación profesional y conflictos colectivos en la Ley de Procedimiento y normas concordantes", R.P.S., núm. 137, 1.983.

ALBIOL MONTESINOS, I.
- Comités de empresa y delegados de personal, Bilbao, 1.992.
- El sindicato en la empresa, Deusto, 1.990.
- La Tutela de la libertad sindical, Madrid, 1.987.
- "Tutela de la libertad sindical", A.L., núm. 6, 1.989.
- El Estatuto de los Trabajadores, Comentarios a la Ley 8/1.980 de 10 de Marzo, Madrid, 1.981.

ALMANSA PASTOR, J.M.
- Derecho de la Seguridad Social, Madrid, 1.989.

ALFONSO MELLADO, C. y otros
- Lecciones sobre el juicio laboral, Valencia, 1.991.

ALONSO OLEA, M.
- "Comentarios al art. 37.1 C.E.", en A.A.V.V., Constitución Española de 1.978, Tomo III, Madrid, 1.983.
- Instituciones de Seguridad Social, Madrid, 1.988.
- Las fuentes del derecho en especial del derecho del trabajo según la Constitución, Madrid, 1.982.
- "Panorama general de la Ley Orgánica de Libertad Sindical", R.F.D.U.C., núm. 7, 1.985.

- "Legitimación para la revisión del convenio colectivo",
R.E.D.T., núm. 21, 1.985.

ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M^a. E.
- Derecho del trabajo, Madrid, 1.989.

ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J.L.
- Instituciones de Seguridad Social, Madrid, 1.988.

ALVAREZ DE LA ROSA, M.
- "El régimen jurídico de las incompatibilidades en los
contratos de trabajo del sector público", D.A., núms. 210-211,
1.987.

- La organización del sindicato en los lugares de trabajo
(Empresa y Administración), Madrid, 1.991.

ALVAREZ RICO, M.
- Principios constitucionales de organización de las
Administraciones Públicas, Estudios de Derecho Público, Madrid,
1.986.

APARICIO TOVAR, J.
- "La contratación colectiva de los funcionarios
públicos", en A.A.V.V., Jurisprudencia constitucional y relaciones
laborales, Madrid, 1.983.

AYERRA LAZCANO, J.M^a.
- "El personal estatutario de la Administración de la
Seguridad Social", A.L., núm. 45, 1.989.

ARGULLOL MURGADAS.

- "Los límites de la potestad legislativa de las
Comunidades. Autónomas", en A.A.V.V., La Constitución y las fuentes
del Derecho, Madrid, 1.979.

BAENA DEL ALCAZAR, M.
- "Art. 103. La organización y la función pública", en
A.A.V.V., Comentarios a las leyes políticas. Constitución Española
de 1.978, Tomo VIII, Edersa, Madrid, 1.985.

- Curso de Ciencia de la Administración, Vol. I, Madrid,
1.985.

- "Instrucciones y circulares como fuentes del Derecho",
R.A.P., núm. 30, 1.977.

- "La Función Pública en la Constitución y en las leyes
orgánicas", en A.A.V.V., Administración y Constitución. Estudios en
homenaje al profesor Mesa Moles, Servicio de Publicaciones de la
Presidencia del Gobierno, Madrid, 1.981.

BALAGUER CALLEJON, F.

- "La integración del derecho autonómico y la aplicación
supletoria del derecho estatal", R.A.P., núm. 124, 1.991.

BARRACHINA, J.E.

- Compendio de Derecho Administrativo, Tomo I, Barcelona,

1.986.

- La Función Pública. Su ordenamiento jurídico, Parte general I, Madrid, 1.991.

BARREIRO GONZALEZ, G.

- "Ensayo crítico sobre la paz laboral en el convenio colectivo con especial referencia a su caracter inmanente", R.E.D.T., núm. 4, 1.980.

- "Sobre el control presupuestario de las rentas del personal laboral en el sector público", R.E.D.T., núm. 27, 1.986.

BASSOLS COMA, M.

- "Las diversas manifestaciones de la potestad reglamentaria en la Constitución", R.A.P., núm. 2, 1.979.

BAYLOS GRAU, A.

- "Algunas notas sobre la legitimación sindical para promover el procedimiento de conflicto colectivo", R.E.D.T., núm. 12, 1.982.

- "El derecho de negociación colectiva de los funcionarios públicos", La Ley, 1.984.

BAYONA y ROCAMORA

- "La evolución del concepto de competencia básica en la doctrina y jurisprudencia constitucional", D.A., núm. 30, 1.985.

BELTRAN DE FELIPE.

- Funcionarios. Organos de representación, determinación de las condiciones del trabajo y participación, Madrid, 1.989.

BERMEJO VERA, J.

- "El principio de reserva legal en las Comunidades Autónomas", en A.A.V.V., La Constitución española y las fuentes del Derecho, Vol. I, Madrid, 1.979.

BERMEJO CABRERO, F.

- "Las relaciones de puestos de trabajo y la laboralización de la Función Pública", R.E.D.A., núm. 62, 1.989.

BLASCO ESTEVEZ, A.

- "La negociación colectiva de los funcionarios públicos en la Administración local", R.E.D.A., núm. 52, 1.986.

- "Normas básicas estatales y leyes de desarrollo de las Comunidades Autónomas: jurisprudencia constitucional", R.E.D.A., núm. 33, 1.982.

- "La negociación colectiva de los funcionarios públicos en la Administración Local", en MUÑOZ MACHADO (coord.), Tratado de Derecho Administrativo, Madrid, 1.988.

- "Sobre el concepto de competencia exclusiva", R.E.D.A., núm. 29, 1.981.

BOCANEGRA SIERRA, R.

- "La Función Pública en la Ley reguladora de las bases de Régimen Local", en A.A.V.V., Jornadas de Estudio sobre Administración y Función Pública en el Estado Autonómico, Zarautz,

bibliografía

1.986.

BOQUERA OLIVER, J.M.

- "El enjuiciamiento e inaplicación judicial de los reglamentos", R.A.P., núm. 35, 1.984.

- "Los límites del poder de ordenanza", R.E.A.L., núm. 160, 1.968.

- "Los órganos estatales titulares de poder reglamentario", R.A.P., núm. 47, 1.965.

BORRAJO DACRUZ, E.

- "Delegados sindicales: ¿ en la empresa o en el centro de trabajo?", A.L., núm. 34, 1.987.

- "El derecho de huelga de los funcionarios públicos en la sentencia del T.C.O de 8 de Abril de 1.981", R.E.D.T., núm. 2, 1.981.

- "Sindicatos y negociación colectiva en el proyecto de Ley Orgánica de Libertad Sindical", R.F.D.U.C., núm. 7, 1.985.

CAMARA DEL PORTILLO, D.

- "La Función Pública ante el Tribunal Constitucional: una oportunidad perdida", R.E.D.A., núm. 57, 1.988.

CAMPS RUIZ, L.

- "Las competencias laborales de las Comunidades Autónomas en la Constitución y en los Estatutos de Autonomía y su interpretación por el Tribunal Constitucional", R.L., núm. 5, 1.985.

CAMPS RUIZ, L. y SALA FRANCO, T.

- "Los convenios colectivos extraestatutarios, eficacia, articulación con los convenios estatutarios e incidencia sobre el deber de negociación", D.L., núm. 21, 1.987.

CANO MATA, A.

- "La huelga de funcionarios", R.A.P., núm. 93, 1.980.

CARRASCO CANALS

- "El Régimen de la Función Pública Española", en A.A.V.V., Gobierno y Administración en la Constitución, Vol. I, Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1.988.

- "La función pública española en la actualidad", R.A.P., núm. 12, 1.983.

CARRERA ORTIZ, C.

- "Naturaleza y eficacia jurídica de la negociación colectiva en la función pública en España", R.E.D.T., núm. 38, 1989.

CARRO MARTINEZ, A.

bibliografía

- "Secretarías generales técnicas", en A.A.V.V., Estudios de Derecho Administrativo, Libro Jubilar del Consejo de Estado, Instituto de estudios políticos, Madrid, 1.972.

CASAS BAAMONDE, M^a. E.

- "Dos sentencias constitucionales sobre competencias de Comunidades Autónomas", R.E.D.T., núm. 37, 1.989.

- "Los derechos sindicales de los funcionarios públicos en las Administraciones públicas vascas", en A.A.V.V., Administración Pública y Sindicalismo, Zarautz, 1.988.

- "Los derechos de representación unitaria en la función pública", R.L., núm. 11, 1.986.

- "Sindicatos y Comunidades Autónomas", R.F.D.U.C., núm. 7, 1.985.

- "Representatividad y mayor representatividad de los sindicatos en España. Un modelo de crisis", R.E.D.T., núm. 33, 1.988.

CASAS BAAMONDE, M^a E. y ESCUDERO RODRIGUEZ, R.

- "Representación unitaria y representación sindical en el sistema español de relaciones laborales", R.E.D.T., núm 17, 1.984.

CASAS BAAMONDE, M^a.E. y otros.

- "El Estatuto de los Trabajadores. Diez años después: pervivencias, insuficiencias, desviaciones y reformas", R.L., núms. 6-7, 1.990.

CASTELLS ARTECHE, J.M.

- "El derecho de acceso a la documentación de la Administración Pública", R.V.A.P., núm. 10, 1.989.

- Proceso de construcción y desarrollo de la Función Pública, Madrid, 1.987.

CASTIÑEIRA FERNANDEZ, J.

- "La tutela de la libertad sindical en la Función Pública", en A.A.V.V., Seminario sobre relaciones colectivas en la Función Pública, Sevilla, 1.989.

CHAVES GONZALEZ, M.

- "El sindicalismo ante la nueva ley", R.F.D.U.C., núm. 7, 1.985.

CLIMENT BARBERA, J.

- "Potestad de autoorganización y procedimiento administrativo de las Comunidades Autónomas", en A.A.V.V., Gobierno y Administración en la Constitución, Vol. I, Dirección General del Servicio del Estado, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1.988.

CRUZ FERRER, J.

- "Nulidad del reglamento por violación de los principios

bibliografía

generales del derecho y omisión de la audiencia a los interesados", R.E.D.A., núm. 52, 1.986.

- "Sobre el control de la discrecionalidad en la potestad reglamentaria", R.A.P., núm. 116, 1.988.

CRUZ VILLALON, J.

- "Juntas y Delegados de personal: concepto, ámbito de actuación y competencias", en A.A.V.V., Seminario sobre relaciones colectivas, Sevilla, 1.989.

- "El reconocimiento legal de la representación y acción sindicales en la empresa", en A.A.V.V., Comentarios a la Ley de libertad sindical, Madrid, 1.986.

CRUZ VILLALON, J. y GARCIA MURCIA, J.

- "La intervención de las comisiones paritarias de convenios colectivos en la resolución de conflictos" R.P.S., núm. 146, 1.985.

- "La regulación de las condiciones de trabajo en los convenios colectivos", R.P.S., núm. 137, 1.983.

- "Contenido de la negociación colectiva a la luz del nuevo sistema (constitucional) de relaciones laborales", en A.A.V.V., Los trabajadores y la Constitución, Madrid, 1.980.

CUEVAS LOPEZ, J.

- "Consideraciones acerca de la negociación por los sindicatos de los convenios de empresa o ámbito inferior", la Ley, Vol. II, 1.984.

DE LA MORENA y DE LA MORENA, L.

- "Las competencias de los Delegados del Gobierno y de los Gobernadores Civiles en materia de personal: articulación y régimen", D.A., núm. 204, 1.985.

DE LA VALLINA VELARDE, V.

- "Consideraciones sobre la potestad normativa de los Entes Locales", R.E.A.L., núm. 176, 1.972.

DE LA VILLA, L.E.

- "Los grados de protección sindical en la Ley de Libertad Sindical", R.F.D.U.C., núm. 7, 1.985.

DE LA VILLA, L.E. y GALIANA BECEDAS, G.

- "Limitaciones salariales y negociación colectiva: acerca de la constitucionalidad de la Ley 44/1.983", R.L., núm. 3, 1.985.

DE OTTO y PARDO, I.

- Estudios sobre derecho estatal y autonómico, Madrid, 1.986.

DEL REY GUANTER, S.

- Comentarios a la Ley de Organos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del

bibliografía

personal al servicio de las Administraciones Públicas, Madrid, 1.988.

- Estado, Sindicatos y Relaciones colectivas en la Función Pública, I.N.A.P., Madrid, 1.986.

- "Evolución general y problemática fundamental de las relaciones colectivas en la Función Pública", en A.A.V.V., Seminario sobre relaciones colectivas en la Función Pública, Sevilla, 1.989.

- "La nueva regulación de la negociación colectiva y de la solución de los conflictos colectivos en la Función Pública", R.L., núm. 11, 1.991.

- "Libertad sindical y funcionarios públicos", en A.A.V.V., Comentarios a la ley de Libertad Sindical, Madrid, 1.986.

- "Los convenios colectivos de franja", R.E.D.T., núm. 17, 1.984.

- "Los derechos colectivos en la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de seguridad", R.T., núm. 84, 1.986.

- "Organos de representación unitaria y proceso electoral en la Función Pública", T.L., núm. 10, 1.987.

- "Infracciones laborales y cumplimiento de los convenios colectivos", R.L., núm. 12, 1.988.

- "La conducta antisindical del empresario", A.L., núm. 9, 1.987.

DESDENTADO BONETE, A.

- "Una nota sobre los derechos sindicales de los funcionarios públicos en la Ley Orgánica de Libertad Sindical", Claridad, núm. 8, 1.985.

DURAN LOPEZ, F.

- "La acción sindical en la empresa tras la Ley orgánica de Libertad Sindical", Claridad, núm. 8, 1.985.

- "Los procedimientos de conflictos colectivos tras la sentencia del Tribunal Constitucional de 1.981", R.E.D.T., núm. 5, 1.981.

EMBID IRUJO, A.

- "La problemática actual de la huelga de los funcionarios", en A.A.V.V., El trabajo en la Constitución, Instituto de relaciones laborales de la Universidad de Zaragoza, 1.982.

- "Ordenanzas y reglamentos municipales", en A.A.V.V., Tratado de Derecho Municipal, Madrid, 1.988.

- "Potestad reglamentaria", R.A.P.V., núm. 29, 1.991.

ENTRENA CUESTA, R.

- Curso de Derecho Administrativo, Vol. 1/2. Organización Administrativa, Madrid, 1.990.

ESCUDERO RODRIGUEZ, R.

- "El nuevo marco de la negociación colectiva de los

bibliografía

funcionarios públicos", R.L., núm. 19, 1.990.

- Los sujetos de los convenios de empresa, Madrid, 1.985.
- "Comentarios a la Ley 9/1.987", R.L., núm. 15, 1.987.

ESCUIN PALOP, M.

- "Cuerpos de funcionarios y la Ley de Medidas de Reforma de la Función Pública", R.E.D.A., 1.985.
- El acceso del personal y la provision de puestos de trabajo en la Administración del Estado y de las Comunidades Autónomas, I.N.A.P., Madrid, 1.986.

FERNANDEZ FERRERES.

- "Sobre la ilegalidad de la retención de haberes a los funcionarios públicos con ocasión del derecho de huelga", R.A.P., núm. 9, 1.982.
- "Las asociaciones profesionales de jueces y magistrados", R.E.D.A., núm. 35, 1.982.

FERNANDEZ LOPEZ, F.

- "Régimen jurídico sindical", en A.A.V.V., Comentarios a la ley de libertad Sindical, Madrid, 1.986.

FERNANDEZ LOPEZ, M^a.F.

- El sindicato, naturaleza jurídica y estructura, Madrid, 1.982.
- "Regimen jurídico sindical", en A.A.V.V., Comentarios a la Ley de Libertad Sindical, Madrid, 1.986.

FERNANDEZ LOPEZ, M^a.F. y CRUZ VILLALON, J.

- "Los sindicatos en la Función Pública: régimen jurídico y representaciones sindicales en el centro de trabajo", en A.A.V.V., Seminario sobre las relaciones colectivas en la Función Pública, Sevilla, 1.989.

FERNANDO PABLO, M.

- "Policia y libertad sindical: desarrollo constitucional y desarrollo estatutario", R.V.A.P., núm. 18, 1.987.

FONT Y LLOVET, J.

- "Organos consultivos", R.A.P., núms. 106-108, 1.985.

GARATE CASTRO, J.

- "Ambito subjetivo de la libre constitución de sindicatos en las Administraciones públicas", R.L., núm. 9, 1.988.

GARCIA, P. y otros

- El nuevo régimen local español, Estudio sistemático de la Ley 7/1.985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local, Barcelona, 1.985.

bibliografía

GARCIA ABELLAN, J.

- "La mayor representatividad sindical en distintos ámbitos territoriales", en A.A.V.V., El nuevo régimen jurídico sindical en la doctrina del Tribunal Constitucional, Madrid, 1.985.
- "Sindicalización de la representación unitaria y competencia de las secciones sindicales", Comunicación a la mesa redonda sobre la negociación colectiva y el nuevo marco sindical, C.E.O.E., Madrid, 1.984.

GARCIA BLASCO, J.

- "Obligación legal de negociar en los convenios colectivos de trabajo", A.L., núms. 38-39, 1.988.
- "El deber de negociación colectiva en el Derecho comparado y en el Derecho español", R.E.D.T., núm. 6, 1.981.
- "Constitución del órgano negociador de los convenios colectivos y adopción de los acuerdos: revisión de los acuerdos jurisprudenciales", T.L., núm. 13, 1.987.
- El derecho de huelga en España: calificación y efectos jurídicos, Barcelona, 1.983.

GARCIA DE ENTERRIA, E.

- "El ordenamiento estatal y el ordenamiento autonómico: sistema de relaciones", R.A.P., núms. 100-102, 1.983.
- Estudios sobre autonomías territoriales, Madrid, 1.985.
- "Las leyes del art. 150.2 de la Constitución como instrumento de ampliación del ámbito competencial autonómico", R.A.P., núm. 116, 1.988.

GARCIA DE ENTERRIA y RAMON FERNANDEZ, T.

- Curso de Derecho Administrativo, Tomo I, Madrid, 1.987.
- Curso de Derecho Administrativo, Tomo II, Madrid, 1.987.

GARCIA FERNANDEZ, M.

- "Representatividad sindical y negociación colectiva en el sector público", A.L., núm. 42, 1.988.
- "Las unidades de negociación del convenio colectivo de trabajo", R.P.S., núm. 84, 1.988.

GARCIA MURCIA, J.

- "La actividad sindical y los criterios de representatividad", R.L., núm. 16, 1.987.
- "La actividad sindical y los criterios de representatividad", R.L., núm. 17, 1.987.
- "La especial protección del sindicato como agente de la negociación colectiva en la doctrina del Tribunal Constitucional", R.T., núm. 75, 1.984.
- "La tutela del sindicato como agente de la negociación colectiva en la doctrina del Tribunal Constitucional", R.L., núm. 2, 1.985.
- Organizaciones sindicales y empresariales más representativas, posición jurídica y dimensión política, Madrid,

bibliografía

1.987.

- "Libertad sindical y representatividad sindical de los sindicatos en la Función Pública", en A.A.V.V., Seminario de relaciones colectivas en la Función Pública, Sevilla, 1.989.

- "Régimen jurídico de las cláusulas de los convenios colectivos según su caracter normativo u obligacional", en A.A.V.V., El contenido de los convenios colectivos: contenido normativo y contenido obligacional, II Jornadas de Estudio sobre la negociación colectiva, Madrid, 1.990.

GARCIA ORTEGA, J.

- "La negociación colectiva infraempresarial", A.L., núm. 22, 1.985.

GARCIA PERROTE, I.

- "Los comentarios jurisprudenciales sobre la negociación colectiva", R.T., núm. 79, 1.985.

- "Porcentajes representativos en la comisión negociadora", R.L., núm. 7, 1.986.

GARCIA TREVIJANO, J.A.

- Tratado de Derecho Administrativo, Madrid, 1.984.

- "Sobre el derecho de igualdad en la Función Pública", R.E.D.T., núm. 42, 1.990.

- "El derecho a la igualdad en el acceso a la Función Pública", R.E.D.T., núm. 39, 1.989.

GARRIDO FALLA, F.

- "El desarrollo legislativo de las normas básicas y leyes marco estatales por las Comunidades Autónomas", R.A.P., núm. 94, 1.986.

- Tratado de Derecho Administrativo, Vol. I, Madrid, 1.989.

- Comentarios a la Constitución, Madrid, 1.985.

GIMENEZ ABAD, M.

- "La función pública española en el marco de los Estatutos de autonomía y la L.O.A.P.A.", D.A., núm. 196, 1.982.

- "Problemas y perspectivas de la organización de la Administración y la Función Pública de las Comunidades Autónomas. El caso de Aragón", en A.A.V.V., Jornadas de Estudio sobre la Administración y Función Pública en el Estado autonómico, Zarautz, 1.986.

GOERLICH PESET, J.M^a.

- "Notas sobre el régimen orgánico de la Comisión paritaria del convenio", A.L., núm. 36, 1988.

- "Los acuerdos de resolución de los conflictos colectivos", en A.A.V.V., Manifestaciones de la autonomía colectiva en el ordenamiento laboral, Madrid, 1.989.

bibliografía

GOMEZ CABALLERO, P.

- "El derecho de huelga en la Función Pública", R.E.D.T.,
núm. 27, 1.986.

GOMEZ-FERRER MORANT

- "La potestad reglamentaria del Gobierno", en A.A.V.V.,
La Constitución española y las fuentes del Derecho, Vol. I, Madrid,
1.979.

- "Relaciones entre leyes: competencia, jerarquía y
función constitucional", R.A.P., núm. 113, 1.987.

GOMEZ FERRER MORANT y otros

- Estudios sobre Derecho de la Comunidad Autónoma de
Madrid, 1.987.

GONZALEZ BERENGUER, J.L.

- "El particular y el expediente administrativo, según la
ley del procedimiento", D.A., núm. 28, 1.960.

GONZALEZ GAVIRA, G. y MAEZTU GREGORIO DE TEJADA, J.

- "El término "representantes de los trabajadores" en la
incoacción del procedimiento de conflicto colectivo", R.E.D.T.,
núm. 14, 1.983.

GONZALEZ-HADA GUIADO, V.M.

- "Trayectoria de la reforma de la Función Pública
Española", R.A.P., núm. 104, 1.984.

GONZALEZ NAVARRO, F.

- "Organos colegiados en el procedimiento
administrativo", R.E.D.A., núms. 40-41, 1.984.

- "Los informes administrativos como actos de instrucción
del procedimiento administrativo", D.A., núm. 58, 1.966.

GONZALEZ ORTEGA, S.

- "Los medios de solución de los conflictos colectivos en
la Función Pública", en A.A.V.V., Seminario sobre relaciones
colectivas en la Función Pública, 1.989.

- "Concurrencia y sucesión de convenios y estructura de
la negociación", R.E.D.T., núm. 30, 1.987.

GONZALEZ PEREZ, J.

- Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo,
Madrid, 1.989.

- El principio general de la buena fé en el Derecho
Administrativo, Madrid, 1.983.

- Manual de Derecho Procesal Administrativo, Madrid,
1.990.

GONZALEZ POSADA, E.

- "La determinación y estructura del salario", R.P.S.,

bibliografía

núm. 141, 1.984.

GONZALEZ VELASCO, J.

- "Los convenios colectivos como normas susceptibles de impugnación por los sujetos individuales", A.L., núm. 47, 1.988.

GUTIERREZ REÑON, A.

- "Función del cuerpo en un sistema de carrera", R.V.A.P., núm. 26, 1.990.

LEGUINA VILLA, J.

- "La autonomía de los municipios y provincias en la nueva Ley básica de Régimen Local", R.E.A.L., núm. 227, 1.985.

LOPERENA CASTILLEJA, M^a.J.

- "Límites de la aplicación del contenido normativo del convenio denunciado", R.L., núm. 17, 1.988.

LINARES LORENTE, A.

- "El régimen de extensión y prórroga de los convenios colectivos en atención a su contenido normativo u obligacional", en A.A.V.V., El contenido de los convenios colectivos: contenido normativo y contenido obligacional, II Jornadas de Estudio sobre la negociación colectiva, Madrid, 1.990.

LOPERENA ROTA, D.

- "El nuevo Estatuto de la Función Pública de Navarra", R.A.P., núm. 6, 1.983.

- "El marco de la autonomía universitaria tras la S.T.C. 26/87 de 27 de febrero", R.V.A.P., núm. 21, 1.988.

LOPEZ BENITEZ, M.

- "Doctrina del Tribunal Constitucional sobre las leyes básicas", R.E.A.L., núms. 235-236, 1.987.

LOPEZ GANDIA, J.

- "La negociación colectiva de los funcionarios públicos", Revista de Trevall, núm. 8, 1.988.

- "Las relaciones colectivas en el empleo público y la Constitución", Revista de Derecho Público, núm. 83, 1.981.

- "El personal estatutario y las fuentes de regulación de sus condiciones de trabajo", A.L., núm. 23, 1.990.

LOPEZ GONZALEZ, J.L.

- "La potestad reglamentaria de los Ministros", R.E.D.A., núm. 87, 1.983.

LORENZO MARTIN-RETORTILLO BAQUER.

- "El Estatuto de los Policías según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", R.E.D.A., núm. 61, 1.989.

bibliografía

LUACES SAAVEDRA.

- "La información interministerial del art. 131.2 L.P.A.", núm. 94, 1.965.

LUCAS MURILLO, P.

- "Observaciones en torno a los límites de la potestad reglamentaria del Gobierno", en A.A.V.V., El Gobierno en la Constitución española y en los Estatutos de Autonomía, Barcelona, 1.985.

LLISET BORREL, F.

- Manual de Derecho Local, Madrid, 1.986.

MAIRAL GIMENEZ, M.

- El Derecho constitucional a la igualdad en las Relaciones Jurídicas de Empleo Público, Granada, 1.990.

MARTIN PUEBLA, E.

- "La problemática aplicación del Derecho del Trabajo en el seno de la Administración Pública", R.L., núm. 1, 1.990.

MARTIN REBOLLO, L.

- "La Función Pública local de cara a su reforma", R.E.A.L., núm. 222, 1.984.

MARTIN VALVERDE, A.

- "La acción sindical en la empresa en la Ley Orgánica de Libertad Sindical", R.F.D.U.C., núm. 7, 1.985.

- "La huelga en las Administraciones Públicas: titularidad, límites y procedimientos", en A.A.V.V. Seminario sobre las relaciones colectivas en la Función Pública, Sevilla, 1.989.

- "El ordenamiento laboral en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", R.P.S., núm. 137, 1.983.

MARTINEZ ABASCAL, V.A.

- "Alcance y efectos de la capacidad convencional en la Función Pública española", R.E.D.T., núm. 39, 1.989.

- "Contenido de la negociación colectiva: materias de consulta obligatoria y de consulta potestativa", en A.A.V.V. Seminario de relaciones colectivas en la Función Pública, Sevilla, 1.989.

- "El planteamiento jurisdiccional de los conflictos colectivos en la Función Pública", R.L., núm. 2, 1.988.

MARTINEZ EMPERADOR, R.

- "La tutela judicial de la libertad sindical", A.L., núm. 3, 1.991.

- "Interpretación general de los convenios colectivos", D.L., núm. 12, 1.984.

MARTINEZ GIMENEZ, J.E.

bibliografía

- La función certificante del Estado, Madrid, 1.977.

- "La acción gubernamental en el control de los salarios: algunas experiencias recientes en los países industrializados", R.E.D.T., núm. 22, 1.985.

MARTINEZ MARIN, A.

- Derecho Administrativo, La organización administrativa, Madrid, 1.986.

MERINO SENOVILLA, H. Y ROMAN DE LA TORRE, M.D.

- "Convenios colectivos y exclusiones del ámbito personal", R.L., núm. 16, 1.987.

- "La vigencia de los convenios", R.L., núm. 6, 1.986.

MONEREO PEREZ, J. L.

- "La noción de sindicato más representativo en la Ley Orgánica de Libertad Sindical", en Castiñeira, La tutela de la libertad sindical (III Jornadas andaluzas de Derecho de Trabajo), Jerez, 1.985.

- "La intervención de la administración laboral en la tramitación y en el control de la legalidad de los convenios colectivos "erga omnes"", R.E.D.T., núm. 32, 1.987.

MONTOYA MELGAR, A.

- "El sindicato más representativo en la L.O.L.I.S. y la S.T.C. 98/1.985", A.L., núm. 10, 1.986.

- Derecho del trabajo, Madrid, 1.989.

MONTOYA MELGAR, A. y otros.

- El nuevo procedimiento laboral, Madrid, 1.990.

MORELL OCAÑA, L.

- El régimen local español, Madrid, 1.988.

- "Las fuentes del Derecho Local. Problemas generales. Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas", R.E.A.L., núms. 235-236, 1.987.

MORENO VIDA, M^a.N.

- "Intervencionismo estatal en la negociación colectiva a través de la fijación de topes salariales máximos", A.L., núm. 14, 1.989.

MORET JUAN, A.

- "Génesis y problemática de la ley de Función Pública Valenciana", en A.A.V.V., Jornadas sobre Administración y Función Pública en el Estado Autonómico, Zarautz, 1.986.

MUÑOZ MACHADO, S.

- Derecho Público de las Comunidades Autonomas, Tomo I, Madrid, 1.982.

bibliografía

- "Interpretación estatutaria del sistema Constitucional de distribución de competencias", en Rev. del Dpto de Derecho Político de la UNED, núm. 5, 1.983.

- Las potestades legislativas de las Comunidades Autónomas, Madrid, 1.981.

- Tratado de Derecho Municipal, Tomo II, Madrid, 1.988.

NAVARRO NIETO, F.L.

- "El sindicato más representativo en la reciente historia normativa española", R.L., núm. 22, 1.987.

OJEDA AVILES, A.

- "La delimitación, contenido y restricción de la libertad sindical", en A.A.V.V., Comentarios a la Ley de Libertad Sindical, Madrid, 1.986.

- "Los derechos de representación y negociación de los funcionarios públicos según la ley 9/1.987, de 12 de mayo", R.L., núm. 18, 1.988.

- Derecho Sindical, Madrid, 1.990.

- "Validez y eficacia de la negociación colectiva y funcional", en A.A.V.V., Seminario de relaciones colectivas en la Función Pública, Sevilla, 1.989.

- "La negociación colectiva de los funcionarios públicos y la entrada en vigor del convenio núm. 151 de la O.I.T.", R.L., núm. 11, 1.985.

OLIAS DE LIMA GETE, B.

- "Las incompatibilidades de los altos cargos", R.E.D.A., núms. 40-41, 1.984.

ORTEGA ALVAREZ, L.

- Los derechos sindicales de los funcionarios públicos, Madrid, 1.983.

PALAO TOBOADA, C.

- Derecho Financiero y Tributario, T.I., Introducción al derecho presupuestario, ingresos públicos no tributarios, Madrid, 1.990.

PALOMEQUE LOPEZ, L.

- Derecho Sindical Español, Madrid, 1.988.

- "El derecho de sindicación de los funcionarios públicos", R.F.D.U.C., núm. 7, 1.985.

PALOMAR OLMEDA, A.

- "Comentarios a la ley por la que se regula la negociación colectiva y la participación en la determinación de las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos (Ley 7/90, de 19 de Julio)", A.L., núm. 23, 1.991.

- "Representación del personal al servicio de las Administraciones Públicas", R.E.D.A., núm. 63, 1.990.

bibliografía

- Derecho de la Función Pública, Régimen jurídico de los funcionarios públicos, Madrid, 1.990.

PARADA VAZQUEZ, J.M.

- Sindicatos y asociaciones de funcionarios, Madrid, 1.968.

- Derecho Administrativo, Organización y empleo público, Madrid, 1.988.

PELEGRI Y GIRON, J.

- "Las disposiciones adicionales de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1.986", Hacienda Pública, núm. 97, 1.985

PEREZ AMOROS, F.

- "Garantías de participación de los trabajadores en la empresa", R.L., núm. 13, 1.988.

- "La naturaleza jurídica del acto de extensión del convenio colectivo", T.L., núm. 11, 1.987.

PEREZ DE LOS COBOS Y ORIHUEL, F.

- "Los pactos sociales y los acuerdos y convenio colectivo marco", en A.A.V.V., Manifestaciones de la autonomía colectiva en el ordenamiento español, Madrid, 1.989.

PEREZ PEREZ, M.

- "Derecho del trabajo y nuevos sistemas tecnológicos", R.L., núm. 20, 1.988.

- "Medidas de conflicto colectivo distintas de la huelga en la Función Pública", en A.A.V.V., Seminario sobre relaciones colectivas en la Función Pública, Sevilla, 1.989.

- "La nulidad parcial del convenio colectivo", R.E.D.T., núm. 9, 1.982.

PIÑAR MAÑAS, J.L.

- "El nuevo sistema retributivo de los funcionarios y su aplicación", R.A.P., núm. 111, 1.986.

- "Las estructuras de participación y representación del personal al servicio de las Administraciones Públicas", R.E.D.A., núm. 65, 1.990.

PRADOS DE REYES, F.J.

- "El derecho de reunión en la Función Pública", en A.A.V.V., Seminario sobre relaciones colectivas en la Función Pública, Sevilla, 1.989.

RAMIREZ MARTINEZ, J. M.

- "Negociación colectiva en la empresa y secciones sindicales", D.L., núm. 22, 1.987.

RAMIREZ MARTINEZ, J.Mª. Y SALA FRANCO, T.

bibliografía

- "Alcance de la vigencia del convenio denunciado (ex. art 86.3. E.T), A.L., núm. 16, 1.987.

RAYON SUAREZ, E.

- "Sindicatos de cuadros y negociación colectiva. El estado de la cuestión en la doctrina de los tribunales", D.L., núm. 9, 1.983.

- "Sindicatos de cuadros y legitimación para la negociación colectiva", A.L., núm. 15, 1.988.

- "La adhesión y la extensión de los convenios colectivos en la ley del Estatuto de los Trabajadores", Revista de Derecho Público, núm. 83, 1.981.

REBOLLO PUIG, M.

- "La participación de las entidades representativas de intereses en el procedimiento de elaboración de disposiciones administrativas generales", R.A.P., núm. 115, 1.988.

RIVERO LAMAS, J.

- "Umbrales de la representación sindical en las empresas (sobre la aplicación de los artículos 8ª y 10 de la Ley 11/1.985 de Libertad Sindical) ", A.L., núm. 21, 1.987.

- "Pluralismo sindical y negociación colectiva", en A.A.V.V, Hacia un modelo básico de relaciones laborales, Instituto de relaciones Laborales, Zaragoza, 1.980.

ROCA SASTRE Y ROCA SATRE MUNCUNILL.

- Derecho Hipotecario, T.I, Barcelona, 1.979.

RODRIGUEZ OLIVER, J.M.

- "Las competencias consultivas del Consejo de Estado y las Comunidades Autónomas", R.E.D.A., núm. 33, 1.982.

RODRIGUEZ PIÑERO, M.

- "La negociación colectiva de los funcionarios públicos en la ley 9/1.987", R.L., núm.20, 1.987.

- "La participación del personal en el empleo público", R.L., núm. 19, 1.987.

- "Minorías y mayorías en la negociación colectiva", R.L., núm. 11, 1.985.

- "Unidad de negociación del convenio colectivo de trabajo", R.P.S., núm. 84, 1.969.

- "Dualismo representativo en el empleo público", R.L., núm. 18, 1.986.

- "El reconocimiento legal de los delegados sindicales y las representaciones sindicales al margen de la ley", R.L., núm. 14, 1.989.

- "La carta Social Europea y la problemática de su aplicación ", R.P.S., núm. 112, 1.978.

- "La aplicación en el tiempo del convenio colectivo", A.L., núm.9, 1.986.

bibliografía

RODRIGUEZ PIÑERO, M. y CRUZ VILLALON, J.

- "El sindicato en la empresa en la Ley Orgánica de Libertad Sindical", R. L., núm. 1, 1.987.

RODRIGUEZ PIÑERO, M. y GONZALEZ ORTEGA, S.

- "Acuerdos interprofesionales, centralización de la negociación colectiva y ley del Estatuto de los Trabajadores", R.P.S., núm. 137, 1.983.

RODRIGUEZ SANTOS, B.

- Comentarios al Estatuto de los Trabajadores, Vol II, Valladolid, 1.985.

RODRIGUEZ SAÑUDO, F.

- "La legitimación para negociar convenios colectivos", en A.A.V.V., Comentarios a la nueva legislación laboral, Madrid, 1.985.

- "Notas sobre la regulación actual de la capacidad convencional", R.E.D.T., núm. 4, 1.980.

- "La representatividad sindical", en A.A.V.V., Comentarios a la Ley de Libertad Sindical, Madrid, 1.986.

ROJO TORRECILLA, E.

- "El Acuerdo Económico y Social", R.P.S., núm. 145, 1.985.

SAGARDOY BENGOCHEA, J.A.

- "La estructura de la negociación colectiva antes y despues del Estatuto de los Trabajadores", R.E.D.T., núm. 16, 1.983.

- "Procedimientos de elaboración de las reglamentaciones de trabajo", en A.A.V.V., Procedimientos administrativos especiales, Vol II, Escuela Nacional de Administración Pública, Madrid, 1.968.

- "El ámbito de aplicación de la L.O.L.I.S.", R.F.D.U.C., núm. 7, 1.985.

SAGARDOY BENGOCHEA, J.A. Y DURAN LOPEZ, F.

- El proyecto de Ley Orgánica de Libertad Sindical, Madrid, 1.986.

SAINZ MORENO, S.

- "La buena fe de las relaciones de la Administración con los administradores", R.A.P., núm. 89, 1.979.

- "El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos", R.E.D.A., núm. 24, 1.980.

- "El Estatuto de la Función Pública despues de la sentencia T.C. 99/1.987 y de la Ley 23/88", R.A.P., núm. 117, Madrid, 1.988.

SALA FRANCO, T.

Bibliografía

- "Administraciones Públicas y derechos sindicales: marco jurídico", en A.A.V.V., Administración Pública y Sindicalismo, Zarautz, 1.988.

- "Los convenios colectivos extraestatutarios", en A.A.V.V., Manifestaciones de la autonomía colectiva en el ordenamiento español, Madrid, 1.989.

- Los convenios colectivos extraestatutarios, INES, 1.981.

- El Estatuto de los Trabajadores. Comentarios a la ley 8/1.980, de 10 de marzo, Ed. Revista de Derecho Privado, 1.981.

- "La amplitud del derecho de sindicación", Claridad, núm. 8, 1.985.

- "Derechos colectivos de los funcionarios públicos en la Comunidad Autónoma valenciana". R.Valenciana d'estudis autonòmics, núm. 2, 1.985.

- Incidencia de la legislación laboral en el marco de la Función Pública, I.N.A.P., Madrid, 1.989.

- "Los derechos colectivos en la Función Pública", Temas laborales, núm. 5, 1.985.

- "La contratación temporal en la Administración Pública", Poder Judicial, núm. 3, 1.986.

- "La jurisprudencia de los tribunales en materia de negociación y de convenios colectivos", D.L., núm. 11, 1.984.

- La relación laboral de los altos cargos directivos de las empresas, Bilbao, 1.990.

SALA FRANCO, T y ALBIOL MONTESINOS, I.

- Derecho Sindical, Valencia, 1.992.

SALA FRANCO, T. Y GOERLICH PESET, J.M.

- "La designación de los vocales en la Comisión negociadora en los convenios colectivos de empresa", en Poder Judicial, núm. 8, 1.987.

- "La problemática de las unidades de negociación, con especial referencia a los supuestos de cambio de unidad", R.E.D.T., núm. 35, 1.988.

- "La huelga de los funcionarios públicos", R.L., núm. 4, 1.985.

SALA FRANCO, T. Y RAMIREZ MARTINEZ, J.Ma.

- "La negociación colectiva del personal laboral al servicio del sector público", R.L., núm. 3, 1.985.

- "La carrera profesional del personal laboral de la Administración Pública", D.A., núms. 210-211, 1.987.

- "Problemas jurídicos en la aplicación del A.E.S", D.L., núm. 14, 1.985.

SALA FRANCO, T. y otros.

- Derecho del Trabajo, Valencia, 1.991.

SALAS HERNANDEZ, J.

- "Estatutos de Autonomía, leyes básicas y leyes de armonización", R.A.P., núms. 100-102, 1.983.

- "Los poderes normativos de la Generalitat de Cataluña",

R.E.A.L., núm. 205, 1.980.

SEMPERE NAVARRO, A.

- "La Ley 32/1.984 y la materia de convenios colectivos. Antecedentes y alcance de la reforma", R.L., núm. 5, 1.985.
- "Tribunal Constitucional. Competencia de la Administración en materia de convenios colectivos", R.P.S., núm. 141, 1.984.

SEMPERE NAVARRO, A. y LUJAN ALCARAZ, J.

- "Limites a la fijación de unidades de negociación en la jurisprudencia española", R.T., núm. 99, 1.990.

SERRANO GUIRADO, E.

- "Las oficinas de registro de los Ministerios y su significación para la organización y gestión administrativa", D.A., núm. 95, 1.965.

SOSA WAGNER, F.

- Manual de Derecho Local, Madrid, 1.987.

SUAREZ GONZALEZ, F.

- Las nuevas relaciones laborales y la ley del E.T., Madrid, 1.980.

TORNOS MAS, J.

- "La relación entre la ley y el reglamento: reserva legal y remisión normativa, algunos aspectos conflictivos a la luz de la jurisprudencia constitucional", R.A.P., núm. 100, 1.983.
- "La Función Pública en las Comunidades Autónomas (condicionamientos previos y marco normativo de la potestad legislativa autonómica)", R.V.A.P., núm 7, 1.983.

UBIARTE TORREALBAY, M.

- "La reciente jurisprudencia constitucional en materia de actos del Gobierno no controlables judicialmente", R.A.P.V., núm. 30, 1.991.

VALDES DAL-RE, F.

- "Algunas cuestiones en materia de legitimación para negociar convenios de eficacia general", D.L., núm. 12, 1.984.
- "Crisis y estructura de la negociación colectiva", R.P.S., núm. 137, 1.983.
- "La regulación constitucional de la negociación colectiva", en Cuadernos de Derecho del trabajo, núm. 4, 1.978.
- "Representación y representatividad en España", R. L., núms. 14 y 15, 1.988.
- "Las comisiones paritarias de los convenios colectivos", R.P.S., núm. 109, 1.976.
- "La adhesión y la extensión de los convenios colectivos", R.E.D.T., núm. 36, 1.988.
- "La negociación colectiva en la Constitución", R.P.S., núm. 121, 1.979.
- "Negociación colectiva y representación del personal directivo", R.L., núm. 2, 1.988.

- "El derecho a la negociación colectiva laboral en la jurisprudencia constitucional", A.L., núm. 2, 1.990.
- Configuración y eficacia de los convenios colectivos extratutarios, Madrid, 1.989.
- "Crisis y continuidad en la estructura de la negociación colectiva", R.P.S., núm. 137, 1.983.
- "La Comisión Consultiva Nacional de convenios colectivos", R.E.D.T., núm. 17, 1.984.
- "Sobre la prórroga de la vigencia de los convenios colectivos denunciados y vencidos", A.L., núm. 27, 1.986.

VILLAR PALASI, J.L.y VILLAR EZCURRA, J.C.

- Principios de Derecho Administrativo, Tomo I, Madrid, 1.985.
- Principios de Derecho Administrativo, Tomo II, Madrid, 1.985.

ZORITA LAGUNA, A.

- "El personal al servicio de las Entidades locales", en A.A.V.V., Jornadas de estudio sobre Administración y Función Pública en el Estado Autonómico, Zarautz, 1.986.