

## **Los tiempos de trabajo y la jornada de trabajo de los funcionarios. Las reformas legales de 2012 y la negociación colectiva.**

**Alberto Palomar Olmeda**

Profesor Titular (Acreditado)  
de Derecho Administrativo

Sumario.-

<b>1.- Una cuestión previa.....</b>	<b>1</b>
1.1.- La negociación colectiva en el ámbito público.....	1
1.2.- Régimen Jurídico de la negociación colectiva en el EBEP .....	6
<b>2.- La definición de la jornada con carácter general.....</b>	<b>9</b>
A) Introducción.....	9
B) Consideraciones específicas .....	14
C) El Real Decreto-ley 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público. ....	15
<b>3.- La determinación de la jornada en el ámbito local. ....</b>	<b>15</b>
<b>4.- Las modificaciones en el año 2012. ....</b>	<b>24</b>
<b>5.- El panorama de la negociación colectiva y los tiempos de trabajo.....</b>	<b>26</b>
A) Con carácter general: la reducción del ámbito de la negociación colectiva. ....	26
B) Con carácter específico: la vinculación entre jornada y organización. ....	26
C) Finalmente, la necesidad de repensar el modelo de representación y participación de los empleados públicos.....	28
D) El problema final: el modelo de gestión de las Administraciones Públicas. ....	28

### **1.- Una cuestión previa.**

Antes de analizar las reformas introducidas en el ámbito de la regulación de la función pública en 2012 cabría iniciar este planteamiento con dos referencias que resultan claras: la del marco y la crisis de la negociación colectiva en el ámbito público y la ubicación en dicho marco de la jornada y el tiempo de trabajo.

#### **1.1.- La negociación colectiva en el ámbito público.**

La admisión de la negociación colectiva en el ámbito de las relaciones laborales de los empleados públicos y, dentro de los mismos de los funcionarios públicos, plantea, a juicio de Blasco Estévez, 'un interrogante que, a la sazón, nos parece definitivo y que consiste en determinar si los derechos de sindicación y huelga conllevan o no el derecho a la negociación colectiva. La contestación positiva nos eximiría de mayores precisiones al haber reconocido ya ambos derechos a los funcionarios públicos, mientras que la negativa dejaría sin resolver la cuestión. En este punto nos recuerda Mauri que «el punto de partida no puede ser otro que la conocida STC 57/1982, de 27 de julio donde se declaró que: «del derecho de sindicación de los funcionarios públicos no deriva como consecuencia necesaria la negociación colectiva y menos con efectos vinculantes». De esta afirmación se deducía que el reconocimiento constitucional del derecho a la libertad sindical de los funcionarios no

<sup>1</sup> Blasco Estévez, A.: Op. cit., p. 511.

comportaba necesariamente el derecho a la negociación colectiva que finalizará en la conclusión de convenios colectivos con efectos vinculantes al modo laboral...»<sup>2</sup>.

Precisamente por esto López Gandía<sup>3</sup> mantiene la independencia de ambos conceptos, si bien, añade que es dudoso que las peculiaridades del ejercicio del derecho de sindicación de los funcionarios públicos autoricen a eliminar un derecho como el de la negociación que de ordinario va unido en el Derecho laboral a los de sindicación y huelga<sup>4</sup>.

Por esto, Blanco Estévez afirma que «la autonomía colectiva, aún siendo elemento constitutivo de la libertad sindical, no se subsume en ella, sino que es un plus...». Esta misma tesis es la mantenida por el Tribunal Constitucional en la STC de 27 de julio de 1982<sup>5</sup>, en la que se señala que: «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 a la Administración con graves consecuencias, ya 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, a la participación en acuerdos negociados 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.»

La verdad es que la tesis del Tribunal Constitucional no convenció a una parte de la doctrina representada, en este caso, por Ortega Álvarez<sup>6</sup>, quien considera indisolublemente unidos los derechos de sindicación, huelga y contratación colectiva, por entender que, después de la Constitución, ha desaparecido la posición de supremacía especial de la Administración sobre el funcionario y que, en consecuencia, las condiciones de trabajo deben determinarse partidariamente. Apoya su tesis, además, en que mantener la independencia conceptual y, sobre todo, la posibilidad de existencia del uno sin el otro, es vaciar el contenido del derecho de sindicación y convertirlo en un puro derecho de asociación profesional y, en segundo lugar, negar prácticamente, el derecho de huelga.

Esta tesis ha sido criticada, a su vez, por Blasco Estévez<sup>7</sup>, para quien la solución dada por el Tribunal Constitucional es correcta desde un punto de vista constitucional, sirviendo para avalar esta tesis la diferente ubicación de ambos tipos de derechos y la diferente protección que la Constitución les dispensa.

---

<sup>2</sup> Mauri Majos, J.: Los derechos colectivos en el nuevo Estatuto Básico del Empleado Público, en Estatuto Básico del Empleado Público. Dir. Ortega Álvarez, L. Madrid. 2007. p. 299. Completa esta afirmación indicando que «este primer pronunciamiento se completó con la STC 80/2000, de 27 de marzo, donde se decía que de la naturaleza peculiar del derecho a la sindicación de los funcionarios públicos no podía derivarse necesariamente el derecho a la negociación colectiva, remitiéndose a la necesaria actividad del sindicato en la Administración Pública a una pluralidad de formas jurídicas que habían de ser determinadas en última instancia por el legislador del Estatuto de los funcionarios públicos...». Ob. cit. p. 299.

<sup>3</sup> López Gandía, J.: «Las relaciones colectivas en el empleo público y la Constitución Española», en Revista de Derecho Público, p. 40, 1981; Ojeda Avilés, F. J.: «Validez y eficacia de la negociación colectiva funcional», en Seminario de Relaciones Colectivas de la Función Pública, Sevilla, 1989.

<sup>4</sup> De la Villa García, L. E.: «Los convenios colectivos en la Administración Pública» (sobre la experiencia posible de U.S.A.), en RAP, núm. 46, pp. 416 y ss., Madrid, 1965.

<sup>5</sup> Se resuelve el recurso interpuesto por el Gobierno español contra un Decreto de 15 de julio de 1981 del Gobierno Vasco que establecía la posibilidad de que las condiciones de trabajo personal de las Corporaciones locales pudiesen ser negociadas.

<sup>6</sup> Ortega Álvarez, L.: Los derechos sindicales de los funcionarios públicos, Madrid, 1982, pp. 321 y ss.

<sup>7</sup> Blasco Estévez, A.: Op. cit., p. 514.

Es claro, por tanto, que como anteriormente señalábamos, la respuesta negativa al interrogante nos reconduce a la cuestión inicial: ¿tienen o no derecho a la negociación colectiva los funcionarios públicos?

La generalidad de la doctrina que ha estudiado el tema responde negativamente a la posibilidad de entender incluidos a los funcionarios públicos en el ámbito de aplicación del artículo 37 de la Constitución<sup>8</sup>.

Frente a esto, Ortega Álvarez<sup>9</sup> entiende que desde la publicación de la Constitución Española de 1978, la teoría clásica de la relación estatutaria hay que entenderla sumamente modificada hasta el punto de negar su esencia, esto es, la determinación unilateral de las relaciones de trabajo. Desde ese punto de vista, la postura del citado autor es la de que, si no existe una exclusión expresa habrá de entender incluidos a los funcionarios entre los trabajadores a los que se les reconoce el derecho a la negociación colectiva.

Esta tesis, muy debatida en su origen, tiene el acierto de reconocer que la teoría estatutaria en su formulación clásica debe ser redefinida, entre otras y poderosas razones, por el reconocimiento a los funcionarios de los derechos sociales, sin embargo, basta ver en qué ha quedado su participación en la determinación de las condiciones de trabajo (Ley 9/1987, de 12 de mayo) para comprender que su auténtica esencia no ha sido desnaturalizada y que la negociación legalizada dista mucho de revestir caracteres idénticos a los del mundo laboral.

En esta misma línea, tampoco debe olvidarse que la teoría estatutaria en su formulación más clásica ha sufrido un espaldarazo en la STC de 11 de junio de 1987 que, precisamente, se apoya en ella, como hemos visto, para negar una serie de pretensiones funcionariales de mantenimiento de los derechos consolidados. Realiza una clara delimitación en la que se incluyen materias como las retributivas o disciplinarias, que habitualmente forman parte de la negociación colectiva.

De esta forma y aún aceptando esa redefinición, negamos que la misma tenga virtualidad suficiente para hacer desaparecer la teoría estatutaria de nuestro derecho de la Función Pública y reconocer la necesidad de que el marco de las relaciones se defina bilateralmente.

Esta misma tesis se mantiene por el Tribunal Constitucional en la STC de 27 de julio de 1982, cuando afirma: «Por todo ello es preciso asegurar 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 públicos 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 de personal sometido al Derecho Laboral, pero no, en cambio, en relación al personal vinculado al 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».

En síntesis, la negociación colectiva de los funcionarios es parte de su Estatuto<sup>10</sup>. Su establecimiento o negación se debe realizar en la ley y en las normas que, dado el modelo

---

<sup>8</sup>Vid. Sagardoy Bengoechea, J. A.: «Las relaciones laborales en la Constitución», en Libre Empresa, núm. 8, p. 97, 1978; Alonso Olea, M.: Comentario al artículo 37.1 de la Constitución Española de 1978, tomo III, p. 607; Rodríguez Sañudo, F.: «La negociación colectiva en la Constitución Española de 1978», en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución, Madrid, 1980, p. 353.

<sup>9</sup>Ortega Álvarez, L.: Ob. cit., p. 325.

<sup>10</sup> El Tribunal Constitucional ha declarado sobre el contenido adicional que ha de reconocerse al derecho de libertad sindical cuando normas legales atribuyen a los sindicatos derechos o facultades que se añaden a su núcleo mínimo o esencial. Tiene especial interés destacar la siguiente declaración de la sentencia 222/2005, de 12 de septiembre ( RTC 2005, 222) :

"(...) 3. Este Tribunal ha declarado en reiteradas ocasiones que «el derecho de negociación colectiva no constituye de por sí y aisladamente considerado un derecho fundamental tutelable en amparo, dada su sede sistemática en la Constitución ( RCL 1978, 2836) , al no estar incluido en la sección 1 del capítulo 2 del título I (arts. 14 a 28 CE :SSTC 118/1983; de 13 de diciembre ( RTC 1983, 118) , FJ 3 ; 45/1984, de 27 de marzo FJ 1 ;

de reparto competencial, correspondan<sup>11</sup>. Esta función es la que cumple, primero, la Ley 9/1987, de 12 de Junio, de órganos de Representación, Determinación y participación del personal al servicio de las Administraciones Públicas, y, ahora, el propio EBEP.

La admisión teórica del derecho en la que nos hemos situado está hoy sino en entredicho (nada ha pasado para que así sea) sí seriamente cuestionada. La crisis económica ha agudizado la fijación unilateral de las condiciones de trabajo por las Administraciones Públicas competente. La característica central es que esta reconfiguración se hace por norma con rango de ley y, por tanto, se sitúa en el marco de la cuestión más general a la que nos vamos a referir en el apartado siguiente. Es cierto, sin embargo, que la extensión y el detalle de esta regulación podría estar produciendo un vaciamiento importante del ámbito real y material de la negociación colectiva e, incluso, de la propia potestad reglamentaria frente a lo que hubiera sido natural en otros momentos históricos. Si a esto se le añade la suspensión de los acuerdos pactados o su dejación sin efecto nos encontramos realmente ante una situación, aparentemente coyuntural, pero ciertamente situada en un terreno diferente al clásico y al que se deduce del reconocimiento del derecho a la negociación colectiva. De alguna forma podría concluirse esta mínima consideración sobre la base de indicar que realmente se aprecia al hilo de la crisis un repunte del alcance estatutario y de formalización unilateral de las condiciones de trabajo.<sup>12</sup>

---

98/1985, de 29 de julio, FJ 3 ; 208/1993, de 28 de junio ( RTC 1993, 208 ) , FJ 2. Pero cuando se trata del derecho de negociación colectiva de los sindicatos se integra en el de libertad sindical, como una de sus facultades de acción sindical, y como contenido de dicha libertad, en los términos en que tal facultad de negociación les sea otorgada por la normativa vigente» (STC 80/2000, de 27 de marzo ( RTC 2000, 80 ) , FJ 5). Asimismo hemos declarado que, aun cuando «en el ámbito funcional tengamos dicho (STC 57/1982, de 27 de julio ( RTC 1982, 57 ) , FJ 9) que, por las peculiaridades del derecho de sindicación de los funcionarios públicos (art. 28.1 CE ), no deriva del mismo, como consecuencia necesaria, la negociación colectiva, en la medida en que una ley (en este caso la Ley 9/1987 ( RCL 1987, 1450 ) , modificada por la Ley 7/1990 ( RCL 1990, 1550 ) ) establece el derecho de los sindicatos a la negociación colectiva en ese ámbito, tal derecho se integra como contenido adicional del de libertad sindical, por el mismo mecanismo general de integración de aquel derecho en el contenido de éste, bien que con la configuración que le dé la ley reguladora del derecho de negociación colectiva [art. 6.3 b) y c) LOLS]]» ( STC 80/2000, de 27 de marzo , FJ 6)".

<sup>11</sup>A modo de ejemplo pueden citarse la Ley 17/1983 de la Función Pública de Cataluña; Ley 6/1985, de 28 de noviembre, de la función pública de Andalucía, o la Ley 10/1985, de 31 de junio, de Función Pública de la Comunidad Valenciana. Todas ellas reconocen el derecho a la negociación colectiva.; Terradillos Ormaetxea, E. y Martínez Gayoso, M. N.: «Retos y perspectivas de la negociación colectiva en las Administraciones Públicas Vascas», en la obra colectiva La negociación de las condiciones de trabajo de los empleados públicos al servicio de las Administraciones Públicas Vascas... Madrid, 2003; Bengoetxea Alkorta A.: «La estructura de la negociación colectiva funcional en las Administraciones Públicas de la Comunidad Autónoma Vasca», en la obra colectiva La negociación de las condiciones de trabajo de los empleados públicos al servicio de las Administraciones Públicas Vascas... Madrid, 2003.

<sup>12</sup> La STSJ de Madrid de 4 de julio de 2011 recoge la doctrina general que, precisamente, puede explicar el efecto descrito cuando señala que «... Ahora bien, con posterioridad el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el problema de si el reconocimiento del derecho de negociación colectiva de los funcionarios a nivel legal (Ley 9/1.987 ) permite considerarlo un derecho constitucionalizado e incluye en el de libertad sindical del artículo 28.1 de la Constitución ( RCL 1978, 2836 ) . Se trata de las sentencias núm. 80/2000 ( RTC 2000, 80 ) , 224/2000 ( RTC 2000, 224 ) (esta dictada en relación con la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de Marzo de 1996 ( RJ 1996, 4568 ) , que está entre las citadas anteriormente) y 85/2001 ( RTC 2001, 85 ) . En estas sentencias (citamos literalmente la primera de ellas) podemos leer una doctrina clara y concluyente sobre la cuestión: " Aunque en el ámbito funcional tengamos dicho ( STC 57/1982, de 27 de Julio ( RTC 1982, 57 ) ) que, por las peculiaridades del derecho de sindicación de los funcionarios públicos (artículo 28.1 CE ), no deriva del mismo, como consecuencia necesaria, la negociación colectiva, en la medida en que una ley (en este caso de la Ley 9/1987 , modificada por la Ley 7/1990 ( RCL 1990, 1505 ) ) establece el derecho de los sindicatos a la negociación colectiva en ese ámbito, tal derecho se integra como contenido adicional del de libertad sindical, por el mismo mecanismo general de integración de aquel derecho en el contenido de éste, bien que con la configuración que le dé la ley reguladora del derecho de negociación colectiva -artículo 6.3 b) y c) LOLS)-, siendo en ese plano de la legalidad donde pueden establecerse las diferencias entre la negociación colectiva en el ámbito laboral y funcional y el derecho a ella de los sindicatos, no así en el de la genérica integración del referido derecho en el contenido del de libertad sindical. El hecho de tratarse de un derecho, esencialmente, de configuración legal implica, entre otras cosas, según continuábamos diciendo en esa sentencia, que los funcionarios y los sindicatos titulares del mismo, así como las Administraciones Públicas en las que éste se desarrolla, no son libres para ejercerlo de modo incondicionado, pues la Ley 9/1987 modificada por la Ley 7/1990 , no deja la configuración de la negociación colectiva a la plena libertad de los Sindicatos y de

La posición final podemos extraerla de la STC 222/2005, de 12 de septiembre (RTC 2005, 222):

"(...) 3. Este Tribunal ha declarado en reiteradas ocasiones que «el derecho de negociación colectiva no constituye de por sí y aisladamente considerado un derecho fundamental tutelable en amparo, dada su sede sistemática en la Constitución, al no estar incluido en la sección 1 del capítulo 2 del título I (arts. 14 a 28 CE ( RCL 1978, 2836 ): SSTC 118/1983; de 13 de diciembre ( RTC 1983, 118 ), FJ 3 ; 45/1984, de 27 de marzo ( RTC 1984, 45 ) FJ 1; 98/1985, de 29 de julio ( RTC 1985, 98 ), FJ 3 ; 208/1993, de 28 de junio ( RTC 1993, 208), FJ 2. Pero cuando se trata del derecho de negociación colectiva de los sindicatos se integra en el de libertad sindical, como una de sus facultades de acción sindical, y como contenido de dicha libertad, en los términos en que tal facultad de negociación les sea otorgada por la normativa vigente» ( STC 80/2000, de 27 de marzo ( RTC 2000, 80 ) , FJ 5). Asimismo hemos declarado que, aun cuando «en el ámbito funcional tengamos dicho (STC 57/1982, de 27 de julio ( RTC 1982, 57 ) , FJ 9) que, por las peculiaridades del derecho de sindicación de los funcionarios públicos ( art. 28.1 CE (RCL 1978, 2836) ), no deriva del mismo, como consecuencia necesaria, la negociación colectiva, en la medida en que una ley (en este caso la Ley 9/1987 (RCL 1987, 1450) , modificada por la Ley 7/1990 (RCL 1990, 1550) ) establece el derecho de los sindicatos a la negociación colectiva en ese ámbito, tal derecho se integra como contenido adicional del de libertad sindical, por el mismo mecanismo general de integración de aquel derecho en el contenido de éste, bien que con la configuración que le dé la ley reguladora del derecho de negociación colectiva [ art. 6.3 b ) y c) LOLS ( RCL 1985, 1980 ) ]» (STC 80/2000, de 27 de marzo (RTC 2000, 80), FJ 6)".

El Tribunal Constitucional tuvo oportunidad de examinar la distinta posición de los trabajadores y de los funcionarios en el marco de la Constitución (RCL 1978, 2836) , y en orden a la aplicación a unos y otros del artículo 37.1 de la misma, en sus Sentencias 98/85 (RTC 1985, 98), y,57/82 (RTC 1982, 57) , manifestando al respecto que "... la negociación colectiva de las condiciones de trabajo del personal vinculado a cualquiera de las Administraciones públicas sólo es posible legalmente cuando se trate de personal sometido a Derecho laboral, pero no, en cualquiera de sus modalidades -de carrera o de empleo- o asimilados por tener una relación funcional sometida 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 "; y que "... aparece una tendencia, favorable a propiciar la intervención representativa de los funcionarios públicos en la determinación de la prestación de servicios o de condiciones de empleo como mera participación en el sistema de consulta o información, sin vinculación alguna para los poderes públicos, que no alteran ni podían hacerlo el significado y alcance que tiene la regulación de la función pública y que no suponen una verdadera negociación colectiva para esa función pública estatal o para la función pública local, tal y como está prevista en el artículo 37.1 de la Constitución Española (RCL 1978, 2836) y regulada en el Título III del Estatuto de los Trabajadores de 10 Marzo 1980 (RCL 1980, 607) , como facultad de concertar convenios entre los trabajadores y los empresarios sobre la regulación de condiciones de empleo, con fuerza vinculante de lo acordado en tales instrumentos ".

En esta misma Sentencia se proclama que " Del derecho de sindicación de los funcionarios públicos no deriva como consecuencia necesaria la negociación colectiva, y menos todavía con efectos vinculantes ..." y que "... tampoco surge el derecho de negociación colectiva de las condiciones de empleo, de la igualdad de tratamiento de los trabajadores y los funcionarios deducida de la Constitución y desde la perspectiva del derecho de sindicación... toda vez que prueba lo contrario el expreso contenido de los artículos 28.1 y 37.1 de la Constitución Española (RCL 1978, 2836) y la propia dicción de sus artículos 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

---

las Administraciones Públicas concernidas, sino que establece por sí misma los órganos de negociación, el objeto de esta y las líneas generales de procedimiento"...>>.

ámbito diferente de función y actuación, y por eso independiza y diversifica su regulación legislativa, sometiéndolas a regulaciones diferenciadas ...".

## 1.2.- Régimen Jurídico de la negociación colectiva en el EBEP

### A) Consideración general.

El artículo 31 del EBEP contiene unos denominados principios generales. El primero de ellos se limita a indicar que «...1. Los empleados públicos tienen derecho a la negociación colectiva, representación y participación institucional para la determinación de sus condiciones de trabajo...» De esta forma el capítulo contiene tres conceptos que son perfectamente diferenciables:

a) Negociación. Se entiende por tal el derecho a negociar la determinación de condiciones de trabajo de los empleados de la Administración Pública. Respecto de la definición del papel que corresponde al EBEP en esta materia y de su alcance señala Mauri que «a partir de aquí consideramos el derecho a la negociación colectiva en la función pública como un derecho constitucional amparado en la libertad sindical que padece una intensa configuración legal que puede llegar a determinar los órganos de negociación, su objeto y las líneas generales del procedimiento negocial...»<sup>13</sup>.

b) Representación. Se entiende la facultad de elegir representantes y constituir órganos unitarios a través de los cuales se instrumente la interlocución entre las Administraciones Públicas y sus empleados<sup>14</sup>. La representación se articuló a través de los órganos de representación que se enuncian y regulan en los artículos 39 y siguientes (delegados de personal y junta de personal) con las competencias que le atribuye el artículo 40 del EBEP.

c) Por participación institucional, a los efectos de esta Ley, se entiende el derecho a participar, a través de las organizaciones sindicales, en los órganos de control y seguimiento de las entidades u organismos que legalmente se determine. Teniendo en cuenta esta determinación su desarrollo no puede realizarse con carácter general sino que realmente lo que sugiere la propia redacción es la concreción en el ámbito de las regulaciones específicas de cada fenómeno de participación.

Con carácter general podemos indicar, con Sala Franco, que «a la vista de la normativa anterior, básicamente insuficiente por sumaria y ambigua y teniendo en cuenta la experiencia de la negociación colectiva del personal funcionarial en estos últimos años, era posible constatar una serie de carencias y disfuncionalidades en la misma:

a) En primer lugar, dificultades en el proceso negociador y ausencia de negociación colectiva en muchas Administraciones Públicas.

b) En segundo lugar, silencio legal sobre la composición y constitución de las Mesas de Negociación.

c) En tercer lugar, una escasa coordinación entre las Administraciones Públicas negociadoras y una deficiente articulación negocial.

d) En cuarto lugar, una importante confusión en cuanto a las materias de posible negociación para los pactos y acuerdos colectivos.

e) En quinto lugar, la ausencia de regulación de aspectos importantes del procedimiento de negociación, obligando al intérprete a hacer una arriesgada labor de integración de las normas para cubrir las lagunas.

---

<sup>13</sup> Mauri Majos, J.: Ob. cit., p. 377. En apoyo de esta tesis cita, expresamente, la STC 80/2000, de 27 de marzo. Al tema, con carácter general, Martínez Campos, M. N.: El derecho a la negociación colectiva de los funcionarios públicos en la Constitución. Bilbao, 2002.

<sup>14</sup> El apartado 8 establece que «...8. Los procedimientos para determinar condiciones de trabajo en las Administraciones Públicas tendrán en cuenta las previsiones establecidas en los convenios y acuerdos de carácter internacional ratificados por España.

f) En sexto lugar, un inseguridad jurídica grande acerca de la eficacia jurídica de los distintos tipos de pactos y acuerdos colectivos.

g) En séptimo lugar, la total ausencia de regulación de la vigencia temporal de los pactos y acuerdos colectivos.

h) Finalmente, una praxis de facto de una negociación colectiva conjunta de personal funcionario y laboral sistemáticamente declarada ilegal por la jurisprudencia de los tribunales, por falta de cobertura legal suficiente...»<sup>15</sup>.

Sobre la base de este análisis que demuestra la experiencia práctica sobre la negociación colectiva nos corresponde examinar, seguidamente, la regulación que se contiene en el EBEP para determinar si finalmente la nueva regulación supera o no las observaciones que se venían haciendo sobre la regulación anterior y que han sido sistematizadas en el comentario de Sala Franco.

Al margen de las consideraciones generales sobre el modelo debemos indicar que una de las novedades del EBEP es la inclusión de un conjunto de principios generales a los que debe someterse la negociación colectiva. Es el artículo 33 del mismo el que contiene aquellos que se identifican con los siguientes: sujeción a los principios de legalidad, cobertura presupuestaria<sup>16</sup>, obligatoriedad, buena fe negocial, publicidad y transparencia.

## **B) Reglas comunes del procedimiento negocial.**

Una de las características más notables del EBEP es, sin duda, la de haber regulado un procedimiento negocial que determina el ejercicio de esta competencia. Veamos algunas de sus características más importantes.

a) Proceso de negociación y actuación de las partes.

El EBEP prevé el artículo 34 que «...6. El proceso de negociación se abrirá, en cada Mesa, en la fecha que, de común acuerdo, fijen la Administración correspondiente y la mayoría de la representación sindical. A falta de acuerdo, el proceso se iniciará en el plazo máximo de un mes desde que la mayoría de una de las partes legitimadas lo promueva, salvo que existan causas legales o pactadas que lo impidan...».

Y, finalmente, una prescripción consustancial a la propia negociación según la cual «...7. Ambas partes estarán obligadas a negociar bajo el principio de la buena fe y proporcionarse mutuamente la información que precisen relativa a la negociación...». Sobre este punto señala Sala Franco que «aunque no se explicita más, parece evidente que ello implica, entre otras cosas, que solamente será posible rechazar la iniciativa de negociar de una de las partes por causa legalmente prevista o por razones de interés público suficientemente motivadas, pudiendo existir un control judicial posterior si se impugnase la norma dictada con incumplimiento de la obligación de negociar de buena fe...»<sup>17</sup>.

b) Constitución y composición de las Mesas de Negociación.<sup>18</sup>

---

<sup>15</sup> Sala Franco, T.: Ob. cit., p. 303.

<sup>16</sup> Sobre el tema puede verse el trabajo de Picó Lorenzo, C.: «Las limitaciones presupuestarias como límite a la negociación colectiva», en La negociación colectiva en las Administraciones Públicas a propósito del Estatuto del empleado público. Manuales de formación continuada del CGPJ, núm. 41. Dir. Ruano Rodríguez, L. Madrid, 2007.

<sup>17</sup> Sala Franco, T.: Ob. cit., p. 310. Sánchez Torres, E.: El deber de negociar y la buena fe en la negociación colectiva. Madrid, 1999.

<sup>18</sup> En relación con las subvenciones ligadas a la participación en estos órganos, la SAN de 24 de junio de 2011 establece que «... De lo hasta aquí expuesto se deduce que el criterio de mayor representatividad ligado a la acción de la negociación colectiva, en la dimensión que hemos analizado, justifican la válida diferenciación establecido en la Orden toda vez que el objeto de la subvención es sufragar los gastos de las organizaciones sindicales relativos a la realización de las actividades que están relacionadas con el ejercicio de funciones que se deriven de su presencia en las citadas mesas de negociación, establecidas en una norma con rango de Ley, situación diferente a las analizadas en la sentencia del Tribunal Supremo a que hemos hecho referencia...»

El artículo 35 del EBEP establece un principio general conforme al cual «...1. Las Mesas a que se refiere el artículo anterior quedarán válidamente constituidas cuando, además de la representación de la Administración correspondiente, y sin perjuicio del derecho de todas las Organizaciones Sindicales legitimadas a participar en ellas en proporción a su representatividad, tales organizaciones sindicales representen, como mínimo, la mayoría absoluta de los miembros de los órganos unitarios de representación en el ámbito de que se trate...»<sup>19</sup>. Sobre el tema indica Sala Franco que «esta exigencia legal puede provocar, en sentido contrario lo que ya sucede en el sector privado, que no sea posible la válida constitución de una determinada Mesa de Negociación por distintas causas (ausencia de elecciones, representantes unitarios con la consiguiente falta del parámetro necesario para elegidos en candidaturas independientes o autoexclusión de determinados sindicatos). Solo que, a diferencia de lo que sucede en el sector privado, en el sector público no se admite más negociación colectiva que la prevista en el EBEP...»<sup>20</sup>.

La designación de los componentes de las Mesas corresponderá a las partes negociadoras que podrán contar con la asistencia en las deliberaciones de asesores, que intervendrán con voz, pero sin voto.

Por lo que se refiere a la composición real de las Mesas el apartado 4 del artículo 35 establece que «...En las normas de desarrollo del presente Estatuto se establecerá la composición numérica de las Mesas correspondientes a sus ámbitos, sin que ninguna de las partes pueda superar el número de quince miembros...».

### C) Materias incluidas en el ámbito de la negociación colectiva

El artículo 37 del EBEP se refiere a las mismas en los siguientes términos:

- a) La aplicación del incremento de las retribuciones del personal al servicio de las Administraciones Públicas que se establezca en la Ley de Presupuestos Generales del Estado y de las Comunidades Autónomas<sup>21</sup>.
- b) La determinación y aplicación de las retribuciones complementarias de los funcionarios.
- c) Las normas que fijen los criterios generales en materia de acceso, carrera, provisión, sistemas de clasificación de puestos de trabajo, y planes e instrumentos de planificación de recursos humanos.
- d) Las normas que fijen los criterios y mecanismos generales en materia de evaluación del desempeño.
- e) Los planes de Previsión Social Complementaria.
- f) Los criterios generales de los planes y fondos para la formación y la promoción interna.
- g) Los criterios generales para la determinación de prestaciones sociales y pensiones de clases pasivas.
- h) Las propuestas sobre derechos sindicales y de participación.
- i) Los criterios generales de acción social.
- j) Las que así se establezcan en la normativa de prevención de riesgos laborales.
- k) Las que afecten a las condiciones de trabajo y a las retribuciones de los funcionarios, cuya regulación exija norma con rango de Ley.
- l) Los criterios generales sobre ofertas de empleo público.<sup>22</sup>

<sup>19</sup> Esta prescripción se completa indicando que «...2. Las variaciones en la representatividad sindical, a efectos de modificación en la composición de las Mesas de Negociación, serán acreditadas por las Organizaciones Sindicales interesadas, mediante el correspondiente certificado de la Oficina Pública de Registro competente, cada dos años a partir de la fecha inicial de constitución de las citadas Mesas...».

<sup>20</sup> Sala Franco, T.: Ob. cit., p. 306.

<sup>21</sup> En relación con el establecimiento de topes máximos aplicables al conjunto de los empleados públicos puede verse la STC 63/1986; 186/1988 y 152/1988.

<sup>22</sup> Véase la STSJ de Madrid de 22 de noviembre de 2010 cuando señala que «<<... En conclusión, conforme al tenor literal del artículo 32.c de la Ley 9/1987, de 12 de junio, de Órganos de Representación, Determinación de las Condiciones de Trabajo y Participación del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, se exige la

m) Las referidas a calendario laboral, horarios, jornadas, vacaciones, permisos, movilidad funcional y geográfica, así como los criterios generales sobre la planificación estratégica de los recursos humanos, en aquellos aspectos que afecten a condiciones de trabajo de los empleados públicos.

Como balance general de esta regulación indica Mauri que «una de las principales novedades en materia de negociación colectiva en el nuevo EBEP consiste en la mejor determinación del ámbito objetivo de la negociación, suprimiendo las materias que han de ser negociadas de forma genérica en beneficio de las materias que pretenden enunciarse de una forma precisa...»<sup>23</sup>.

Desde la perspectiva que aquí se analiza, el apartado k) incluye entre las materias la que se contiene en el párrafo k) que se refiere al calendario laboral, horarios, jornadas, vacaciones, permisos que son, precisamente, las que se incluyen en este ámbito.

## 2.- La definición de la jornada con carácter general

### A) Introducción.

La relación jurídica de empleo público se caracteriza por conllevar un conjunto de derechos y obligaciones que se determinan por la Administración a través de una norma que históricamente se definía unilateralmente por ésta y que, en el momento actual, tiene algún componente de bilateralidad en tanto una parte de aquel régimen jurídico se plasma en algún tipo de acuerdos generales fruto de la negociación colectiva. Sobre el tema señala Sánchez Morón, a modo de introducción, que «como tal la ley le reconoce derechos similares a los que tiene cualquier trabajador en su empresa. Sucede, sin embargo, debido a la formación separada del régimen de la función pública y del derecho del trabajo que los derechos de esta naturaleza tienen una regulación parcialmente distinta en la legislación de funcionarios y en el Estatuto de los Trabajadores...»<sup>24</sup>. El tiempo de trabajo es, claramente, uno de los elementos centrales de esta regulación ya que ocupa dentro del estatuto un papel poliédrico que sirve para la concreción temporal de la función y para la determinación de las exigencias de cumplimiento de la misma que conforman el régimen sancionador.

Desde una perspectiva conceptual podemos, siguiendo a Olmedo Gaya indicar que el tiempo de trabajo se sitúa en el marco de los derechos no económicos. Indica la citada autora que «esta categoría de derecho...comprende los derechos funcionales, laborales y sociales...»<sup>25</sup>. No cabe negar, eso sí, que algunos elementos de la jornada acaban teniendo

---

negociación colectiva en relación con la preparación y diseño de los planes de oferta de empleo público, y hoy con la dicción del artículo 37.1.c de la [Ley 7/2007, de 12 de abril \( RCL 2007, 768 \)](#), del Estatuto Básico del Empleado Público, que la impone respecto a los planes e instrumentos de planificación de recursos humanos, uno de los cuales es la oferta de empleo público, con arreglo al artículo 70 de dicha Ley 7/2007. Tal exigencia se deriva asimismo de la disposición adicional 7ª del [Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo \( RCL 1995, 1133 \)](#), por el que se aprueba el Reglamento general de Ingreso del Personal al servicio de la Administración General del Estado y de provisión de puestos de trabajo y promoción profesional de los Funcionarios Civiles de la Administración General del Estado, según la cual "La oferta de empleo público, los planes de recursos humanos y los sistemas y el diseño de los procesos de ingreso, promoción y provisión de puestos de trabajo serán objeto de negociación con las organizaciones sindicales en los términos de la Ley 9/1987".

Las sentencias del Tribunal Supremo de 31 de mayo y 9 de junio de 2.008 ( [RJ 2008, 6348](#) ) resaltan asimismo la necesidad de aquella negociación colectiva previamente a la aprobación de la oferta de empleo público. La oferta de empleo público es el documento mediante del que cada Administración hace pública la relación de plazas vacantes que pretende cubrir durante un ejercicio presupuestario a través de procedimientos de selección de personal, estableciéndose en el artículo 18.4 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública, de carácter básico y vigente a la sazón, que son objeto de la citada oferta de empleo público las necesidades de recursos humanos con asignación presupuestaria que no puedan ser cubiertas con los efectivos de personal existentes...>>

<sup>23</sup>Mauri Majos, J.: La negociación... Ob. cit. p. 413.

<sup>24</sup>Sánchez Morón, M.; Derecho de la función Pública. 4.ª ed. Madrid, 2004. Esta convergencia se analiza con mayor detalle en el libro de Rodríguez Ramos, M. J.: El Estatuto de los funcionarios Públicos. Su convergencia con el Estatuto de los Trabajadores. Granada, 1997.

<sup>25</sup>Olmedo Gaya, A.: «Derechos de contenido funcional, laboral y social», en Lecciones de Función Pública. DIR. Castillo Blanco, F. Granada, 2003, p. 267.

un influjo en el orden económico (reducción de jornada, deducciones, etc...) pero su conceptualización, en pura teoría está al margen de aquella condición.

En el presente supuesto lo que se trata de analizar es el alcance temporal<sup>26</sup> de la relación de servicios que supone el empleo público para lo cual tenemos que analizar por separado la regulación que afecta a los funcionarios públicos de la que afecta a los trabajadores de la Administración. Como característica diferencial podemos recordar, en línea con lo que indica Manzana Laguarda, que la nueva regulación aborda la determinación temporal de una forma expresa frente a lo que ocurría hasta el momento en que la tal determinación expresa no aparecía «... tan solo, en su inicial, redacción, la sanción disciplinaria de las faltas de puntualidad y asistencia, contemplada en su artículo 31.2., derogado posteriormente por el artículo 31/1991, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1992. La proyección disciplinaria de los incumplimientos en materia de jornada y horarios se contiene hoy en el RRD...»<sup>27</sup>.

En todo caso debe indicarse que la intención del EBEP<sup>28</sup> es establecer un marco común en la regulación de los derechos de los funcionarios y el personal laboral ya que aunque formalmente los presenta como separados y específicos basta con analizar la regulación laboral para comprender que el legislador ha buscado el efecto homogeneizador indicando que para el personal laboral también es aplicable el régimen previsto con carácter general para los funcionarios públicos.

#### a) Funcionarios Públicos.

Con vocación de síntesis podemos señalar que el EBEP trata, aparentemente, de establecer una regulación nítidamente diferenciada entre los derechos-deberes de los funcionarios públicos y los de los trabajadores probablemente por la inercia de la asimetría de los títulos competenciales sobre los que se asienta aquel. Pero, como inmediatamente, se verá este efecto es más virtual que real ya que en la regulación laboral se ha buscado, como señalaba, un marco homogeneizador que rompe la diferencia material entre ambas regulaciones.

- Jornada.<sup>29</sup>

#### a) Consideraciones generales

Los artículos 47 y siguientes del EBEP concretan el contenido obligatorio de carácter temporal que corresponde al empleado público y que denominamos convencionalmente como jornada laboral.

Respecto de la jornada laboral el EBEP se limita a recordar la competencia de las distintas Administraciones Públicas llamadas a desarrollar el mismo para la fijación de una jornada general y de jornadas especiales. Finalmente y como única indicación y novedad es necesario recordar que el artículo 47 admite la existencia de trabajo a tiempo parcial. De esta forma nos encontramos ante un elemento de indefinición real que permite a cada Administración la determinación del contenido concreto de la Jornada.

La regulación contenida en el precepto no indica cual es la fórmula concreta en la fijación de la Jornada aunque el artículo 37. 1 del EBEP se refiere explícitamente al enumerar las materias objeto de negociación que se incluye dentro de las mismas «... m) Las referidas a calendario laboral, horarios, jornadas, vacaciones, permisos, movilidad funcional y geográfica, así como los criterios generales sobre la planificación estratégica de los recursos

---

<sup>26</sup> Arroyo Yanes, J. M.: La ordenación del tiempo de trabajo en la Administración Pública. Sevilla, 2000.

<sup>27</sup> Manzana Laguarda, R.: Derechos y Deberes del funcionario público. Valencia, 2006, p. 462. En relación con los aspectos disciplinarios puede verse el libro de Martínez Fagúndez, C.: Régimen disciplinario de los funcionarios. Jurisprudencia del Tribunal Supremo. Madrid, 2006.

<sup>28</sup> Expresamente reconocida en la Instrucción de la Secretaria General de la Administración Pública de 5 de junio de 2007.

<sup>29</sup> Las regulaciones esenciales dentro de la Administración General del Estado se contenían en la Instrucción de 21 de diciembre de 1993, de la Secretaria de Estado para la Administración Públicas que se mantuvo en vigor hasta la publicación de la de 20 de diciembre de 2005, de la Secretaria General para la Administración Pública.

humanos, en aquellos aspectos que afecten a condiciones de trabajo de los empleados públicos...». Renace en el ámbito de las materias objeto de negociación el concepto legal previo que, sin embargo, ha desaparecido como tal en el EBEP. Nos referimos, claro está, al concepto calendario laboral contemplado en la regulación precedente de la función pública estatal y que debía contener el horario diario y semanal, así como la distribución anual de la jornada<sup>30</sup>.

Si cabe indicar, en todo caso, que las facultades de las respectivas Administraciones Públicas no pueden considerarse ni ilimitadas. Recuérdese en este punto que la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, que sustituye la conocida Directiva CE 93/104, contiene una prescripción de habilitar un tiempo de descanso de 11 horas ininterrumpidas de descanso<sup>31</sup>. Dicha Directiva según su artículo 1.3.se «...aplicará a todos los sectores de actividad privados y públicos, en el sentido del artículo 2 de la Directiva 89/391/CEE...»<sup>32</sup>.

El artículo 5 de la Directiva citada sobre el descanso semanal indica que «Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que todos los trabajadores disfruten, por

---

<sup>30</sup> La Instrucción de 5 de junio de 2007 de la Secretaría General de la Administración Pública declara vigentes con carácter transitorio los calendarios aprobados antes de 2007.

<sup>31</sup> La Directiva se inspira en el artículo 31 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión, parte integrante del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa («todo trabajador tiene derecho a la limitación de la duración máxima del trabajo y a períodos de descanso diarios y semanales,...»). Asimismo, debe respetarse el principio general de tiempo de trabajo como un derecho social fundamental vinculante para los Estados miembros de la Unión Europea.

<sup>32</sup> En relación con la Directiva, los diversos Tribunales han ido estableciendo una doctrina que podemos resumir en la siguiente forma:

— Ámbito de aplicación: Sentencia Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas Luxemburgo (Gran Sala), de 5 octubre 2004 Pfeiffer. Cuestión prejudicial. Asuntos C-397/2001, C-398/2001, C-399/2001, C-400/2001, C-401/2001, C-402/2001 C-403/2001 (acum.). TJCE 2004\272:

«En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Gran Sala) declara:

1.º a) Los artículos 2 de la Directiva 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo, y 1, apartado 3, de la Directiva 93/104/CE del Consejo, de 23 de noviembre de 1993, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, deben interpretarse en el sentido de que la actividad de los socorristas, realizada en el marco de un servicio de asistencia médica urgente como el controvertido en el litigio principal, está comprendida en el ámbito de aplicación de las citadas Directivas».

Campo de aplicación de la Directiva, inclusión del personal médico: STS, Sala de lo Social, de 27 de enero de 2005.

«SEGUNDO.—Esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha establecido ya doctrina jurisprudencial unificada sobre la inclusión de los médicos de la Seguridad Social en el campo de aplicación de la Directiva comunitaria 93/104 (modificada por la Directiva 2000/34), relativa a la ordenación del tiempo de trabajo, y sobre la calificación y régimen normativo de las guardias localizadas en las que se prestan servicios efectivos.

Respecto de la aplicación de la Directiva comunitaria 93/104, las sentencias de 4 de octubre de 2001 (RJ 2002/1420), 1 de abril de 2002 (RJ 2002/6002), 12 de noviembre de 2002, etc..., siguiendo la sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 3 de octubre de 2000 (TJCE 2000/234)(asunto SIMAP), que dicha disposición impone con carácter general una jornada máxima de trabajo para los médicos y personal facultativo de la Seguridad Social española. A la misma conclusión han llegado las sentencias del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 2003 (RJ 2003/3805) sobre aplicación del tope máximo del tiempo de trabajo a los médicos residentes, y la sentencia de 12 de julio de 2004 (RJ 2004/5945), sobre calificación como horas extraordinarias de las que excedan de la «jornada anual» de trabajo del sector».

—Aplicación directa de la Directiva, personal incluido: STSJ de Cantabria de 25 de enero de 2005, AS 2005/18.

«A la doctrina citada en la sentencia de instancia, cabe añadir la posterior contenida, entre otras, de esta Sala en la de fecha 24 de marzo de 2004 (AS 2004/1059) y las que en ella se citan, dictadas con posterioridad a la vigencia del Estatuto Marco, en las que se reitera que es de aplicación al personal estatutario que presta servicios en la sanidad pública, lo establecido en la Directiva europea 93/104/CEE, declaración que alcanza a toda modalidad de personal, como el funcionario que realice, como el actor, el mismo servicio en igualdad de condiciones que el personal estatutario en el centro de salud correspondiente, aún no integrado formalmente en dicho equipo, al incluirse en el término «trabajador» para el derecho comunitario, que se deduce del artículo 3.a) de la Directiva 89/391/CEE de la que la anteriormente citada, es desarrollo. Los derechos en ella reconocidos «no pueden ser limitados por disposiciones de derecho interno», siendo la normativa comunitaria aplicable directamente si no ha sido incorporada o lo hace sin ajustarse al texto básico».

cada periodo de seis días, de un periodo mínimo de descanso ininterrumpido de 24 horas a las que se añadirán las 11 de descanso semanal diario establecido en el artículo 3...»<sup>33</sup>.

---

<sup>33</sup> Sobre este extremo la jurisprudencia es, también, ciertamente clarificadora y podemos resumirla en la siguiente forma:

Descanso diario y excepciones: STS, Sala de lo Social, de 27 de enero de 2005.

«En lo que concierne al «descanso diario», el art. 3 de la Directiva 93/104 ordena lo siguiente: «Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que todos los trabajadores disfruten de un período mínimo de once horas consecutivas en el curso de cada período de veinticuatro horas». Nos encontramos, por tanto, ante un precepto que debe ser también aplicado a los médicos de la Seguridad Social.

Debe tenerse en cuenta, no obstante, que en virtud del art. 17.2.1.i. de la propia norma comunitaria los Estados miembros pueden establecer excepciones a la regla anterior para los «servicios relativos a la recepción, tratamiento y/o asistencia médica prestados por hospitales o centros similares, instituciones residenciales, y prisiones», a cambio de «períodos equivalentes de descanso compensatorio» o, si ello no es posible «por razones objetivas», de «una protección equivalente a los trabajadores de que se trate». Este régimen de excepciones y «descansos alternativos «se ha establecido entre nosotros en la Ley 55/2003 (artículos 51, 54 y 59), que contiene el Estatuto marco del personal sanitario de los servicios de Salud, que no es de aplicación al caso por razones cronológicas.

TERCERO.— Queda por ver si el descanso diario al que se refiere el presente litigio es de aplicación en las guardias localizadas con prestación de servicios. Sobre este particular hemos de tener en cuenta el criterio establecido en nuestra jurisprudencia (STS 12-7-99 —RJ 1999/6447— y STS 18-2-00 —RJ 2000/2051—), que primero distingue entre guardias de presencia y guardias de localización, y separa luego dentro de éstas las guardias localizadas sin llamada o con llamada al trabajo, equiparando éstas últimas a las guardias de presencia. Partiendo del planteamiento anterior, la respuesta a la pregunta sobre la aplicación del descanso diario previsto en el art. 3 de la Directiva 93/104 ha de ser afirmativa para los supuestos, como el del caso, de guardias localizadas en las que los médicos que se encuentran en disposición de prestar servicios son llamados efectivamente al trabajo, mientras que la respuesta sería negativa en el supuesto contrario».

Guardia localizada, trabajo efectivo y cómputo: STS de 31 de octubre de 2001: respecto a una empresa pública de emergencias sanitarias, determina que, en aplicación de la Directiva 93/104/CE, las horas trabajadas en guardias localizadas desde que se produce su activación, en guardias asistenciales o en dispositivos de riesgo previsible, son trabajo efectivo a efectos del cómputo de la jornada anual.

Descanso y duración máxima del tiempo trabajado. Jurisprudencia constitucional: STSJ de La Rioja de 30 abril de 1993, AS 1993\1905.

Directiva comunitaria, excepciones: STSJ del Principado de Asturias, Sala de lo Social, n.º 350/2002, de fecha 8-2-2002, en el recurso 814/2001.

Descanso tras guardia en sábado: STSJ de Andalucía, Sevilla, de 8 de febrero de 1994, AS 1994\699.

Guardias localizadas, con y sin prestación efectiva de servicios, descansos compensatorios, retribuciones: Sentencia Tribunal Superior de Justicia núm. 559/2003 Madrid (Sala de lo Social, Sección 1.ª), de 23 julio, AS 2003\3704.

«Postular que se conceda un día de descanso por cada semana de guardia localizada que se tenga asignada, aunque no haya llegado a producirse la prestación efectiva de servicios, equivale a ignorar que, de no darse tal prestación, la doctrina es unánime al concluir que tales guardias —de localización— no constituyen jornada de trabajo. Por tanto, mal puede pedirse un descanso que no tiende a compensar ningún exceso. Así lo ha venido entendiendo con reiteración la doctrina jurisprudencial, de la que, como exponente, cabe citar la Sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 13 de octubre de 1999 (RJ 1999\7874), recaída en función unificadora y que cita otras muchas anteriores, según la cual: «Es de recordar, cómo esta Sala ha mantenido tradicionalmente esta distinción tanto para resolver problemas de jornada (STS de 20 de febrero de 1992 [RJ 1992\1044], STS de 9 de junio de 1992 [RJ 1992\4552], STS de 30 de junio de 1994 [RJ 1994\9713] o STS de 24 de junio de 1996 [RJ 1996\5299]), como problemas de salarios (STS de 7 de febrero de 1994 [RJ 1994\806], STS de 11 de marzo de 1994 [RJ 1994\2289], STS de 24 de junio de 1994 [RJ 1994\5483], STS de 7 de octubre de 1994 [RJ 1994\7754] o STS de 22 de diciembre de 1995 [RJ 1995\9491]). En todas estas sentencias se ha mantenido el criterio de que las horas de guardia localizada, salvo que se demuestre en cada caso lo contrario, no son horas de trabajo que den derecho a mayor retribución que la específicamente prevista para ellas, ni a descanso compensatorio». En igual sentido, la Sentencia de la misma Sala del Alto Tribunal de 4 de octubre de 2001 (RJ 2002\1420), conforme a la cual: «En lo que respecta a la prestación de servicios de atención continuada por dichos médicos en régimen de autorización, sólo debe considerarse tiempo de trabajo el correspondiente a la prestación efectiva de servicios de atención primaria». En suma, el simple hecho de atender el servicio correspondiente a la semana —de cada cinco— de guardia localizada si no se trabaja realmente, en modo alguno puede generar derecho a descansar un día completo cada módulo semanal de guardia. Así lo tiene entendido también el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su Sentencia de 3 de octubre de 2000 (TJCE 2000\234), dictada con motivo de cuestión prejudicial promovida por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, que, si bien relativa a facultativos de Equipos de Atención Primaria, resulta extrapolable sin la menor duda al caso enjuiciado, cuando pone de relieve, entre otros pronunciamientos, que: «Por lo que respecta a la prestación de servicios de atención continuada por dichos médicos en régimen de localización, sólo debe considerarse tiempo de trabajo el correspondiente a la prestación efectiva de servicios de atención primaria»... Por tanto, el derecho a descanso compensatorio no depende en estos casos del mero dato de haber prestado servicios efectivos algún o algunos de los días de las semanas de guardia en régimen de

De esta forma podemos indicar que la aparente libertad en la fijación encuentra algunos límites unos de carácter sustantivo y otros de carácter procedimental. Conforme a la primera, el límite de la regulación que deben realizar cada una de las Administraciones será el que se establece en la Directiva de la que debe recordarse, a su vez, que conforme a lo que dispone en su artículo 15 opera con el carácter y condición de norma mínima. Así lo expresa el citado artículo cuando señala que «la presente Directiva se entenderá sin perjuicio de la facultad de los Estados miembros de aplicar o establecer disposiciones legales, reglamentarias o administrativas más favorables a la protección de la seguridad social y la salud de los trabajadores o de favorecer o permitir la aplicación de convenios colectivos o acuerdos celebrados entre interlocutores sociales más favorables a la protección de la seguridad y salud de los trabajadores...».

Por su parte y en el orden procedimental, podemos indicar que el contenido del calendario laboral y a las condiciones de horarios serán fijadas, en el marco de la negociación colectiva cuya regulación trasciende del propósito de este apartado y es analizado en el correspondiente a la misma.

Desde una perspectiva referida al incumplimiento podemos indicar que la remisión que el régimen disciplinario incluye en la regulación de las infracciones muy graves el reproche de mayor alcance cuando incluye dentro de las mismas «... c) El abandono del servicio, así como no hacerse cargo voluntariamente de las tareas o funciones que tienen encomendadas...». El resto de las conductas que puedan suponer un reproche en el cumplimiento de la jornada resultan remitidas a la regulación que establezca la correspondiente legislación autonómica. No obstante esta remisión sí debe tenerse en cuenta que el artículo 30 del EBEP se refiere, en la tradición que forma parte de nuestro Ordenamiento desde 1992 a la «deducción de retribuciones» cuando señala que «...1. Sin perjuicio de la sanción disciplinaria que pueda corresponder, la parte de jornada no realizada dará lugar a la deducción proporcional de haberes, que no tendrá carácter sancionador...».

---

localización, sino de la incidencia que en la jornada ordinaria máxima de trabajo —semanal o anual— haya podido tener el tiempo real en que se mantuvo la citada prestación, jornada que en el supuesto enjuiciado no consta fuera rebasada según pone de manifiesto el hecho probado segundo de la sentencia combatida en lo relativo a su duración anual, sin que de la semanal se especifique nada en la demanda. Lo que de ningún modo cabe admitir es que por haber trabajado unas horas —que, además, no figuran debidamente determinadas— durante el servicio de guardia localizada, se genere, amén del módulo retributivo de 85.000 pesetas, derecho a librar veinticuatro horas como compensación, que, a la postre, es lo que propugnan los recurrentes, de lo que nada prevé la Directiva 93/104/CE (LCEur 1993\4042) del Consejo. El trabajo efectivo durante algún o algunos días de la semana de guardia localizada conllevará sin duda, según la duración y el horario de la prestación de servicios desempeñada en cada caso, una eventual inobservancia de lo preceptuado en los artículos 3, 5 y 6 de la citada norma derivada en cuanto a tiempo mínimo de descanso diario y semanal, y duración máxima del tiempo de trabajo semanal, mas de ello nunca podrá traer causa el derecho que se actúa a percibir otra retribución compensatoria que no sea la fijada por tal concepto como complemento de atención continuada.

DECIMOTERCERO.—Así se pronunció en su día la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana en sentencia de 5 de febrero de 2001, dictada en proceso de conflicto colectivo relativo al personal facultativo de atención especializada que presta servicios en hospitales y centros de especialidades dependientes de la Consejería de Sanidad de la Generalidad Valenciana, criterio que la Sala Cuarta del Tribunal Supremo confirmó en la suya de 1 de abril de 2002 (RJ 2002\6002).

Sienta la citada sentencia de suplicación que: «Por el contrario, la segunda petición relativa a que se consideren como horas extraordinarias voluntarias todas aquellas que superen los límites de la jornada citada no puede estimarse sobre la base de las siguientes consideraciones: según la reiterada Sentencia de 3 de octubre de 2000 (TJCE 2000\234) del Tribunal de Justicia europeo: A) la Directiva 93/104/CE (LCEur 1993\4042) no define el concepto de hora extraordinaria, que únicamente se menciona en el artículo 6, relativo a la duración máxima del tiempo de trabajo semanal, sin embargo, la incluye dentro del concepto de tiempo de trabajo en el sentido de dicha Directiva, es decir, no distingue según que dicho tiempo se preste o no dentro de las horas de trabajo normales (... C) a mayor abundamiento, ello no impide que si se realiza una jornada superior deba retribuirse; sin embargo, de la Directiva comunitaria no derivan conceptos retributivos sino únicamente conceptos relacionados con el tiempo de trabajo, por lo que los excesos deberán retribuirse según la normativa interna y como indica la jurisprudencia consolidada —por todas Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 1997 (RJ 1997\8613)— el personal estatutario en su regulación sobre retribución no tiene previsto el concepto de horas extraordinarias sino el de complemento de atención continuada, así pues, únicamente a través de este último concepto serían retribuíbles, en su caso, los excesos de jornada. En definitiva, las peticiones que venimos comentando carecen de apoyo en la normativa comunitaria traída a colación por los recurrentes».

En consecuencia, la sanción disciplinaria queda remitida a la legislación de las Comunidades Autónomas —salvo en el supuesto que pueda considerarse abandono de servicio— pero se habilita a las respectivas Administraciones a la deducción de las retribuciones por la jornada no cumplida.

## **B) Consideraciones específicas**

La Instrucción de 5 de junio de 2007 de la Secretaría General de Administración Pública incluye la totalidad del Capítulo V del Título III dentro las materias que, en el juego de la Disposición Derogatoria y de la Disposición Final Cuarta, deben considerarse como directamente aplicables lo que determina la atribución competencial a favor de las Administraciones Territoriales a las que alude el artículo 47 del EBEP.

Por su parte y en relación con el régimen disciplinario, la citada Instrucción declara de aplicación el Título VII del EBEP para el personal funcionario y laboral aunque dicha regulación que conduciría al vacío por la remisión que el mismo hace en la regulación y establecimiento de las infracciones graves y leves, declara en vigor el Reglamento Disciplinario de 1986 en lo que no se oponga al citado Título VII del EBEP.

En todo caso y hasta que el esquema de Jornada descrito alcance su virtualidad habrá que entender aplicable la Orden APU/3902/2005, de 15 diciembre 2005 (RCL 2005\2440) publicada en el BOE 16 diciembre 2005, núm. 300/2005 por la que se dispone la publicación del Acuerdo de la Mesa General de Negociación por el que se establecen medidas retributivas y para la mejora de las condiciones de trabajo y la profesionalización de los empleados públicos.

Dicho Acuerdo se suscribe con fecha 7 de diciembre de 2005 entre la Administración del Estado y las Organizaciones Sindicales UGT, CSI-CSIF y SAP sobre medidas retributivas y mejora de las condiciones de trabajo y la profesionalización de los empleados públicos.

El Acuerdo alcanzado en la Mesa General de Negociación se estructura en cinco puntos en los que, además de hacer referencia al destino de los fondos adicionales para la Administración General del Estado correspondientes a 2006, a las indemnizaciones por razón de servicio y a la distribución de la jornada, se incluyen medidas para la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, así como otras dirigidas a la protección integral contra la violencia de género. Se pretende así la implantación en el ámbito de la Administración General del Estado de una serie de medidas que facilitarán la consecución de una mejora de los servicios públicos prestados a los ciudadanos mediante la profesionalización de los empleados públicos mejorando sus condiciones de trabajo y la productividad.

Para la consecución de estos objetivos se destina para la Administración General del Estado, una cantidad equivalente al 0,8% de la masa salarial distribuida entre un 0,5% para el Plan de Pensiones regulado en la Ley de Presupuestos y un 0,3% que, mediante negociación, retribuirá la mejora de resultados y la productividad. Este porcentaje es complementario al Acuerdo retributivo alcanzado el 28 de julio pasado de un incremento del 3,1% para el conjunto de los empleados públicos, con lo que la subida que corresponde en el 2006 para los empleados de la AGE se sitúa en el 3,9%.

Asimismo, y dentro del «Plan Concilia» impulsado desde este Departamento, resulta especialmente destacable por su trascendencia y carácter innovador en el campo de las relaciones laborales las medidas relacionadas con la conciliación de la vida familiar y laboral y la igualdad de género que, recogidas en los 16 puntos del apartado cuarto del Acuerdo, vienen a incluir medidas que permiten hacer efectiva la conciliación de las responsabilidades profesionales con la vida personal y familiar, al tiempo que se colabora en la construcción y consolidación de una cultura de corresponsabilidad entre ambos sexos. En este relevante capítulo tanto la Administración como los Sindicatos firmantes han convenido que es de la mayor importancia no sólo hacer posible y potenciar el cuidado de los hijos, sin discriminación de género, o en el caso de familias monoparentales, sino así mismo el cuidado de personas dependientes de la unidad familiar y la especial mención a las

situaciones de protección y atención que requieren las personas discapacitadas a cargo de empleados públicos.

Es en este marco en el que se sitúa el reconocimiento del derecho paternal a disfrutar de 10 días de permiso por nacimiento, acogimiento o adopción de un hijo, la flexibilización de una parte del horario de trabajo, permitiendo la finalización de la jornada a las 18 horas, o la posibilidad de sustituir el permiso de lactancia por un permiso que acumule en jornadas completas el tiempo correspondiente.

En este esquema podemos referirnos al siguiente esquema de distribución de jornada. De acuerdo con lo establecido en la Resolución de 10 de marzo de 2003 (RCL 2003\704) en lo que se refiere a la duración máxima de la jornada, con carácter general, la distribución de ésta, se realizará según una de estas dos modalidades:

**Horario de mañana:** El horario fijo de presencia en el puesto de trabajo será de 9.00 a 14.30 horas de lunes a viernes. El tiempo restante hasta completar la jornada semanal se realizará, en horario flexible, entre las 7.30 y las 9.00 de lunes a viernes y entre las 14.30 y las 18.00, de lunes a jueves, así como entre las 14.30 y las 15.30 horas los viernes.

**Horario de mañana y tarde:** El horario fijo de presencia en el puesto de trabajo será de 9.00 a 17 horas, de lunes a jueves, con una interrupción mínima de una hora para la comida, y de 9.00 a 14.30 los viernes, sin perjuicio del horario aplicable al personal destinado en oficinas de apertura ininterrumpida al público que cuenta con regulación especial. El resto de la jornada, hasta completar las treinta y siete horas y media o las cuarenta horas semanales, según el régimen de dedicación, se realizará en horario flexible entre las 7.30 y las 9.00 horas y entre las 17 y las 18 horas, de lunes a jueves, y entre las 7.30 y las 9.00 y entre las 14.30 y las 15.30 los viernes.

Todo ello sin perjuicio de lo que establece la Resolución de 10 de marzo de 2003, de la Secretaría de Estado para la Administración Pública, por la que se dictan Instrucciones en materia de jornada y horarios de trabajo del personal al servicio de la Administración General del Estado, respecto a los calendarios laborales y el resto de la norma que no será objeto de modificación.

### **C) El Real Decreto-ley 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público.**

En esta norma el artículo 4º ha establecido una determinación de carácter general cuando ha fijado un criterio en relación con lo que denomina la reordenación del tiempo de trabajo de los empleados públicos cuando señala que <<... A partir del 1 de enero de 2012, y para el conjunto del sector público estatal, la jornada ordinaria de trabajo tendrá un promedio semanal no inferior a las 37 horas y 30 minutos.

Esta media semanal se entenderá sin perjuicio de las jornadas especiales existentes o que, en su caso, se establezcan, que experimentarán las adaptaciones necesarias para adecuarse a la modificación general en la jornada ordinaria.

Para la efectiva y homogénea aplicación de esta medida en el ámbito de la Administración General del Estado se autoriza al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas a dictar las instrucciones necesarias para adecuar los calendarios laborales vigentes, incluidos los sistemas de seguimiento del cumplimiento horario, previa negociación en el seno de la Mesa General de Negociación...>>. El precepto tiene una virtualidad general porque incluye al conjunto del sector público estatal y una vocación de reordenación porque habilita para la reformulación de los pactos existentes sobre la base del mínimo legal establecido.

### **3.- La determinación de la jornada en el ámbito local.**

La conformación de la jornada deriva, de un lado, de cuanto acaba de indicarse en relación con la normativa que la define en el EBEP que tiene la consideración de normativa básica y, de otra, de la propia normativa local que debe entenderse que, según establece el artículo 3 del EBEP, conforma una parte del régimen jurídico que debe ser completada con las

disposiciones que en cada momento se establezcan para el ámbito local. De momento y a la espera que esta regulación tenga un sentido y una armonía que, desde luego, no tiene en el momento presente el artículo 94 de la LBRL establece que <<...La jornada de trabajo de los funcionarios de la Administración local será en cómputo anual la misma que se fije para los funcionarios de la Administración Civil del Estado. Se les aplicarán las mismas normas sobre equivalencia y reducción de jornada...>>

Este precepto entronca con lo dispuesto en el artículo 144 del TRDRL cuando señala que <<...Los funcionarios de Administración Local tienen las obligaciones determinadas por la legislación sobre función pública de la correspondiente Comunidad Autónoma y, en todo caso, las previstas en la legislación básica del Estado sobre función pública....>>

A partir de aquí podemos indicar con carácter general que la jornada viene determinada por la normativa básica. El análisis jurisprudencial que se realiza seguidamente nos muestra que este título competencial encuentra su encaje, por un lado, en la normativa básica y, por otro, en la incidencia económica indirecta en relación con las medidas que puedan afectar a la función pública y, como consecuencia de lo anterior, en el ámbito de la planificación económica general que corresponde, igualmente, al Estado.

El fundamento de esta afirmación puede encontrarse en las siguientes resoluciones judiciales:

#### - STSJ de Cantabria de 1 de septiembre de 2008

En esta Sentencia se afirma que:

<<...La Sala estima, tras examinar dicha cláusula en función de las alegaciones del Abogado del Estado, que este motivo de impugnación ha de ser íntegramente acogido, ya que:

1) Las corporaciones locales carecen de competencia para determinar, vía acuerdo con los funcionarios, el cómputo anual de la jornada laboral de sus funcionarios, pues el art. 94 de la L.B.R.L ( RCL 1985, 799, 1372) establece, taxativamente, que "La jornada de trabajo de los funcionarios de la Administración local será en cómputo anual la misma que se fije para los funcionarios de la Administración Civil del Estado"

2) Las **entidades locales carecen igualmente de competencia para alterar**, vía Acuerdo, la estructura y criterios de valoración objetiva de las retribuciones complementarias de sus funcionarios incluyendo conceptos retributivos distintos a los contemplados en el art. 23 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto ( RCL 1984, 2000, 2317, 2427) , de Medidas para la reforma de Función Pública, pues se lo vedan expresamente los arts. 93 de la L.B.R.L. y 153 del RDLvo 781/1986 ( RCL 1986, 1238, 2271, 3551) y

3) Consecuentemente la cláusula 6 del Acuerdo **es contraria a las normas antedichas en cuanto establece una jornada de trabajo inferior (1.575 horas) a la establecida en cómputo anual (1.647 horas) para los funcionarios públicos por la Resolución de 20/12/05 ( RCL 2005, 2535) y un concepto retributivo, horas extraordinarias, no aplicable a la función pública.**

Procede, por todo ello, declarar la nulidad de la cláusula 6 del Acuerdo en lo referente a las 1.575 horas del cómputo anual de la jornada de trabajo y a la existencia de las horas extraordinarias como concepto retributivo de los funcionarios...>>.

La Sentencia entronca la cuestión en el ámbito de la normativa básica.

#### - STSJ del País Vasco de 31 de enero de 2008

En la que se afirma que

<<...Descartadas de la negociación obligatoria las decisiones de las Administraciones Públicas que afecten a sus potestades de organización, al ejercicio del derecho de los ciudadanos ante los funcionarios públicos y al procedimiento de formación de los actos y disposiciones administrativos, aunque en el primero de los casos puede ser preceptiva la "consulta" a las organizaciones Sindicales correspondientes, las materias objeto de

negociación son las circunstanciadas en el art. 32, pero con la prevención de la lógica limitación espacial al estricto ámbito de la Administración Pública, o en el caso de Pactos al órgano administrativo, y, por otra parte, en relación con esas materias, la limitación alcanza a la propia competencia material de la Administración de que se trate, de tal suerte que podrán alcanzarse Acuerdos siempre que referidos a alguna de las materias contempladas en el art. 32, además, la Administración de que se trate tenga competencia sobre tal materia. Esto se revela evidente, por cuanto lo contrario supondría una atribución de competencias al margen del orden establecido constitucionalmente, de manera que so pretexto del ejercicio de la capacidad negociadora, **una administración local no puede pretender hurtar el título competencial que conforme a los arts. 149.1.18º de la Constitución ( RCL 1978, 2836)** y el art. 10.4 de la Ley Orgánica 3/1979, de 18 de diciembre ( RCL 1979, 3028) , Estatuto de Autonomía del País Vasco, corresponde respectivamente al Estado y a la Comunidad Autónoma, teniendo además en cuenta la reserva de Ley que establece el art. 103.3 de la Constitución, en cuanto al "Estatuto de los Funcionarios Públicos", o eludir el principio de jerarquía normativa, conforme al orden de fuentes establecido por el bloque de la constitucionalidad, tal y como declaró el Tribunal Constitucional en su sentencia 214/1989, de 21 de diciembre ( RTC 1989, 214) , cuando anuló por inconstitucional el artículo 5 de la Ley de Bases de Régimen Local. Todo lo cual conduce a la conclusión de que la negociación colectiva de los funcionarios no puede equipararse a la laboral, por cuanto, la posición de las partes es desigual, siendo privilegiada la de la Administración, que debe aprobar los acuerdos alcanzados para dotarlos de validez y, además, ostenta una facultad de resolución unilateral ante el desacuerdo, arts. 35 y 37.2 de la Ley 9/1987, sin que exista sometimiento a conciliación o arbitraje obligatorio, pues únicamente se establece la posibilidad de nombrar de mutuo acuerdo un mediador facultado para hacer propuestas, art. 38. Asimismo, la Exposición de Motivos de la Ley, cuando se refiere a la necesidad de una regulación semejante a la establecida para los trabajadores por cuenta ajena, lo hace respecto de lo afectante a "los órganos de representación", pero omite cualquier cita de esa semejanza en materia de "negociación colectiva", cuyas limitaciones, como se ha dicho, tratándose de funcionarios públicos, son notables.

De todo ello resulta que habrá de tenerse presente el sistema normativo, delimitador del contenido de la negociación, a tenor de la disposición constitucional del art. 149.1.18º, **que señala como competencia exclusiva del Estado la fijación de las bases... del régimen estatutario de sus funcionarios**, en consonancia con lo cual el Estatuto de Autonomía del País Vasco, en su art. 10.4, después de establecer como competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma el régimen local y estatuto de funcionarios del País Vasco y de su Administración Local, añade que ello se entiende sin perjuicio de lo establecido en el art. 149.1.18º de la Constitución ( RCL 1978, 2836) , pero, como derecho intertemporal, la Disp. Trans. 7ª del Estatuto dispone que mientras las Cortes Generales no elaboren las Leyes Básicas y/o el Parlamento Vasco no legisle sobre las materias de su competencia, continuarán en vigor las actuales Leyes del Estado que se refieren a dichas materias... >>

#### - STSJ de Madrid de 26 de abril de 2012

En esta sentencia se alude a que:

<<...Debemos tener en cuenta igualmente lo que dispone el EBEP ( RCL 2007, 768 ) Ley 7/2007 (RCL 2007, 768) Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aplicable a las Administraciones Locales, a tenor de lo que se establece en su artículo segundo , en relación con lo que dispone el Capítulo V, Derecho a la negociación colectiva, que en su artículo 31, siguientes y concordantes regula los aspectos derivados de la misma.

En lo que a la presente litis interesa debemos destacar el artículo 33 que establece en su tenor literal lo siguiente:

"1. La negociación colectiva de condiciones de trabajo de los funcionarios públicos que estará sujeta a los principios **de legalidad, cobertura presupuestaria, obligatoriedad, buena fe negocial, publicidad y transparencia, se efectuará** mediante el ejercicio de la capacidad representativa reconocida a las Organizaciones Sindicales en los artículos 6.3 .c

); 7.1 y 7.2 de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto ( RCL 1985, 1980 ) (RCL 1985, 1980; APNDL 13091), de Libertad Sindical y lo previsto en este Capítulo.

A este efecto, se constituirán Mesas de Negociación en las que estarán legitimados para estar presentes, por una parte, los representantes de la Administración Pública correspondiente, y por otra, las Organizaciones Sindicales más representativas a nivel estatal, las Organizaciones Sindicales más representativas 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, en las unidades electorales comprendidas en el ámbito específico de su constitución.

2. Las Administraciones Públicas podrán encargar el desarrollo de las actividades de negociación colectiva a órganos creados por ellas, de naturaleza estrictamente técnica, que ostentarán su representación en la negociación colectiva previas las instrucciones políticas correspondientes y sin perjuicio de la ratificación de los acuerdos alcanzados por los órganos de gobierno o administrativos con competencia para ello."

El artículo 38 en el apartado octavo expresa: "Los Pactos y Acuerdos que de conformidad con lo establecido en el artículo 37, contengan materias y condiciones generales de trabajo comunes al personal funcionario y laboral, tendrán la consideración y efectos previstos en este artículo para los funcionarios y en el artículo 83 del Estatuto de los Trabajadores (RCL 1995, 997) para el personal laboral"..>>

En esta Sentencia se entronca con la legalidad presupuestaria como elemento central de vinculación de los "negociadores" lo que, a su vez, entronca con toda la regulación de la estabilidad presupuestaria y de la planificación económica general que corresponde al Estado ex artículo 131 de la CE.

En esta misma línea la Sentencia que se analiza se aborda una cuestión también importante en relación con el elemento de comparación: la negociación colectiva laboral y las denominadas condiciones más beneficiosas. Así la - **STSJ de País Vasco de 31 de enero de 2008 señala que:**

<<...Impugnado asimismo el artículo 7 relativo a las "Condiciones más beneficiosas" debe recordarse que constituye criterio jurisprudencial establecido por la Sala Tercera (Sección 7ª) del Tribunal Supremo que la cláusula de condiciones más beneficiosas establecida en sucesivos Acuerdos Reguladores de las Condiciones de Empleo del Personal al Servicio de las Administraciones Forales y Locales de Euskadi adolece de invalidez por infracción de los artículos 32 y 35 de la Ley 9/1987, de 12 de junio ( RCL 1987, 1450) , teniéndose reiterado que "... las características de pormenorización, rigidez y uniformidad inherentes al régimen estatutario emanado de la legislación básica del Estado y, en su caso, de los órganos legislativos de las Comunidades Autónomas, no permiten que por analogía con el sistema de relaciones laborales, tal bloque legislativo sea identificable como plataforma de "mínimos", sobre la que pueda pivotar una constelación de unidades negociadoras pactando cada una a su libre albedrío, bajo el lema de que lo que no está prohibido por la Ley debe presumirse que está permitido y puede ser objeto de regulación con arreglo al buen criterio de la Mesa Negociación, refrendada por la respectiva Corporación Municipal", teniendo asimismo declarado **"que las cláusulas de condición más beneficiosa y de compensación y absorción, aplicables en el ámbito laboral, exceden de las materias que pueden ser objeto de negociación en el de la función pública"** (Por todas, SSTS de 22 de octubre de 1993 [ RJ 1993, 7544] , 5 de mayo de 1994, 16 de junio de 1995 [ RJ 1995, 4994] , 4 de diciembre de 1995, 22 de diciembre de 1995, 18 de noviembre de 1996 [ RJ 1996, 9749] , 3 [ RJ 1997, 923] y 10 de febrero de 1997, 25 de junio de 1999 [ RJ 1999, 5511] ...).

Procede, por consiguiente, la estimación del motivo al ser el referido artículo 7 del Acuerdo Regulador de que tratamos nulo de pleno derecho, conforme a lo dispuesto en el artículo 62.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre ( RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246)\_ , del Procedimiento Administrativo Común.

Esta misma Sentencia se refiere a la fijación de jornadas diferentes a la establecida con el carácter de básica y en la que señala que:

<<...A la vista de las posiciones de las partes, no cabe duda de que el motivo de impugnación debe prosperar, toda vez que, todas ellas, se muestran contestes en que la jornada en cómputo anual establecida en el artículo 11 del Acuerdo Regulador de Empleo es distinta a la establecida para los funcionarios de la Administración del Estado.

Debe repararse, sin embargo, en que la Administración General del Estado tiene fijada la jornada laboral de los funcionarios públicos en el apartado segundo de la Resolución de 27 de abril de 1995, de la Secretaría de Estado para las Administraciones Públicas, mediante el módulo de 37 horas y 30 minutos, en cómputo semanal, a realizar con carácter general de lunes a viernes en régimen de horario flexible.

En consecuencia, **efectuando el cálculo a partir del número de días anuales (365) a los que se descuenten los domingos, los catorce días festivos y los treinta días de vacaciones, el resultado que se ofrece es de 45 semanas (de seis días) y 3 días, con el resultado horario (1664 horas efectivas anuales) que se indica por la defensa del Sindicato ELA/STV y que resulta superior en horas al previsto en el Acuerdo Regulador de Empleo adoptado por la Administración Foral.**

Siendo cierto que los recurrentes computan por dos veces los domingos correspondientes al permiso por vacaciones anuales; y, así mismo, debe compartirse la crítica que se efectúa por la defensa de la Administración Foral en cuanto a la errónea aplicación, en el cálculo efectuado por los recurrentes, de los seis días de licencia o permiso por asuntos propios establecido en el apartado décimo de la Resolución de 27 de abril de 1995, de la Secretaría de Estado para las Administraciones Públicas, toda vez que dicho extremo de la resolución sólo resulta aplicable a los empleados públicos destinatarios del Acuerdo suscrito el 15 de septiembre de 1994 entre la Administración General del Estado y las Organizaciones Sindicales sobre condiciones de trabajo en la función pública, para el período de 1995/1997.

En tanto que dicha previsión no se incluye en el Acuerdo Regulador en Empleo adoptado por la Administración Foral, por lo que tampoco cabe tenerlo en cuenta en el cómputo horario establecido en el artículo 11 del propio Acuerdo.

De donde se **sigue la declaración de invalidez radical del artículo 11** del Acuerdo Regulador recurrido (artículo 62.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre [ RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246] , del Procedimiento Administrativo Común)"....>>

#### **- STSJ de Cataluña de 14 de julio de 2005**

En esta sentencia se señala que

<<...La fijación de techos **salariales encuentra su apoyo en la competencia estatal de dirección** de la actividad económica general, y se fundamenta en el artículo 149. 1. 13 de la Constitución ( RCL 1978, 2836) ( STC 96/90 [ RTC 1990, 96] , 237/92 [ RTC 1992, 237] y 171/96 [ RTC 1996, 171] ) reiterando ésta última que el establecimiento de un límite porcentual máximo para el incremento de remuneraciones de los funcionarios públicos, está encaminado a la consecución de la estabilidad económica y a la gradual recuperación del equilibrio presupuestario.

Y, añade el Tribunal Supremo que «Además de la referida jurisprudencia constitucional y de los criterios legales anteriormente examinados, procede significar que en el ámbito de la ordenación local y respetando el principio de autonomía local, las disposiciones legales aplicables en dicho régimen se someten, en todo caso, a la ordenación general de la actividad económica, como resulta de lo previsto en el artículo 90.1, regla segunda, de la Ley 7/1985, de 2 de abril ( RCL 1985, 799, 1372) , de Bases del Estatuto de Régimen Local, así como de las previsiones contenidas en el artículo 93 de dicho cuerpo legal que, en todo caso, establece que las retribuciones básicas tendrán la misma estructura e idéntica cuantía que las establecidas con carácter general para toda la función pública y reflejarán su cuantía en los términos previstos en la legislación básica sobre función pública, como reconoce el apartado tercero del artículo 93.

También el Real Decreto Legislativo 781/1986 ( RCL 1986, 1238, 2271, 3551) , que contiene el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local, al hablar de las plantillas, en el citado artículo 126.1 ya alude a que habrán de responder en el ámbito de la clasificación reservada a funcionarios, personal laboral y eventual y a su aprobación anual, a los principios enunciados en el artículo 90.1 de la Ley 7/1985, de 7 de abril, en el apartado cuarto de dicho precepto se establece que la relación de puestos de trabajo tiene, en todo caso, el contenido previsto en la legislación básica sobre función pública y se ha de confeccionar con arreglo a las normas previstas en el artículo 90.2 de la Ley 7/1985. Finalmente, el artículo 153.3 del invocado Real Decreto Legislativo, establece que la cuantía de las retribuciones de los funcionarios de la Administración local se regirán por lo dispuesto en el artículo 93 de la Ley 7/1985, de 2 de abril y el artículo 154, apartado primero de dicho Real Decreto Legislativo 781/1986, establece que es la Ley de Presupuestos Generales del Estado para cada año la que ha de fijar los límites al incremento de las retribuciones o gastos de personal de las corporaciones locales».

En consecuencia, la jurisprudencia citada que interpreta y aplica la normativa indicada prohíbe tanto que se sobrepase el límite fijado en la Ley de presupuestos como incremento retributivo global de los funcionarios públicos de la Administración local como que los conceptos retributivos de estos funcionarios puedan diferir de los fijados con carácter general en la legislación de la función pública y que deben aplicarse a todos los funcionarios públicos, sean estatales, autonómicos o locales.

El art. 20.Dos de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2000, de 29 de diciembre de 1999 ( RCL 1999, 3244 y RCL 2000, 776) , establece que «Con efectos a 1 de enero de 2000, las retribuciones íntegras del personal al servicio del sector público no podrán experimentar un incremento global superior al 2 por 100 con respecto a las del año 1999, en términos de homogeneidad para los dos períodos de comparación tanto por lo que respecta a efectivos de personal como a la antigüedad del mismo».

El párrafo segundo de este precepto, añade que «Los acuerdos, convenios o pactos que impliquen crecimientos retributivos superiores a los que se establecen en el presente artículo o en las normas que lo desarrollen deberán experimentar la oportuna adecuación, deviniendo inaplicables en caso contrario las cláusulas que se opongan al mismo».

En el presente caso, el acuerdo impugnado en lo que se refiere a las retribuciones económicas, supera los límites establecidos a nivel presupuestario, al permitir un incremento salarial para los funcionarios y personal laboral, en relación con el aumento porcentual del coste de la vida y por encima de lo previsto en las Leyes de Presupuestos Generales del Estado.

Lo mismo cabe decir de la disminución de la jornada laboral, sin que ello se puede justificar aludiendo a la potestad de autoorganización administrativa, pues una jornada fijada en 1526 a 1578 horas anuales, supone una clara vulneración de la legislación estatal.

Como tiene señalado este mismo Tribunal, en entre otras, su Sentencia de 21 de octubre de 2002 ( JUR 2003, 112728) (Sección 5º), dicha previsión legal «contempla una adecuación singular y excepcional lo que no parece compatible con un aumento generalizado de las retribuciones», tal como sucede en el caso de autos. En efecto, la consulta del resto del articulado del Pacto de Condiciones de Trabajo del Personal Funcionario, y en particular de su art. 43, pone de manifiesto que el complemento de productividad tiene en el marco de dicho Pacto, un carácter claramente general, al ser percibido por el común de los funcionarios al servicio del Ayuntamiento demandado, por lo que no encaja de ningún modo en el carácter singular y excepcional que exige el art. 20.Tres de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2000 ( RCL 1999, 3244 y RCL 2000, 776) a los eventuales incrementos que superen el 2 por 100 máximo permitido por su propio art. 20. Dos.

Se impugna finalmente el art. 10 del Pacto de Condiciones de Trabajo, en la medida en que, para determinados colectivos de personal, establece una jornada laboral en cómputo anual

inferior a la establecida legalmente. Más exactamente, la Abogacía del Estado alega que según dicho precepto, la jornada anual de los funcionarios al servicio del Ayuntamiento demandado es inferior en jornada anual y que en cualquier caso es inferior a la de 1.635 horas que establece la normativa estatal a la sazón vigente. Añade la Administración demandante en su argumentación que con arreglo al art. 94 de la Ley de Bases del Régimen Local ( RCL 1985, 799, 1372) , «la jornada de trabajo de los funcionarios de la Administración local será en cómputo anual la misma que se fija para los funcionarios de la Administración del Estado», lo que remite a la Resolución de la Secretaría de Estado para la Administración Pública de 27 de abril de 1995 ( RCL 1995, 1404) , cuyo Apartado segundo establece que «la jornada semanal de trabajo en la Administración General del Estado queda establecida en treinta y siete horas y treinta minutos, en cómputo semanal, que se realizarán con carácter general de lunes a viernes en régimen de horario flexible».

También en este punto debe ser estimada la pretensión anulatoria de la Administración del Estado, aquí recurrente. Así, además de la claridad con que el antedicho art. 94 LBRL ( RCL 1985, 799, 1372) establece la vinculatoriedad de las Administraciones locales a la jornada laboral máxima establecida para los funcionarios al servicio de la Administración del Estado, conviene destacar cómo dicho carácter vinculante ha sido reconocido ampliamente por la jurisprudencia el Tribunal Supremo en, entre otras, las Sentencias de 7 de noviembre de 1995 ( RJ 1995, 8173) , de 20 de febrero de 1996 ( RJ 1996, 1617) , y de 5 de diciembre de 1997 ( RJ 1998, 307) ....>>

#### **- STS de Galicia de 16 de marzo de 2005**

En la Sentencia se señala que:

<<...El primer punto a que se refiere la impugnación es el artículo 15.1 del Acuerdo plenario en cuanto establece la duración máxima de la jornada de trabajo para el personal de dicha entidad local en 35 horas semanales de trabajo efectivo de media en cómputo anual, equivalente en 1537 horas anuales. Tal como argumenta el Abogado del Estado, dicho extremo vulnera lo dispuesto en el artículo 94 de la Ley 7/185, de 2 de abril ( RCL 1985, 799, 1372) , de bases de régimen local, que dispone, a fin de unificar el régimen estatutario funcional, que «La jornada de trabajo de los funcionarios de la Administración local será en cómputo anual la misma que se fije para los funcionarios de la Administración Civil del Estado», lo que, a su vez, remite al apartado 2º. 1 de la Resolución de 10 de marzo de 2003 ( RCL 2003, 704) , de la Secretaria de Estado para la Administración Pública, por la que se dictan instrucciones sobre jornada y horarios de trabajo del personal civil al servicio de la Administración General del Estado, en el que se recoge que «La duración máxima de la jornada de trabajo en la Administración General del Estado será de treinta y siete horas y media semanales de trabajo efectivo de promedio en cómputo anual, equivalente a mil seiscientos cuarenta y siete horas anuales», que se quebrantaron aquel acuerdo impugnado ya que en ésta se fija una duración máxima que no se corresponde con la que ha de ser unitaria. No puede compartirse el argumento de que en la resolución de 10/3/2003 se fijan duraciones máximas sin que se prohíba el establecimiento de jornadas inferiores puesto que en el artículo 15.1 del acuerdo se establece la duración máxima en 35 horas semanales y la vulneración consiste precisamente en aquella fijación de la jornada máxima en forma diferente a la regulación uniforme estatutaria. Por tanto, procede acoger el recurso en este extremo.

Por el mismo motivo anteriormente expuesto ha de estimarse la impugnación en cuanto al artículo 17 en el que se establece una jornada de verano que implica que durante la temporada que va desde el 1 de junio al 30 de septiembre, el horario ordinario de trabajo para el personal en general, incluido el de las oficinas de atención al público, se establece de 8 a 14 horas de lunes a viernes, es decir, 30 horas semanales, que igualmente vulneran aquella exigencia de jornada semanal unitaria para el personal funcional de la Administración Local respecto al de la Administración del Estado, además de punto 6º de aquella resolución de 10 de marzo de 2003.

Asimismo merece acogerse la impugnación del artículo 18 en cuanto establece tres turnos de vacaciones para navidades y para la «semana grande», aparte de las vacaciones

reglamentarias que se recogen en el artículo 24 del propio acuerdo plenario. El artículo 142 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril ( RCL 1986, 1238, 2271, 3551) , que aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, para la regulación de las vacaciones de los funcionarios de la Administración local remite a la previsión de la legislación de la función pública autonómica y supletoriamente a la aplicable a los funcionarios estatales, remisión que denota un deseo legislativo de uniformidad que contradice la posibilidad de regulación propia en el ámbito local. No existiendo previsión en lo que ahora interesa en el artículo 69 de la Ley 4/1988, de 26 de mayo ( RCL 1988, 1607 y LG 1988, 105) , de la Función Pública de Galicia, hay que acudir a la regulación estatal, de modo que con aquella regulación pactada se excede la duración legal de las vacaciones que se recoge, dentro del componente estatutario, en regulación coincidente con la del punto 9o de la resolución de 10 de marzo de 2003, en el artículo 68 del Decreto 315/1964, de 7 de febrero ( RCL 1964, 348) , por el que se aprueba el texto articulado de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, en la redacción que le ha dado el artículo 51 de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre ( RCL 2002, 3081 y RCL 2003, 933) , en cuyo apartado 1 se establece que «todos los funcionarios tendrán derecho, por año completo de servicios, a disfrutar de una vacación retribuida de un mes natural o de veintidós días hábiles anuales, o a los días que corresponda proporcionalmente al tiempo de servicios efectivos», añadiendo el apartado 2 que «Asimismo, tendrán derecho a un día hábil adicional al cumplir quince años de servicio, añadiéndose un día hábil más al cumplir los veinte, veinticinco y treinta años de servicio, respectivamente, hasta un total de veintiséis días hábiles por año natural».

Igualmente ha de estimarse el recurso respecto al artículo 25.1º del acuerdo plenario en cuanto prevé un permiso (más bien habría que hablar de licencia) retribuido de 15 días no sólo por matrimonio sino también por inscripción como pareja de hecho en el Registro municipal, pues si bien es previsible que en poco tiempo pueda regularse en ese sentido esta materia, sin embargo en la actualidad dentro del componente estatutario esa equiparación a efectos de permiso o licencia con la pareja de hecho no tiene amparo normativo, siendo así que, como se ha declarado en las sentencias del Tribunal Supremo de 22 de octubre de 1993 ( RJ 1993, 7544) , 5 de mayo ( RJ 1994, 4315) y 16 de noviembre de 1994 ( RJ 1995, 555) , el régimen de permisos y licencias no está atribuido a la autonomía contractual del Ayuntamiento, sino establecido por la legislación autonómica y, supletoriamente, por la estatal (art. 30 de la Ley 30/1984 [ RCL 1984, 2000, 2317, 2427] ).

Por apartarse asimismo del régimen estatutario funcional contenido en el artículo 30.1ª de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, ha de anularse igualmente el contenido del artículo 25.1.c a del acuerdo plenario en cuanto establece en el apartado a) un permiso de siete días por nacimiento, enfermedad grave o fallecimiento de un hijo, en el apartado b) siete días por enfermedad grave o fallecimiento del cónyuge o pareja de hecho, y en el apartado c) tres días en la misma localidad y cinco días en distinta por la enfermedad grave o fallecimiento de los padres o hermanos.

La nulidad ha de extenderse asimismo al artículo 25.1.ce debido a que el permiso de dos días por traslado del domicilio habitual vulnera el artículo 30.1.b de la Ley 30/1984 que establece un día para ese caso.

En las materias de permisos y licencias, a los efectos del artículo 142 del RDL 781/1986 ( RCL 1986, 1238, 2271, 3551) viene a coincidir la regulación autonómica y estatal, por lo que no se puede negar al Estado legitimación para la impugnación de la regulación convencional municipal.

Lleva razón asimismo el Abogado del Estado cuando alega que carece de toda cobertura legal el fondo de compensación establecido en el artículo 33 del acuerdo plenario, en el que se recoge que debe figurar en los presupuestos del Concello para compensar las diferencias retributivas existentes entre puestos de similares características y distinto salario, por lo que asimismo debe anularse dicha previsión en cuanto carece el Ayuntamiento de competencia para la negociación sobre dicho aspecto. Tal como antes se adelantó, las materias a negociar no deben buscarse en la Ley 9/1987 ( RCL 1987, 1450) , sino en las distintas

Leyes rectoras de la función pública, y no se invoca por las demandadas ninguna que preste apoyo normativo a la negociación sobre dicha compensación retributiva que evidentemente excede de la competencia municipal.

Seguidamente se impugna el artículo 34 del acuerdo municipal, que dispone que el Concello concertará una póliza de seguro colectivo que cubrirá los riesgos de muerte e invalidez, incluso por contingencias comunes, argumentando el representante de la Administración del Estado que, aparte de carecer de cobertura legal, puede constituir un salario encubierto que haría exceder el 2% fijado en el artículo 19.2 de la Ley 61/2003, de 30 de diciembre ( RCL 2003, 3092 y RCL 2004, 783) , como incremento de las retribuciones en 2004 respecto a las de 2003. Ello no es admisible debido a que dicha póliza constituida por las Corporaciones Locales sólo puede financiarse con ingresos procedentes de los funcionarios y demás personal al servicio de la Administración Local. En efecto, han de financiarse por las contribuciones de sus beneficiarios y si tienen lugar aportaciones municipales ha de ser con cargo a ingresos de Derecho privado, tal como lo prevé la Disposición adicional 5a del RDL 781/1986 (que mantienen expresamente en vigor la derogatoria única. 1º del RD 480/1993, de 2 de abril [ RCL 1993, 1115] ), pues en otro caso se estaría creando un concepto retributivo nuevo, con vulneración de lo dispuesto en el básico artículo 23 de la Ley 30/1984. La Ley de 8 de noviembre de 1995 ( RCL 1995, 3046) , de ordenación y supervisión de los seguros privados, al modificar la disposición final 2ª de la Ley 7/1987, de 8 de junio, sobre regulación de planes y fondos de pensiones añade a la financiación con aportaciones o cuotas de los beneficiarios, cualquier otro ingreso de Derecho privado, que se corresponden con los recogidos por el artículo 3 de la Ley de Haciendas Locales. Lo mismo puede decirse de las pólizas de seguro a concertar por el Ayuntamiento con fondos públicos.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo participa de este mismo criterio, como no podía ser menos, y así en las sentencias TS de 5 de febrero ( RJ 1991, 1172) , 14 de junio ( RJ 1991, 4999) y 19 de diciembre de 1991 ( RJ 1992, 352) declaran que las disposiciones adicionales cuarta y quinta del Real Decreto Legislativo núm. 781/1986, de 18 de abril ( RCL 1986, 1238, 2271, 3551) (que recoge sustancialmente las disposiciones adicionales séptima y octava de la Ley 11/1960, de 12 de mayo [ RCL 1960, 726] ), prohíbe que las Corporaciones Locales hagan aportaciones para fines de previsión de sus funcionarios: esas disposiciones, contemplan la posibilidad de que los funcionarios municipales puedan constituir una Entidad de Previsión de Carácter Voluntario, de conformidad con las disposiciones legales, siempre que las aportaciones y cuotas sean exclusivamente a su cargo. Añaden que los artículos 23 de la Ley 30/1984 ( RCL 1984, 2000, 2317, 2427) , de medidas para la Reforma de la Función Pública y 93 de la Ley 7/1985 ( RCL 1985, 799, 1372) , reguladora de las Bases del Régimen Local, impiden la creación de conceptos retributivos nuevos. Por ello, la Ley 7/1985 (art. 93.3) manda que las Corporaciones Locales reflejen anualmente en sus presupuestos la cuantía de las retribuciones de sus funcionarios en los términos previstos en la legislación básica del Estado, sobre la función pública. Y como quiera que dichas Leyes (Ley 30/1984 y Ley 7/1985) fueron dictadas por el Estado en el ejercicio de su competencia exclusiva (art. 149.1.18 de la Constitución [ RCL 1978, 2836] ), resulta que todo lo referente a la retribución básica es de rigurosa observancia en todo el territorio del Estado. Y cualquier sistema de previsión no puede implicar la creación de una retribución básica diferente y contraria a la legislación estatal. Lo anterior aparte de suponer el abono de unas gratificaciones no reconocidas como retribuciones en la Ley 30/84, implica una vulneración de la prohibición de la Corporaciones Locales de conceder subvenciones, gratificaciones, aportaciones o ayudas de cualquier género al margen de las propias del régimen de la Seguridad Social, así arts. 153 y 154 del Texto Refundido 781/1986. Por ello también procede la estimación del recurso en cuanto a este punto.

Por las mismas razones ha de anularse igualmente el artículo 35 del acuerdo municipal que establece que el Concello completará las percepciones de los funcionarios municipales durante la situación de incapacidad temporal hasta el 100% de sus retribuciones mensuales, lo que igualmente puede encubrir un complemento salarial que haría exceder el incremento legal de las retribuciones para el ejercicio 2004. Nuevamente carece de competencia el

Ayuntamiento para negociar sobre dicho aspecto, por lo que el artículo 32 de la Ley 9/1987 ( RCL 1987, 1450) no presta cobertura normativa a dicho aspecto.

Por tanto, ha de acogerse el recurso en cuanto a todos los preceptos impugnados que hasta aquí se han expuesto...>>

#### ***Las referencias jurisprudenciales indicadas nos permiten señalar:***

1º.- Que la normativa de función pública establecida en torno al EBEP establece la jornada en términos que permite su determinación y concreción desde la normativa del Estado con la condición de norma básica

2º.- Que la normativa básica establece en normas de rango muy diverso – incluidas instrucciones de órganos superiores de la AGE.

3º.- Que la regulación del personal funcionario del ámbito local debe asumir como límite en su establecimiento y en la propia negociación colectiva el establecido por la norma general reguladora de la jornada, considerada, en cómputo anual.

4º.- Que, asimismo, la jornada enlaza con la competencia estatal que deriva de la planificación económica general que corresponde al Estado y, asimismo, con la normativa presupuestaria –considerada en términos amplios- que ampara aquella.

5º.- La normativa básica y la presupuestaria configuran un límite a la actividad y a la capacidad negocial en el ámbito del empleo público de forma que las extralimitaciones sobre aquellas se convierten en elementos que vinculan a los negociadores y que condicionan la viabilidad jurídica del “producto negocial”.

En todo caso lo que no cabe negar es que “los excesos” en relación con la capacidad sólo pueden rehacerse o alterarse si sobre los mismos se produce la correspondiente impugnación y, en consecuencia, se impugna la legalidad de los acuerdos o pactos en el marco de la jurisdicción contencioso-administrativa.

#### **4.- Las modificaciones en el año 2012.**

En el panorama descrito durante el año 2012 se han producido nuevas normas que afectan al tiempo de trabajo y a las propias condiciones de negociación colectiva referidas a la misma. En concreto, el Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio - RCL\2012\976 establece:

- Se añade un párrafo segundo al artículo 32 de la Ley 7/2007, de 12 de abril del Estatuto Básico del Empleado Público con la siguiente redacción:

«Artículo 32. Negociación colectiva, representación y participación del personal laboral.

(....)

Se garantiza el cumplimiento de los convenios colectivos y acuerdos que afecten al personal laboral, salvo cuando excepcionalmente y por causa grave de interés público derivada de una alteración sustancial de las circunstancias económicas, los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas suspendan o modifiquen el cumplimiento de Convenios Colectivos o acuerdos ya firmados en la medida estrictamente necesaria para salvaguardar el interés público.

En este supuesto, las Administraciones Públicas deberán informar a las Organizaciones Sindicales de las causas de la suspensión o modificación.»

- Adicionalmente dos medidas:

#### **\* Artículo 8. Modificación de los artículos 48 y 50 de la Ley 7/2007, de 12 de abril (RCL 2007, 768), de Estatuto Básico del Empleado Público y medidas sobre días adicionales**

- Uno. Se modifica el artículo 48 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público en los siguientes términos:
- «Artículo 48. Permisos de los funcionarios públicos.

- Los funcionarios públicos tendrán los siguientes permisos:
- a) Por fallecimiento, accidente o enfermedad grave de un familiar dentro del primer grado de consanguinidad o afinidad, tres días hábiles cuando el suceso se produzca en la misma localidad, y cinco días hábiles cuando sea en distinta localidad.
- Cuando se trate del fallecimiento, accidente o enfermedad grave de un familiar dentro del segundo grado de consanguinidad o afinidad, el permiso será de dos días hábiles cuando se produzca en la misma localidad y de cuatro días hábiles cuando sea en distinta localidad.
- b) Por traslado de domicilio sin cambio de residencia, un día.
- c) Para realizar funciones sindicales o de representación del personal, en los términos que se determine.
- d) Para concurrir a exámenes finales y demás pruebas definitivas de aptitud, durante los días de su celebración.
- e) Para la realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto por las funcionarias embarazadas.
- f) Por lactancia de un hijo menor de doce meses tendrá derecho a una hora de ausencia del trabajo que podrá dividir en dos fracciones. Este derecho podrá sustituirse por una reducción de la jornada normal en media hora al inicio y al final de la jornada o, en una hora al inicio o al final de la jornada, con la misma finalidad. Este derecho podrá ser ejercido indistintamente por uno u otro de los progenitores, en el caso de que ambos trabajen.
- Igualmente la funcionaria podrá solicitar la sustitución del tiempo de lactancia por un permiso retribuido que acumule en jornadas completas el tiempo correspondiente.
- Este permiso se incrementará proporcionalmente en los casos de parto múltiple.
- g) Por nacimiento de hijos prematuros o que por cualquier otra causa deban permanecer hospitalizados a continuación del parto, la funcionaria o el funcionario tendrá derecho a ausentarse del trabajo durante un máximo de dos horas diarias percibiendo las retribuciones íntegras.
- Asimismo, tendrán derecho a reducir su jornada de trabajo hasta un máximo de dos horas, con la disminución proporcional de sus retribuciones.
- h) Por razones de guarda legal, cuando el funcionario tenga el cuidado directo de algún menor de doce años, de persona mayor que requiera especial dedicación, o de una persona con discapacidad que no desempeñe actividad retribuida, tendrá derecho a la reducción de su jornada de trabajo, con la disminución de sus retribuciones que corresponda.
- Tendrá el mismo derecho el funcionario que precise encargarse del cuidado directo de un familiar, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo y que no desempeñe actividad retribuida.
- i) Por ser preciso atender el cuidado de un familiar de primer grado, el funcionario tendrá derecho a solicitar una reducción de hasta el cincuenta por ciento de la jornada laboral, con carácter retribuido, por razones de enfermedad muy grave y por el plazo máximo de un mes.
- Si hubiera más de un titular de este derecho por el mismo hecho causante, el tiempo de disfrute de esta reducción se podrá prorratear entre los mismos, respetando en todo caso, el plazo máximo de un mes.
- j) Por tiempo indispensable para el cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público o personal y por deberes relacionados con la conciliación de la vida familiar y laboral.

- k) Por asuntos particulares, tres días.
  - l) Por matrimonio, quince días.»
- Dos. Se modifica el artículo 50 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público que queda redactado de la siguiente manera:
- «Artículo 50. Vacaciones de los funcionarios públicos.
  - Los funcionarios públicos tendrán derecho a disfrutar, durante cada año natural, de unas vacaciones retribuidas de veintidós días hábiles, o de los días que correspondan proporcionalmente si el tiempo de servicio durante el año fue menor.
  - A los efectos de lo previsto en el presente artículo, no se considerarán como días hábiles los sábados, sin perjuicio de las adaptaciones que se establezcan para los horarios especiales.»

\* La suspensión de pactos y acuerdos

El artículo 8.3 del Real Decreto-Ley de 2012 establece que <<... Tres. Desde la entrada en vigor de este Real Decreto-ley, quedan suspendidos y sin efecto los Acuerdos, Pactos y Convenios para el personal funcionario y laboral, suscritos por las Administraciones Públicas y sus Organismos y Entidades, vinculados o dependientes de las mismas, en lo relativo al permiso por asuntos particulares, vacaciones y días adicionales a los de libre disposición o de similar naturaleza....>>.

## 5.- El panorama de la negociación colectiva y los tiempos de trabajo.

El análisis de las medidas analizadas en los apartados anteriores nos permite intentar ahora una reformulación y un replanteamiento sobre las base de los siguientes esquemas:

### A) Con carácter general: la reducción del ámbito de la negociación colectiva.

La lectura de las normas que en esta situación de excepcional crisis económica se han ido adoptando en 2011 y 2012 nos permite señalar la tendencia acusada del legislador en relación con el régimen jurídico del empleo público de volver a la formulación estatutaria más amplia y reducir el hueco general que las normas de función pública venían estableciendo a favor de la negociación colectiva.

La crisis está volviendo el régimen jurídico a su formulación más clásica: al estatutaria o la legal sobre la que no cabe sino el cumplimiento y la aceptación por parte de los agentes públicos.

En relación con esta tendencia podemos indicar que, en términos de organización, supone un retroceso importante en la formulación del régimen jurídico del empleo porque nos hace regresar a las formulaciones más claras del unilateralismo y de la determinación del mismo orden de las condiciones de trabajo. Es cierto que un régimen de este orden presenta, sin duda, una capacidad de organización y aplicación uniforme mayor que los sistemas bilaterales por esencia más plurales pero es cierto, también, que en una organización administrativa como la pública con una realidad tan amplia y con unos servicios tan plurales los regímenes unilaterales acaban condicionando la solución y la viabilidad final del planteamiento.

### B) Con carácter específico: la vinculación entre jornada y organización.

Es necesario señalar que, aunque algunas de las Sentencia a las que nos hemos referido anteriormente se centran en el análisis de esta cuestión para decir que la capacidad organizativa no puede primar sobre la capacidad legal de ordenación del empleo público es más que evidente que los tiempos de trabajo y la organización del propio trabajo tienen una conexión que no cabe despreciar.

En la medida en que las diferentes Administraciones, con servicios y concepciones diferentes de su propia situación, se ven vinculadas por una norma única de aplicación será más complejo adaptar a las necesidades reales de cada una de aquellas el propio régimen jurídico y por ende la operatividad del empleo público.

El elemento central que debe destacarse es que sobre los tiempos de trabajo se produce un doble mecanismo de control: de un lado, el que proviene de la determinación expresa sobre el jornada, los permisos o las vacaciones; de otro, el que proviene de las repercusiones indirectas y, por ende, económicas de esta opción que conlleva necesariamente una incidencia en aquel ámbito.

Esta es la gran incógnita de futuro: el tipo de controles que justifica la crisis económica. En concreto, se trata de dilucidar si tienen que ser controles directos (fijación del número de horas semanales por ley de forma que no quede margen de apreciación ni de negociación sobre el tema) o controles económicos y dentro de éstos sin la referencia debe ser en relación al propio capítulo a los gastos generales de una organización.

Es evidente que son malos momentos para reclamar autonomía gestora de las organizaciones y apelar a la responsabilidad de las mismas en el cumplimiento de los objetivos generales. Pero es cierto también que los efectos de control directo son (o serán) claramente perceptibles en la propia estructura de funcionamiento de las organizaciones. De alguna forma el camino recorrido hasta la publicación del EBEP era un camino hacia una determinada madurez organizativa y ese puede considerarse uno de los grandes valores y virtudes del EBEP.

Se trata de la posibilidad de establecer modelos propios de organización y funcionamiento que, sometidos a unas reglas generales, permitan, sin embargo, la diferenciación o la particularización de las necesidades de las organizaciones respectivas. Esta posibilidad se ve anegada cada vez que el marco de lo básico se prolonga y, sobre todo, si además, se hace, como en esta ocasión con determinaciones directas que no admiten ni siquiera la adaptación que proviene de la negociación de las condiciones de trabajo.

Esta técnica de actuación produce un claro encorsetamiento de la organización y, por ende, una tendencia a la exclusión de las propias responsabilidades. Cuanto más rígido es el marco más o mayores excusas encuentran los responsables para eludir su propia capacidad de dinamizar la organización. A cambio, es claro, que el efecto que se buscaba – disciplinar el gasto- se consigue de una forma más clara.

A partir de aquí la cuestión que inmediatamente debe plantearse es si estas determinaciones directas pueden aplicarse de forma idéntica sobre realidades jurídicas y económicas diferenciadas. El debate es si tienen que tener iguales límites los que tienen déficit que no los que no lo tienen y, finalmente, qué efecto se consigue limitando la capacidad organizativa en aquellas organizaciones que no tienen este problema o que pueden no tenerlo. Realmente cuando nos encontramos ante organizaciones que pueden disciplinar y controlar su gasto en personal la pregunta inmediata es ¿qué le aporta el uniformismo?. Probablemente distorsión en su propio funcionamiento. Utilizando un símil que puede no ser muy acertado sería como empeñarse en medicar a una persona que está sana. Los efectos pueden no ser – según el tipo de medicina- perjudiciales pero, en todo caso, son distorsionantes del clima laboral y de la capacidad de organización del propio proceso productivo.

Este es, finalmente, el debate. Si someter los distintos aspectos que componen la función pública a controles concretos o si someter a las organizaciones a controles genéricos que permitan mantener su capacidad de autoorganización. La respuesta de presente sabemos cual es pero es cierto, igualmente, que de futuro la solución no puede continuar en esta línea porque regresaremos a momentos ciertamente difíciles en la gestión pública. Convertidas en medidas de excepción pueden tener su justificación. Su consolidación no es admisible en términos de gestión pública porque vuelve a reproducir el problema de la limitación mediante normas generales de las propias capacidades de gestión de las respectivas Administraciones Públicas.

### **C) Finalmente, la necesidad de repensar el modelo de representación y participación de los empleados públicos.**

Es cierto que se trata de una cuestión que, por su amplitud, trasciende del objeto de nuestro análisis y del propio contexto en el que se desarrolla esta reflexión pero es evidente que si la negociación colectiva queda en esta ámbito vacía y que, por otro lado, se reduce correlativamente la capacidad general de negociación por la vía de la inflación de la propia regulación legal, el siguiente elemento que debe considerarse es, precisamente, el modelo de negociación y participación y sus agentes. A medida que el hueco de la negociación se reduce es evidente que la utilidad de los sistemas de representación y acuerdo de cara a la configuración de marcos sostenibles de funcionamiento de las respectivas organizaciones queda, cada vez, en entredicho.

En este momento no nos corresponde sino dejar apuntado el problema como una consecuencia inmediata de la regulación mediante ley de más cuestiones o de la mayor intensidad y alcance en la regulación de las mismas.

### **D) El problema final: el modelo de gestión de las Administraciones Públicas.**

Como colofón a todo lo que venimos indicando cabe señalar que lo que está continuamente en discusión es el propio modelo de gestión de la función pública. Los controles establecidos, como en este caso, en normas con rango de ley son, en síntesis, una muestra palpable de la desconfianza del legislador en su conjunto a la posibilidad de obtener el mismo objetivo por otras vías.

El problema es aquí muy simple: nuestras organizaciones públicas carecen de sistemas eficientes y fiables de gestión pública. La ausencia de objetivos, de cumplimiento de los mismos, de técnicas de control, de instrumentos de planificación y de responsabilidad en su cumplimiento conduce a un tipo de administración inerte ante la necesidad de cambio o de cumplimiento de expectativas diferentes al mero continuismo. Y cuando una situación de extrema necesidad –como la actual- proyecta sus efectos sobre una Administración en este estado lo razonable es considerar que solo desde la ley puede producirse el cambio.

A partir de aquí es preciso reconsiderar la necesidad de la fortaleza institucional de nuestras organizaciones, la necesidad de su profesionalización y el cambio del paradigma de gestión de las mismas para que contribuyan a la realización de su labor en condiciones de solvencia y seriedad que les permita afrontar con criterios y formas propias (no importados directamente de un mandato legal tan taxativo como el que aquí se ha producido) las necesidades de adaptación o de cambio que procedan de sus propios esquemas de organización o de las necesidades generales.