



# Seminari sobre relacions col·lectives



**15 novembre**  
**13 desembre/07**  
**11 gener/08**  
**Barcelona**



## Reconeixement-NoComercial-SenseObraDerivada 2.5 Espanya

### Sou lliure de:



copiar, distribuir i comunicar públicament l'obra

### Amb les condicions següents:



**Reconeixement.** Heu de reconèixer els crèdits de l'obra de la manera especificada per l'autor o el llicenciador (però no d'una manera que suggereixi que us donen suport o rebeu suport per l'ús que feu de l'obra).



**No comercial.** No podeu utilitzar aquesta obra per a finalitats comercials.



**Sense obres derivades.** No podeu alterar, transformar o generar una obra derivada d'aquesta obra.

- Quan reutilitzeu o distribuïu l'obra, heu de deixar ben clar els termes de la llicència de l'obra
- Alguna d'aquestes condicions pot no aplicar-se si obteniu el permís del titular dels drets d'autor.
- No hi ha res en aquesta llicència que menyscabi o restringeixi els drets morals de l'autor.

### Els drets derivats d'usos legítims o altres limitacions reconegudes per llei no queden afectats per l'anterior



FEDERACIÓ DE MUNICIPIS  
DE CATALUNYA



Acuerdo de  
Formación Continua  
en las Administraciones  
Públicas

© 2008, Federació de Municipis de Catalunya  
ISBN 13: 978-84-87286-49-6

#### Edita

Federació de Municipis de Catalunya  
Via Laietana 33, 6è 1a. 08003 Barcelona  
Tel. 93 310 44 04

#### Director

Xavier Boltaina

#### Coordinació

Eugènia Revilla

#### Disseny i maquetació

Lacuina gràfica

# Sumari

# 1 **Taules i subjectes negociadors després de l'Estatut bàsic**

Especial referència  
a les administracions locals  
**Carlos Luis Alfonso Mellado**

P.12

# 2 **L'objecte de la negociació col·lectiva a partir de l'Estatut bàsic de l'empleat públic**

Matèries incloses i excloses en la negociació  
col·lectiva de les corporacions locals

**Joan Mauri**

P.45

# 3 **El desacord final en la negociació col·lectiva**

La seva gestió des de la perspectiva  
funcionarial i laboral

**Paco Carretero Palomares**

P.68

# 4 **El paper de les juntes de personal i els comitès d'empresa en les entitats locals després de l'Ebep. Interrelació amb les organitzacions sindicals**

**Ferran Camas Roda**

P.81

# 5 **La participació dels representants del personal en els processos de selecció**

Possibilitats i límits d'actuació  
en vista de l'Ebep

**Xavier Boltaina Bosch**

P.101

# 6 **Règim disciplinari del personal laboral i negociació col·lectiva a l'Estatut bàsic de l'empleat públic**

**Rafael Senra Biedma**

P.122

# Introducció

**D**urant els mesos de novembre i desembre de 2007 i el gener de 2008 s'ha celebrat el 9è Seminari sobre relacions col·lectives de la Federació de Municipis de Catalunya. En aquesta novena edició, el Seminari s'ha volgut fer ressò de l'aprovació d'una norma molt significativa en l'àmbit de l'ocupació pública: l'Estatut bàsic de l'empleat públic (EBEP). Concretament, el Seminari ha posat sobre la taula algunes de les novetats més significatives que s'han incorporat al voltant de la negociació col·lectiva a partir de l'EBEP, amb la participació de reconeguts especialistes en l'àmbit de les relacions laborals i de l'ocupació pública, així com també dels agents socials i de la representació de l'Administració local.

S'ha evidenciat en molts fòrums, seminaris i jornades que l'entrada en vigor de l'EBEP ha suposat un grau d'incertesa important en la seva aplicació. Potser una norma d'aquest abast hagués merescut una major precisió i un intent d'evitar dificultats interpretatives en no pocs aspectes. Qualsevol que hagi hagut de gestionar els recursos humans durant aquest període pot donar prova que els problemes han estat, sovint, superiors a les solucions que el nou text ha aportat. Però davant del fet que moltes qüestions queden obertes, per voluntat expressa del legislador, o per manca de precisió, durant els propers mesos i anys seran nombroses les situacions conflictives que caldrà resoldre i sens dubte la tasca dels tribunals serà cabdal, però també les aportacions teòriques dels estudiosos i investigadors sobre la funció pública. En aquest sentit, l'aposta de l'FMC és encomiable, perquè en el 9è Seminari no ha defugit de tractar aquells assumptes que, més enllà de reflexions generalistes, han entrat ja directament en els nuclis durs de les relacions col·lectives que cal gestionar a partir d'ara.

Com hem indicat, el capítol IV del títol III de l'EBEP no s'escapa d'aquesta problemàtica, per l'ambigüitat o foscor d'alguns dels seus preceptes. Malgrat ser un text que té origen en la Llei d'òrgans de representació, participació i determinació de les condicions de treball del personal al servei de les administracions públiques de 1987, l'Estatut bàsic, amb el seu nou redactat, ha suposat la incorporació de tot un conjunt de preceptes que sovint comporten una dificultat interpretativa significativa. Això que és important per si mateix en tota llei, ho és encara més en l'àmbit de les relacions col·lectives, on no hi ha pausa de cap mena: el dia després de l'entrada en vigor de l'EBEP, la consulta, la interlocució i la negociació no s'han aturat per esperar a veure si algú en el futur desxifrava el que tal precepte o tal altre volia dir, sinó que aquests processos han continuat. Així, entre altres molts exemples, saber què significa l'expressió *matèries comunes* quan l'EBEP parla de la negociació conjunta del personal laboral i funcionari, quin abast tenen les *fórmules de col·laboració* de les organitzacions sindicals en els tribunals i òrgans de selecció o quina relació hi haurà entre els acords assolits en la taula de matèries comunes davant del tradicional conveni col·lectiu estatutari del personal laboral, assoleixen una importància cabdal per als

negociadors i els professionals dels recursos humans, sigui quina sigui la banda que ocupin en la taula o comissió negociadora.

En el Seminari s'han pronunciat tot un seguit de conferències sobre les relacions col·lectives que han pretès començar a orientar en aquesta nova etapa que s'inicia amb l'EBEP, però sense oblidar la presència també molt significativa (un cinquanta per cent de les plantilles de les corporacions locals catalanes) del personal laboral, que es regeix per l'Estatut bàsic i l'Estatut dels treballadors i la legislació laboral. És voluntat d'aquesta edició que es presenta al lector recopilar les ponències escrites que en cada moment es varen donar als assistents, convenientment actualitzades el gener del 2008, amb el desig que puguin servir als interessats en els aspectes col·lectius de les relacions laborals en l'ocupació pública local.

Les dues primeres contribucions analitzen aspectes essencials de l'àmbit subjectiu i objectiu de la negociació col·lectiva. La ponència del professor Carlos Alfonso Mellado, de la Universitat de València, ha tractat sobre un dels aspectes més conflictius sorgits arrel de l'EBEP: els subjectes negociadors en la negociació col·lectiva i la problemàtica de la constitució i composició de les taules negociadores. En aquesta ponència es planteja amb profunditat qui pot negociar i com es pot articular aquesta negociació, i hi destaca l'anàlisi que s'efectua al voltant de la negociació conjunta de personal laboral i funcionari, i sense perdre de vista que l'ET continua essent vigent i que allà també es regula una negociació, estrictament laboral, que confluirà en el futur sovint amb el marc negociador que fixa l'EBEP.

La ponència del professor Joan Mauri Majós, de la Universitat de Barcelona, analitza el conjunt de matèries susceptibles de ser negociades segons l'EBEP i els límits d'aquesta negociació així com aquelles que resten excloses, sempre des de la perspectiva de les corporacions locals. Cal destacar que aquesta es una qüestió especialment significativa, ja que si és rellevant determinar qui pot negociar amb eficàcia jurídica, és cabdal conèixer els límits d'aquesta negociació que són, per al funcionariat, més constrets que els previstos en la normativa laboral. Des d'aquesta òptica, la ponència s'ha centrat en l'objecte de la negociació col·lectiva funcional, per haver estat aquesta objecte de reforma a través de l'aprovació de l'EBEP, però com es va posar en evidència en la seva exposició, caldrà també reflexionar en el futur on se situa l'àmbit objectiu de negociació del personal laboral i la seva confluència amb la negociació de matèries comunes entre els diferents col·lectius d'empleats públics.

La tercera ponència es fa ressò d'un dels aspectes habitualment menys estudiats en l'àmbit públic, però que a partir de l'EBEP adquiriran una importància més gran, atès que aquest institucionalitza de manera decidida els mitjans de solució extrajudicial de conflictes. L'advocat i professor Paco Carretero Palomares planteja en el seu anàlisi com

es pot gestionar el desacord final en la negociació col·lectiva, tant quan aquest desenllaç es produeix en el col·lectiu de funcionaris com en el de personal laboral. La ponència ens apropa a diverses solucions que passen, no sols per la solució extrajudicial sinó també per altres vies de resolució del conflicte, com és el cas de la negociació col·lectiva extraestatutària del personal laboral, sense defugir fórmules que també són vies de resoldre el conflicte, com la vaga, d'una singularitat molt especial en l'àmbit públic, per afectar en no poques ocasions serveis essencials per a la comunitat.

La forta sindicalització de la negociació col·lectiva que ha suposat l'EBEP dona més valor, si ja no en tenia per si mateixa, a la ponència elaborada pel professor Ferran Camas Roda, de la Universitat de Girona. Un anàlisi detallat de l'EBEP i de l'Estatut dels treballadors feia obligatori situar el paper de les juntes de personal, comitès d'empresa i delegats de personal dins de les corporacions locals. Aquests òrgans de representació unitària continuen plenament vigents. En l'àmbit laboral, la reforma duta a terme en els últims mesos de l'any 2007 a través de la Llei 38/2007 de 26 de novembre feia necessari estudiar el paper de la representació unitària dels treballadors, i un cop aprovat l'EBEP també era adient apropar-se al paper dels òrgans de representació del funcionariat, tot això enllaçat amb el paper que l'Estatut bàsic atorga a les organitzacions sindicals en el si de les administracions públiques, ja que aquesta coexistència no és ni serà pacífica en el futur i pot ser origen de dificultats en la gestió de les relacions col·lectives que cal tenir molt present. Personalment crec que sobre aquesta qüestió caldrà tornar en el futur, perquè la dinàmica suscitada en les entitats locals està duent a una dificultat en la gestió, en defensar els òrgans unitàris el seu paper, en tant que les organitzacions sindicals impulsen processos negociadors que passen per una sindicalització de la negociació, en línia per altra banda, a molts països del nostre entorn.

Finalment, es posen a l'abast del lector les dues ponències que varen concloure el 9è Seminari. La ponència de l'advocat i professor Rafael Senra Biedma analitza les interrelacions entre negociació col·lectiva i règim disciplinari del personal laboral després de l'aprovació de l'EBEP. Tanmateix la reflexió que s'efectua va més enllà, ja que parteix d'un estudi sobre el nou contingut del règim disciplinari que institueix l'Estatut bàsic i com aquest afecta les entitats locals per finalment centrar-se en com pot entrar a conformar-lo la negociació col·lectiva. S'ha de dir que aquesta ponència assoleix una importància destacada en un moment en què, a través de l'EBEP, s'ha publicitat en gran mesura el règim i procediment disciplinari del personal laboral, fins ara exclòs expressament de qualsevol norma de funció pública. Aquesta nova orientació sorgeix quan el legislador pretén equiparar en la mesura del possible el règim disciplinari dels treballadors públics al del funcionari, opció que, concretada en l'EBEP, serà un dels eixos d'estudi més interessants que es duran a terme en el futur.



Finalment, i a càrrec de qui signa aquest pròleg, es publica la ponència que porta per títol “La participació dels representants del personal en els processos de selecció: possibilitats i límits d’actuació a la llum de l’EBEP”. Concretament, en la ponència es pretén posar sobre la taula la dificultat d’implementar algunes de les previsions de l’Estatut bàsic en relació amb la constitució dels tribunals i òrgans de selecció i, amb caire més específic, fixar quins són els límits de participació de juntes de personal, comitès d’empresa i organitzacions sindicals en aquests òrgans selectius. Malgrat tractar-se d’una qüestió que podríem qualificar de menor, la realitat pràctica acredita que és sovint font de conflicte, i que més enllà d’aquesta mateixa controvèrsia, la qüestió té més significat cara al futur quan els tribunals de justícia hagin de validar els resultats de processos selectius en què els òrgans de selecció hagin estat mal o irregularment constituïts.

El Seminari també va dur a terme en la seva primera sessió del dia 15 de novembre una taula rodona amb la participació de Manuel Fages –secretari general de l’FSAP de CCOO de Catalunya-, Carlos Villalante –secretari de Política Sindical, Institucional i Programes de l’FSP d’UGT de Catalunya i Joan Manau, tinent d’alcalde de l’Ajuntament de Sabadell. El debat que s’hi va celebrar va ser força interessant, atès que es varen posar sobre la taula els principals criteris i orientacions sobre aquests assumptes que van ser presents al llarg de les diverses sessions del Seminari.

Manuel Fages va centrar la seva intervenció a destacar la importància de la negociació col·lectiva en l’EBEP i el paper que haurien de jugar en el futur les organitzacions sindicals més representatives. La seva exposició va posar de relleu que en el futur la negociació passa per un enfortiment d’aquest nivell de negociació, superant els particularismes i el corporativisme, per anar cap a una negociació que incideixi en la defensa i promoció dels interessos dels empleats públics, sense distinció de règim jurídic. En aquest sentit, advoca per una potenciació de la taula de matèries comunes, per ser aquest el lloc de trobada i interlocució més adient i intentar superar així la diabòlica dicotomia laborals-funcionaris i anar avançant en l’òptica que fixa l’EBEP de l’empleat públic, independentment del seu vincle jurídic.

En aquesta mateixa línia es va expressar Carles Villalante. El representant de l’FSP d’UGT va insistir en la necessitat de dur a terme una negociació el més unitària possible en relació amb les condicions de treball dels empleats públics; també va apostar per l’enfortiment del paper de les organitzacions sindicals més representatives i va plantejar el valor que el seu sindicat atorga a la negociació col·lectiva no únicament com a eina de regulació de les condicions de treball del personal sinó també com a element que ajudi a una millor gestió dels serveis públics.

Aquesta darrera idea va ser la que, de manera insistent, va mantenir Joan Manau, de l’Ajuntament de Sabadell. En la seva exposició es va posar de manifest que, per a

un representant polític o un gestor de la cosa pública, el més important és donar uns serveis públics de qualitat i una millora d'aquests serveis. Això passa, segons Joan Manau, per tenir uns empleats públics formats, amb drets reconeguts, però també amb fórmules que assegurin la seva competència professional i el seu compromís amb els valors del servei públic. En la seva exposició es va fer ressò de les dificultats aplicatives de l'EBEP i de la necessitat de no oblidar que la finalitat última d'aquest no solament és fixar un marc de drets i obligacions dels empleats públics sinó també d'assegurar, enfortir i potenciar la funció constitucional de garantia dels drets dels ciutadans que s'imposa a les administracions, i molt especialment, a la local.

Com a director de la 9a edició del Seminari sobre relacions col·lectives m'agradaria posar de relleu que la participació en aquesta edició va ser tot un èxit, tant pel nombre d'inscrits, per les participacions i qüestions plantejades així com pel nivell dels meus companys ponents. La posada en marxa, per primer cop, de la publicació de les intervencions dutes a terme, actualitzades a l'any 2008, és un encert de la Federació de Municipis de Catalunya que desitgem tingui continuïtat en el futur, perquè pot servir a l'operador jurídic, tant si és representant de les entitats locals com dels empleats públics, d'eina per apropar-se i conèixer amb més profunditat alguns dels aspectes més complexos o conflictius de les relacions col·lectives. Vull agrair, en aquest cas, el suport i ajut que he rebut com a director per part del secretari de l'FMC, Adolfo Moreno, i de la responsable de formació, Eugènia Revilla. Aquest projecte no hagués pogut dur-se a terme sense la seva implicació personal. Com va assenyalar Adolfo Moreno en la seva intervenció inicial de l'11 de novembre, l'EBEP ha de servir, fonamentalment, per fer una Administració pública millor, més democràtica, més participativa i que doni uns serveis millors a la ciutadania, perquè el compromís de tots els que l'integren és precisament la defensa dels drets de la col·lectiva. I com en tot moment m'ha recordat de manera molt professional l'Eugènia Revilla, sens dubte la tasca de formació i especialització de l'FMC en aquest sentit s'ha d'enfortir per posar a l'abast de tots els interessats i implicats eines útils que els serveixin en l'àmbit de les relacions col·lectives.

El desig de l'FMC, i de tots els que hem col·laborat en dur a bon port la 9a edició, és que en la 10a, que se celebrarà ja en aquest mateix any 2008, puguem posar fil a l'agulla en l'objectiu d'enfortir la voluntat d'arribar a tots els que intervenen en les relacions col·lectives en el món local i seguir el camí que durant les nou edicions ja dutes a terme l'FMC ha anat configurant a través de la reflexió, el debat, el contrast d'idees i parers, i el coneixement.

**Xavier Boltaina Bosch**

Director del Seminari

Barcelona, 15 de febrer de 2008

# Ponências

# 1

## **Taules i subjectes negociadors després de l'Estatut bàsic** (Especial referència a les administracions locals)

**Carlos Luís Alfonso Mellado**  
Professor titular de Dret del Treball  
i Seguretat Social de la Universitat de València

## Introducció

La negociació col·lectiva en l'ocupació pública ha estat sempre un tema conflictiu des que es va introduir en el règim jurídic de la funció pública.

Els problemes d'indefinició, entre el que serien uns procediments inspirats en un règim de consulta i el que és una autèntica regulació negociada col·lectivament sobre les condicions de treball, han estat constants.

Cada nova reforma de la legislació en matèria de drets col·lectius dels empleats públics ha fet concebre esperances sobre una millora i un aclariment del règim d'aquesta negociació col·lectiva i, tal com havia d'ésser, també el procés obert en matèria de reforma de l'Estatut dels empleats públics ha suscitat interès en aquesta matèria.

En aquest treball pretenc passar revista a un aspecte particular: les taules de negociació, com es creen i es componen i els respectius àmbits de negociació; tot això fent referència especial a la situació en l'àmbit de les administracions locals, en les quals, precisament, la diversitat de taules pot tenir més impacte.

Pel que fa a aquest tema, convé no oblidar que la negociació col·lectiva dels empleats públics subjectes a relació laboral està sotmesa a les previsions generals de l'Estatut dels treballadors; però convé també fer algunes precisions pel que fa a la legitimació negocial i a la taula de negociació laboral, especialment perquè influeixen en la possibilitat de negociació conjunta a la qual faré esment i que, sens dubte, incideix molt directament en les possibilitats de negociació en l'àmbit laboral; per això, també aquests empleats estan afectats per les disposicions de l'Estatut bàsic.

### 1. El reconeixement legal del dret de negociació col·lectiva dels funcionaris

Un punt essencial de partida en la matèria ha de ser la determinació de l'origen, constitucional o legal, del dret de negociació dels funcionaris públics, ja que les conclusions sobre aquest tema poden influir en l'anàlisi sobre les regles de legitimació negocial.

Com se sap, la interpretació jurisprudencial ha considerat tradicionalment que el dret de negociació col·lectiva dels funcionaris no emana de la Constitució, ni de l'article 28 ni del 37<sup>1</sup>

Els problemes d'aquesta interpretació van disminuir con-

1. Pel que fa a aquest tema, vegeu l'STC 57/1982, de 27 de juliol, FJ 9.

No obstant això, aquesta sentència ha de ser examinada en el seu context, anterior a la LOLS i, sobretot, abans que Espanya ratifiqués el Conveni 151 OIT sobre la protecció del dret de sindicació i els procediments per determinar les condicions d'ocupació a l'Administració pública, en què es va al·legar -i que el TC mateix ha admès- que no pot ser objecte d'examen, ja que Espanya no el va ratificar, cosa que es va produir el 1984, per Instrument publicat al BOE de 12-12-84.

Lògicament, tampoc es va valorar el conveni OIT 154, sobre el foment de la negociació col·lectiva, ratificat per Instrument publicat el 9 de novembre de 1985.

A la jurisprudència i les solucions judicials ordinàries, per totes, SSTs (4a) de 19 d'abril de 1991, Rec. 1399/90 i de 17 de juny de 1991, Rec. 1399/90 i Rec. 1378/90 i STSJ Catalunya de 28 de gener de 2005, Rec. 974/00 (tret que s'indiqui expressament el contrari, totes les sentències corresponen a les respectives sales contencioses administratives, 3a del Tribunal Suprem o sala corresponent del Tribunal Superior de Justícia. Si no és així, caldrà indicar específicament la sala que va dictar la sentència, normalment de l'ordre social).

A l'empara d'aquestes normes és, si més no, sorprenent l'afirmació d'alguna sentència sobre la inaplicació de les normes i les recomanacions de l'OIT (com ara la citada STSJ Catalunya de 28 de gener de 2005, Rec. 974/00), cosa que sembla oblidar que n'hi ha algunes d'específicament aplicables als drets col·lectius i a la negociació dels empleats públics en general.

siderablement en la mesura que el dret de negociació col·lectiva dels funcionaris va ser reconegut per la Llei 9/1987, de 12 de juny, sobre òrgans de representació, determinació de les condicions de treball i participació del personal al servei de les administracions públiques, modificada en aquest sentit per la Llei 7/1990, de 19 de juliol, sobre negociació col·lectiva i participació en la determinació de les condicions de treball dels empleats públics; aquesta modificació tenia la intencionalitat clara de donar més virtualitat i eficàcia a aquest reconeixement legal, direcció que es consolida actualment a l'Estatut bàsic que, de nou, intenta que s'arribi a consolidar aquest dret en l'àmbit funcional, plantant cara a interpretacions massa restrictives que se n'han fet.

A partir del reconeixement legal és inqüestionable el dret esmentat<sup>2</sup> encara que, en coherència amb el que s'ha exposat anteriorment, s'entén que és d'origen exclusivament legal, per la qual cosa solament està reconegut en els termes que la llei ordinària ho configura.<sup>3</sup> Si bé, una vegada reconegut, ha de ser considerat com a contingut addicional del dret de llibertat sindical dels funcionaris públics<sup>4</sup> conclusió que fins ara no ha suposat una reinterpretació àmplia de les conseqüències del reconeixement del dret, sinó que, a tot estirar, n'ha permès la tutela per mitjà del recurs d'empara.<sup>5</sup> La vinculació del dret de negociació col·lectiva amb el dret de llibertat sindical dels funcionaris es reforça si es té en compte que, d'acord amb l'article 33.1 de l'Estatut bàsic, aquest dret l'exerciten les organitzacions sindicals d'acord amb la capacitat representativa que els concedeix la Llei orgànica 11/1985, de 2 d'agost, de llibertat sindical (LOLS), cosa que ha d'excloure qualsevol construcció que pretengui residenciar la titularitat d'aquest dret a les taules de negociació, que són, quant a aquest tema, mer instrument per poder dur-lo a la pràctica, com es desprèn del article 33.1 mateix.

D'altra banda, com que és un dret de reconeixement estrictament legal, no s'hi admetia la negociació col·lectiva dels funcionaris abans que fos legalment reconeguda<sup>6</sup> i, pel mateix motiu, tampoc té cabuda, en l'actualitat, fora de la regulació legal; no hi pot haver, per hipòtesi, cap negociació col·lectiva similar a la que condueix als convenis extraestatutaris en l'àmbit laboral, independentment que, com és clar, hi pot haver contactes i fins i tot negociacions molt diverses entre l'Administració i els representants dels seus empleats, però que, si no s'ajusten als termes legals, no es podran en cap cas identificar jurídicament com a negociació col·lectiva,<sup>7</sup> i constitueixen més fenòmens socials que no

2. Vegeu sobre això, per exemple, el comentari sobre com la LORAP va superar la situació anterior que va ser la que va interpretar la citada STC 57/1982, la STS de 30 de maig de 1992, Rec. 2445/89,

3. Per totes, l'STC 85/2001, de 26 de març de 2001 i l'STS de 19 de maig de 1995, Rec. 6826/90,

4. STC 80/2000, de 27 de març. En el mateix sentit de constituir contingut addicional d'aquest dret, vegeu, entre d'altres, l'esmentada STS de 19 de maig de 1995, Rec. 6826/90,

5. El que es negava en nombroses sentències, per exemple i per totes, STSJ Astúries de 12 de maig de 2003, Rec. 85/2002, però que ara admeten l'STC 80/2000, de 27 de març i la 222/2005, de 12 de setembre de 2005, precisament anul·latòria de la sentència d'Astúries citada, STS de 27 de setembre de 2002, Rec. 4838/98; SSTC La Rioja de 23 de gener de 2003, Rec. 368/02, etc.

6. Per totes, SSTS de 29 de juny de 1992, Rec. 7758/90 i 30 d'octubre de 1992, Rec. 7756/90, 18 de març de 1993, Rec. 9062/90 i 22 de març de 1993, Rec. 9090/90, 6 de juny de 1994, Rec. 11277/90, 16 de juny de 1994, Rec. 1310/91, 30 de juny de 1994, Rec. 11276/90 i 2 de novembre de 1994, Rec. 8785/90, entre d'altres.

7. STC 85/2001, de 26 de març i STS de 11 d'abril de 2003, Rec. 1160/01.

jurídics, cosa que no ha d'estranyar, ja que les relacions laborals (en sentit ampli) i sindicals, tenen un ampli contingut no jurídic.

De fet, així ho estableix l'Estatut bàsic quan, a l'article 31.6, assenyala que l'exercici del dret de negociació col·lectiva s'haurà de dur a terme a través dels òrgans i sistemes específics regulats al mateix Estatut, sense perjudici d'altres formes de col·laboració entre les administracions públiques i els seus empleats.

La limitació de la negociació col·lectiva -en sentit estricte- al que estableix l'Estatut bàsic es ratifica, també, a l'article 31.7 que disposa literalment que l'exercici d'aquest dret -i no només d'aquest- s'haurà de fer respectant sempre el contingut de l'Estatut i les lleis que el desenvolupen.

A més a més, aquest dret està subjecte als principis previstos al Estatut bàsic mateix, (concretament, d'acord amb l'article 33.1): els de legalitat, cobertura pressupostària, obligatorietat, bona fe negocial, publicitat i transparència, sobre alguns dels quals tornaré per analitzar aspectes més concrets.

Es produeix, doncs, una sensible diferència amb el règim laboral. En aquest règim el dret de negociació col·lectiva emana directament de la Constitució (articles 28 i 37 CE), encara que es pot dubtar si aquesta conclusió s'ha d'establir sempre o se'n pot excloure la negociació en el conjunt de l'ocupació pública; en aquesta negociació haurien de regir, globalment, les solucions sobre l'origen legal del dret de negociació col·lectiva i s'haurien d'aplicar de la mateixa manera al personal funcionari i al laboral, cosa que tindria un cert sentit atès que els problemes que van conduir a aquesta solució, d'altra banda criticable i discutible, són similars, i que, ara per ara, cal un àmbit ampli de negociació conjunt.

## **2. Els criteris generals quant a les taules i subjectes negociadors**

L'Estatut bàsic manté les grans opcions de la LORAP quant a les taules de negociació.

En aquest sentit s'opta per:

- 1) La negociació en taules d'un determinat caràcter estable.
- 2) Es configuren els àmbits de negociació. En efecte, davant de la llibertat d'àmbits característica de la negociació laboral, l'Estatut bàsic opta per determinar de forma més rígida els àmbits de negociació i estableix unes taules

que hi hauran de ser necessàriament; també en l'actualitat es creen necessàriament taules de negociació conjuntes amb personal laboral i funcionarial.

En tot cas, com es veurà, s'hi introdueixen determinats elements flexibilitzadors.

El primer element, ja conegut, és l'admissió de les taules sectorials -la creació de les quals remet fins i tot a la pròpia negociació col·lectiva-, la determinació de les que hi hagi i les seves competències.

El segon element, més nou, és la possibilitat de negociació en l'àmbit supramunicipal i, en general, la possibilitat d'adhesió a negociacions en àmbits superiors.

3) La sindicalització de la negociació, exclouent-ne la legítimació negociadora de les representacions unitàries (juntetes i delegats de personal), solució que s'estén a la negociació conjunta de personal laboral i funcionarial de la qual s'exclouen els comitès d'empresa i delegats de personal de l'àmbit laboral, aspecte absolutament constitucional, ja que aquestes representacions són d'origen legal<sup>8</sup> i, per tant, correspon a la norma legal fixar-ne les competències, per la qual cosa una llei posterior, l'Estatut bàsic, pot excloure-les d'uns processos específics de negociació que regula.

Lògicament, també s'exclou de la legítimació negociadora els representants de les candidatures de treballadors no sindicalitzades, és a dir, de no afiliats.

4) La negociació segueix sent obligatòria per a l'Administració, d'acord amb les seves competències i en les respectives taules que escaiguin, en relació amb el personal funcionari i les matèries que s'enumeren a l'article 37.1 de l'Estatut bàsic.

Tenint en compte aquests principis essencials, quant a les taules existents i la seva composició, cal tenir en compte els aspectes següents:

### **3. La negociació en l'àmbit general de totes les administracions públiques**

El primer element que cal destacar és que es consolida un àmbit de negociació general per a tots els empleats públics mitjançant una taula general de negociació (article 36 de l'Estatut bàsic), en la qual serà representada l'Administració central, les administracions autonòmiques i la Federació Espanyola de Municipis i Províncies. Aquesta taula haurà de negociar aquells temes que siguin susceptibles de regulació estatal amb caràcter de norma bàsica; això, però, s'hau-

**8.** Així ho ha resolt el Tribunal Constitucional reiteradament i en relació amb nombrosos aspectes. Per exemple, l'STC 37/1983, d'11 de maig; la 118/1983, de 13 de desembre; la 98/1985, de 29 de juliol i la 95/1996, de 29 de maig.



rà de fer sense perjudici dels acords a què puguin arribar les comunitats autònomes en el seu corresponent àmbit territorial, acords que podrien fer que en aquestes comunitats hi hagués també una taula semblant que abastés tot el personal que puguin afectar les respectives lleis autonòmiques. En qualsevol cas, aquesta possibilitat dependrà dels acords que sobre aquest tema s'estableixin o del que desenvolupin les lleis autonòmiques mateixes partint de la legislació bàsica.

Quant a la taula estatal que s'analitza, cal assenyalar que es tracta d'una *gran taula*, la negociació de la qual afecta no solament el personal funcionari, sinó també el laboral, com s'aprecia tenint en compte la legitimació negocial i les matèries que expressament se li atribueixen; en concret, la determinació de l'increment global de les retribucions del personal al servei de les administracions públiques que escaigui incloure a la legislació pressupostària. Aquest increment global, per descomptat, afecta tots els empleats públics, inclòs el personal laboral.

L'origen d'aquesta taula és la modificació de la LORAP que va fer la Llei 21/2006, de 20 de juny, introduint-hi una disposició addicional sisena, la redacció de la qual ha passat a l'Estatut bàsic i que reconeix les taules generals de negociació conjuntes.

Quant a la legitimació negocial, la representació de les administracions haurà de ser, d'acord amb la norma, unitària. És a dir, hi haurà una única representació de les administracions, cosa que, per descomptat, no exclou que cada component voti segons el que li sembli. Aquesta representació la presideix l'AGE i s'hi integren, a més dels seus representants, els de les comunitats autònomes, els de les ciutats de Ceuta i Melilla i els de la Federació Espanyola de Municipis i Províncies (FEMP), amb la precisió que haurà de ser "d'acord amb les matèries per negociar", la qual cosa sembla al·ludir a una composició variable. No obstant això, si es pensa en les matèries la negociació de les quals se li atribueix, el més normal és que totes les administracions indicades formin part de la citada taula gairebé sempre.

Per descomptat, l'Estatut bàsic no determina la distribució dels llocs entre aquestes administracions, aspecte que depèn, si escau, del desenvolupament reglamentari, si és que es produeix, o de l'acord entre si; i no és un aspecte intranscendent si es pensa en la importància que pot tenir a l'hora de votar determinats temes. Aquest repartiment condicionarà, doncs, el pes de la presència de les entitats locals representades per una única entitat, la FEMP.

D'altra banda, si totes aquestes administracions han d'estar presents en aquesta taula, l'única possibilitat que es pugui atènyer al límit de quinze membres per cadascuna de les dues parts, a què es refereix l'article 35.4 de l'Estatut bàsic, és que una mateixa persona exerceixi la representació de més d'una de les administracions amb dret de presència (per exemple, un representant per a totes o diverses de les comunitats autònomes). En tot cas, la solució pot venir d'un altre aspecte com ara la determinació de la forma de votar, atès que si tots els membres presents a la taula voten igual, el repartiment dels llocs és essencial i no sembla fàcil que s'hi pugui restringir gaire la presència de les comunitats autònomes o reduir la presència de les entitats locals, per exemple, a un únic representant de la FEMP. En canvi, si a l'efecte de constituir la voluntat de l'Administració en aquesta taula, s'estableixen regles de votació diferents del vot per representant present a la taula, com a criteris d'unanimitat, poc operatius o de vot ponderat i proporcional, en aquest cas sí que és possible que la solució sigui més fàcil, ja que uns representants tindran més pes que uns altres en la determinació de la majoria.

Sens dubte, aquest és un aspecte que cal tenir en compte i que presenta perfils complexos, però, d'altra banda, pot tenir menor importància si s'adverteix que les matèries objecte de negociació en aquesta taula són, en general, pròpies de regulació estatal, fins i tot com a negociació prelegislativa a què s'al·ludirà després. En aquest sentit, aquesta taula haurà de negociar acords que hauran de ser ratificats per l'òrgan de govern de l'administració competent, en aquest cas el Govern de l'Estat. Per això, és el Govern de l'Estat qui, en definitiva, té l'última paraula i qui haurà de determinar si hi ha o no cap acord; això explica, a més, el paper determinant que la mateixa norma atorga a l'AGE, que presideix la representació de les administracions públiques.

La legitimació per ser presents a la taula en representació dels treballadors l'exerceixen les organitzacions sindicals a què es refereixen els articles 6 i 7 LOLS i la seva presència a la taula s'haurà d'atribuir d'acord amb els resultats obtinguts a les eleccions als òrgans de representació del personal, tant funcional com laboral, en el conjunt de les administracions públiques.

La redacció és confusa, perquè els articles 6 i 7 creen la figura dels sindicats més representatius a l'àmbit de l'Estat i de la comunitat autònoma d'acord amb els resultats

generals de les eleccions a representants unitaris i no només amb els de l'ocupació pública. A més, a aquestes organitzacions més representatives en l'àmbit general se'ls reconeix capacitat per actuar com a interlocutors en la determinació de les condicions de treball dels empleats públics i per a la negociació col·lectiva laboral en els termes de l'Estatut dels treballadors, que efectivament els la reconeix (art. 87.2 ET).

Es planteja així el problema de si s'ha d'entendre que són aquestes les organitzacions legitimades, a més de les que obtinguin més del 10 % de representativitat al conjunt de l'ocupació pública -a què faré esment més endavant-, o si s'ha de fer una determinació diferent prenent només en consideració els resultats de l'ocupació pública, amb la qual cosa hi haurà unes organitzacions més representatives a l'àmbit de l'Estat o de comunitat autònoma pel que fa a l'ocupació pública.

No crec que calgui fer això últim, considerant la capacitat de les organitzacions més representatives a què ja he fet esment.

En aquest sentit, els resultats en l'ocupació pública s'utilitzen només per determinar la proporcionalitat representativa amb la qual aquestes organitzacions participen en aquesta taula.

Si s'analiza l'últim aspecte, s'aprecia que podran ser presents en aquesta taula totes les organitzacions sindicals que hagin obtingut la condició de més representatives a l'àmbit de tot l'Estat o de la comunitat autònoma, que és a més el que s'ajusta a la regla general que estableix l'article 33 de l'Estatut bàsic.

A més a més, cal tenir en compte, també, el que diu l'article 7 LOLS referent a la possible presència a la taula de negociació de les organitzacions que, tot i no ser les més representatives, hagin obtingut en un àmbit específic funcional i territorial el 10 % de representativitat. Aquesta referència s'ha d'entendre en aquest cas en relació amb aquelles organitzacions que hagin obtingut aquest percentatge en el conjunt de l'ocupació pública, ja que aquest és l'àmbit funcional i específic d'aquesta taula.

Aquesta regulació de la legitimació negocial planteja un problema addicional.

En principi, és clar que qualsevol organització que acrediti aquest percentatge (10 %) en el conjunt de representants (laborals i funcionaris) té dret a participar a la taula, encara que en algun dels dos àmbits aïlladament no hi arribi; però es pot donar el cas que una organització no aconsegueixi

aquest percentatge en conjunt, però sí que acrediti aquest dret només en un d'aquests àmbits, ja sigui entre el personal funcionari o bé entre el laboral.

En aquest sentit, es pot dubtar si té dret a ser present o no en aquesta taula.

Observeu que el cas és previst expressament, encara que amb matisos, per a les taules conjuntes que s'estableixen en àmbits inferiors (article 36.3 de l'Estatut bàsic), però no en aquest cas concret.

A més a més, com que aquesta possibilitat està prevista en aquestes taules amb caràcter exprés, tot i que abans s'ha dit que se'ls apliquen els criteris de representació establerts per a aquesta taula general (i a la qual cosa s'afegeix: "A més, també hi seran presents..."), sembla clar que en els criteris que per a aquesta taula s'estableixen no està previst cap altre mesurament de representativitat que el conjunt i que, per tant, les organitzacions que acreditin el 10 %, però només en un dels dos col·lectius (funcionaris o laborals), no seran presents a la taula general, mentre que sí que hi seran aquelles que en conjunt l'assoleixin -encara que en un d'aquests àmbits en concret no arribin als citats percentatges.

El tema que es planteja és que, malgrat que això és raonable tenint en compte que en aquest àmbit no hi té cabuda cap més negociació que la legalment prevista, aquesta solució pot suposar privar del dret de negociació en l'àmbit conjunt els sindicats que sí que el tindrien en l'àmbit laboral i que en aquest àmbit tenen una legitimació negocial que deriva directament dels drets de llibertat sindical i negociació col·lectiva constitucionalment reconeguts; això és així, tret que es faci una interpretació que ja vaig avançar, en entendre que les solucions que negaven aquest origen constitucional en la negociació dels funcionaris es poguessin estendre al conjunt dels empleats públics.

L'única solució, tret que es faci la reinterpretació al·ludida, hauria de ser entendre que aquest sindicat conserva la possibilitat de negociació en l'àmbit diferenciat, però no en el conjunt, considerant aquest àmbit de mera creació legal per similitud amb les solucions establertes en matèria de negociació dels funcionaris, la qual cosa evitaria qualsevol problema de constitucionalitat.

Méns dubtes de constitucionalitat planteja l'exclusió d'una organització que només tingui el 10 % de representativitat en l'àmbit funcional, ja que en aquest àmbit, el dret de negociació, segons la construcció jurisprudencial a què s'ha fet esment, té origen legal i s'exerceix, per tant,

només en els termes establerts per les normes legals infraconstitucionals.

Una vegada determinades les organitzacions amb dret de presència, els llocs entre aquestes organitzacions no es reparteixen d'acord amb la representativitat general que acreditin, sinó d'acord amb la representativitat específica que exerceixin en l'àmbit de l'ocupació pública, ja que l'Estatut bàsic determina que aquesta assignació de llocs a la taula s'haurà de fer d'acord amb els resultats obtinguts a les eleccions als òrgans de representació del personal emprat per les administracions públiques: delegats de personal, juntes de personal i comitès d'empresa.

#### **4. La generalització de l'àmbit de negociació conjunt**

Com s'ha vist, la taula general de negociació implica un àmbit de negociació conjunt per a tots els empleats de les administracions públiques. Doncs bé, aquesta solució es generalitza i així es produeix la consolidació d'un àmbit de negociació conjunt per al personal laboral i funcional en què es podran negociar les matèries comunes a tot aquest personal, i que es concreta en taules generals en els diferents àmbits (Estat, comunitats autònomes i entitats locals) (article 36.3).

Fins i tot, tal com ja s'ha dit, hi pot haver la possibilitat de taules en una comunitat autònoma que n'afectin no només el personal, sinó tot aquell qui es pugui veure afectat per la legislació d'aquesta comunitat, com el personal de les entitats locals, de les universitats, etc.

Al marge d'aquesta possibilitat, a les taules que es deriven clarament de l'Estatut bàsic la representació de l'Administració és clara: correspon la legitimació a aquella administració en l'àmbit de la qual es produeix la negociació i, lògicament, aquesta administració designa tots els seus representants.

Quant a la legitimació de l'aspecte social, hi regeixen les regles que abans s'han analitzat remeses a l'àmbit corresponent; negocien, doncs, les organitzacions més representatives a l'àmbit estatal, i si escau (article 7 LOLS), també les més representatives a l'àmbit d'una comunitat autònoma (15 % i 1.500 representants) i les prou representatives en els termes ja analitzats (representativitat del 10 % en el conjunt de l'ocupació pública en l'àmbit afectat).

No crec que s'alteri aquesta conclusió per la referència a

l'article 36 a què s'hauran d'aplicar les regles anteriors, si es tenen en compte en cada cas els resultats obtinguts a les eleccions als òrgans de representació del personal funcional i laboral de l'àmbit corresponent de representació.

Al meu parer, aquesta referència s'ha d'aplicar plenament només en dos aspectes:

1) Per determinar que les organitzacions que entren a negociar, havent acreditat el 10 % de representativitat, ho fan en haver acreditat aquest percentatge específicament en l'àmbit afectat per aquesta negociació, per la qual cosa les que van entrar per aquesta circumstància a la taula general abans citada -en conseqüència, no es tenen en compte les organitzacions sindicals més representatives- no estan representades als àmbits concrets, tret que hi concorri la circumstància a què més endavant faré referència, i

2) Per distribuir els llocs a la taula entre les organitzacions sindicals amb dret a ser-hi presents; distribució que s'haurà de produir segons la representativitat que assoleixi cada organització en l'àmbit concret afectat per la negociació.

En aquestes taules, a més, les organitzacions sindicals presents a la taula general de totes les administracions que, tot i que no assoleixin el percentatge del 10 % a l'àmbit concret, sí que hagin assolit almenys el 10 % en només un dels col·lectius (funcionaris o laborals) en l'àmbit a què es refereixi la taula (estatal, autonòmic, local), també tenen dret a ser-hi presents.

Algunes altres organitzacions que puguin haver assolit el 10 %, però solament en un col·lectiu i que no siguin presents en la taula general, queden fora d'aquestes taules conjuntes; això planteja els dubtes ja exposats, agreujats en aquest cas, perquè es pot donar el cas que una organització amb la mateixa representativitat, o fins i tot més que una altra en un àmbit concret, en quedi fora, mentre que l'altra, amb menys representativitat, pugui participar a la taula.

En tot cas, excepte declaració d'inconstitucionalitat de la norma legal, que crec difícil, no sembla que hi càpiga cap altra interpretació, la qual cosa pot deixar fora d'aquesta negociació en determinats àmbits sindicats de professió (bombers, policia local, sanitaris).

No és un argument útil, perquè aquests sindicats entrin en aquesta taula, l'article 8.2 de la Llei orgànica de llibertat sindical que fa referència al reconeixement de legitimació negociadora per a totes les seccions sindicals amb presència als òrgans de representació, independentment del percentatge de representativitat assolit, ja que aquest reconeixement

ment no és absolut, sinó que es condiona a "als termes establerts en la legislació específica", que en aquest cas són els que s'han exposat. A més a més, aquest reconeixement està previst, essencialment, quant a la negociació en l'àmbit d'empresa, mentre que la negociació a les administracions públiques, especialment a les d'estructura complexa, es regeix, normalment, en l'àmbit laboral, per les regles pròpies de la legitimació sectorial, atesa l'existència d'una pluralitat d'òrgans representatius. Aquestes regles sectorials coincideixen amb les que estableix l'Estatut bàsic, ja que impliquen l'opció per una negociació sindicalitzada.

El que és clar és que de cap manera està prevista la presència en aquestes taules de representants de candidatures de no afiliats ni dels comitès d'empresa, juntes de personal o delegats de personal.

Les juntes i els delegats de personal no tenen legitimació negocial.

Els comitès d'empresa sí que poden tenir-ne en l'àmbit laboral, que reconeix una legitimació dual que em sembla criticable i disfuncional, però, al marge d'aquesta crítica, la veritat és que l'Estatut bàsic remet la composició de les taules i la legitimació perquè hi siguin presents les opcions sindicals; així se sindicalitza la negociació, tal com s'ha avançat, opció absolutament legal i constitucional, ja que les representacions unitàries (com també s'ha avançat) són d'origen legal i no hi ha cap problema que una llei posterior a l'Estatut dels treballadors, com ara l'Estatut bàsic, en limiti la capacitat negocial, que, d'altra banda i com es veurà, ja havia estat limitada jurisprudencialment en aquest mateix àmbit de les administracions públiques.

Lògicament, els llocs a la taula s'han de repartir proporcionalment, tal com s'ha dit, segons els representants que acrediti cada organització sindical en els termes abans citats -per tant, es mesuren segons la representativitat en l'ocupació pública- i això, en algun cas excepcional, pot plantejar algun problema si hi ha cap desproporció entre el nombre de representants triats i el nombre d'empleats que representen; fins ara es podia donar el cas que proporcionalment hi hagués en alguna situació una major representació dels empleats laborals.

En tot cas, els acords entre els afectats o les normes de desenvolupament reglamentari previstes a l'article 35.4 de l'Estatut bàsic poden aclarir el tema, però la regla legal sembla clara i aplicar-la de manera concreta, si hi manquen normes de desenvolupament o acord entre els interessats, insisteixo, s'hauria de fer com s'exposa tot seguit.<sup>9</sup>

**9.** Vegeu com resol el tema, per aquest mateix sistema, a l'àmbit laboral, analògicament aplicable, l'STS (4a) de 7 de març de 2002, Rec. 1220/2001.

Es prenen tots els representants obtinguts en cadascun dels àmbits, se sumen i tots aquells que assoleixen el 10 % seran a la taula i en tants llocs com els concedeixi la seva representativitat (per exemple, quatre sobre quaranta, el 10 %; vuit sobre quaranta, el 20%, etc., matisada, si de cas, per l'obligació de ser-hi presents per a tots els sindicats legítims; per això pot ser que l'ajustament no sigui exacte, sinó aproximat (tornaré sobre aquest tema).

A més a més, entren en el repartiment de llocs a la taula aquells que, com ja s'ha dit, són a la Taula General Conjunta de totes les administracions i tenen un 10 % de representativitat entre funcionaris o laborals, però no en conjunt. Això força un segon càlcul per separat, per tal de determinar si en algun sindicat concorre aquesta situació.

Tots els sindicats legítims, fins i tot aquests últims que no han assolit el 10% conjunt, tenen dret a ser presents a la taula; per això, el nombre de membres haurà de ser suficient per tal de garantir-lo, sempre que sigui possible.

És molt possible que en el repartiment de llocs es produeixin fraccions. Així, per exemple, pot succeir que a un sindicat li corresponguin 2,4 llocs i a un altre 1,6; i així successivament.

També aquí els acords i les regles de desenvolupament poden oferir solucions; però en cas contrari, partint de la presència d'almenys un representant de tots els legítims, els llocs restants s'hauran d'atribuir per nombres sencers.

Els llocs restants s'hauran d'atribuir per la regla de la fracció major.

D'aquesta manera és possible, per exemple, que un sindicat amb un quocient de 2,6 obtingui tres llocs (dos per enters i un altre per la fracció de 0,6), mentre que un altre amb 1,4 n'obtingui un (un per enters i cap per fracció major). Com també és possible que n'obtinguin tres i dos, si les restes arriben a adjudicar llocs fins a la fracció 0,4.

Es pot apreciar que l'assignació de llocs pot conduir a situacions no exactament proporcionals.

En l'exemple, ni la proporcionalitat de tres a un, ni la de tres a dos, s'atindrien als resultats electorals exactes, però pot ser impossible ajustar-los més; per a això caldrà acudir a solucions el màxim de proporcionals possibles, sabent que pot ser que la solució ideal d'absoluta correspondència entre percentatge de representació i llocs a la taula es pugui donar en alguns casos, però no en d'altres.

Un altre problema que plantegen aquestes taules és la delimitació de l'objecte sobre el qual pot versar la negociació que s'hi desenvolupi.



És important matisar això, sobretot si queda fora de la negociació algun sindicat que en algun dels respectius àmbits estaria legitimat per negociar perquè ha superat el 10 % de representativitat, però que no l'assoleix en conjunt ni sigui a la Taula General de Negociació Conjunta de totes les administracions, motiu pel qual tampoc és a la taula conjunta en l'àmbit respectiu.

L'Estatut bàsic al·ludeix a aquelles "matèries i condicions de treball comunes al personal funcionari, estatutari i laboral".

Es podria pensar que això només afecta, doncs, alguns temes molt concrets en els quals la regulació és pràcticament conjunta o coincident com, per exemple, els temes de seguretat i salut laboral.

Al meu entendre, aquesta interpretació restrictiva no és adequada.

Encara que les regulacions legals d'origen no siguin exactament coincidents, en la mesura que ambdues siguin susceptibles de negociació, res no impedeix que es negociïn en conjunt. És clar que el resultat haurà de respectar, si escau, els mínims fixats en cada regulació diferenciada, però sempre que ho faci una matèria, que en origen tenia regulació normativa diferent, es podrà regular negocialment de forma conjunta.

La negociació conjunta es pot estendre així, sense dificultats, a pràcticament la totalitat de temes relatius a les condicions de treball: retribucions, temps de treball, conciliació de la vida familiar i laboral, sistemes complementaris de protecció social, etc.

Crec, doncs, que s'ha de partir de la possibilitat general de negociació conjunta i que només excepcionalment i, en algun aspecte molt concret, aquesta possibilitat pot quedar vedada.

Encara més, fins i tot hi pot haver temes en què tingui lloc la negociació conjunta, però en què després sigui difícil arribar a una solució absolutament unitària. Tampoc en aquest cas és impossible la negociació conjunta; res no impedeix que el resultat d'aquesta negociació contingui peculiaritats per a determinats col·lectius o fins i tot aspectes de regulació específica per als funcionaris o laborals. És a dir, la negociació conjunta s'haurà de plasmar normalment en una regulació idèntica per a tots els col·lectius específics, però no és imprescindible que això es produeixi en totes i cadascuna de les matèries negociades.

Fins i tot l'articulació negocial que és possible d'acord amb

l'article 38.8 de l'Estatut bàsic pot articular també aquesta negociació conjunta, determinant, per exemple, els aspectes d'una matèria que s'hauran de negociar en conjunt i els matisos específics que haurien de quedar per a la negociació diferenciada en cadascun dels col·lectius específics.

Crec, doncs, que no es pot traçar apriorísticament un llistat de matèries negociables o no negociables en conjunt; aquest llistat, si de cas, ens pot revelar aquelles matèries que són negociables en conjunt sense cap dificultat (com per exemple, determinats temes sindicals, de seguretat i salut laborals, etc.) i aquelles altres en què, en canvi, pot ser més difícil -encara que en la major part dels casos no impossible-, negociar en conjunt (com per exemple, els complements retributius). És clar que si, en algun cas, es pot identificar alguns aspectes innegociables en conjunt, com ara -per citar un exemple bastant evident- els relatius a la contractació laboral als quals es refereix l'article 15 de l'ET (durada del contracte eventual, identificació de feines susceptibles de ser ateses amb el contracte per obra, encadenament de contractes, ordre de crida de fixos discontinus, etc.).

En tot cas, l'afirmació que en alguna matèria els drets d'algun dels col·lectius hauran de ser reconeguts en la normativa funcional o en la laboral, no exclou per si sola, al meu parer, la possibilitat de negociació conjunta.

En algun cas aquesta afirmació es pot interpretar en clau d'imperativitat absoluta del que regula la norma legal. En aquest cas no és que sigui impossible la negociació conjunta, és que és impossible qualsevol negociació, però en general aquestes afirmacions el que fan és remetre a una regulació de partida diferenciada, cosa que no impedeix que, si aquesta regulació és susceptible de negociació -perquè és dispositiva o és norma mínima- es produeixi una negociació conjunta: plena si la norma era dispositiva, de millora si la norma de partida era una norma de mínims, com són en general les laborals i com s'ha d'interpretar, amb claredat, bona part de la regulació legal de les condicions de treball del personal subjecte a relacions de naturalesa administrativa.

Convé matisar, no obstant això, que encara que la negociació conjunta sigui possible en la major part de les matèries, això no obliga necessàriament que aquesta negociació es produeixi; en aquest cas han de ser les parts de la taula les que han d'arribar a un acord per determinar les matèries que són objecte de regulació conjunta i les que queden per ser negociades a les taules diferenciades, entre les quals

hi haurà, sens dubte, totes aquelles en què no hi hagi consens per abordar-les en conjunt.

## **5. Les taules generals de negociació dels funcionaris. La possibilitat d'un àmbit supramunicipal**

Al meu parer, en determinats àmbits, la negociació conjunta anirà creixent i s'anirà consolidant, ara sense problemes de legalitat, i pot passar a ser la "negociació normal", fins i tot amortitzant de fet -encara que no de dret- i en determinats supòsits, les taules diferenciades; però en uns altres àmbits no serà així i, en qualsevol cas, en tots els àmbits, sempre serà possible la negociació per separat.

Això fa que la legislació, tal com ha de ser, mantingui les taules de negociació específiques de funcionaris i, per descomptat, en la mesura que no es modifica l'Estatut dels treballadors, també les taules de negociació laboral.

Començant per les taules de negociació de funcionaris, d'acord amb l'article 34 de l'Estatut bàsic, hi ha dos tipus de taules: les generals (encara que referides en aquest cas només a funcionaris, per la qual cosa, malgrat la confusió terminològica, que hauria estat bé evitar, no han de produir confusió amb les anteriors taules generals conjuntes) i les sectorials.

Les primeres es concreten directament en la norma legal, mentre que les segones es creen per acord de les primeres.

Vegem ara la regulació de les taules generals de funcionaris.

D'acord amb l'article 34.1, hi haurà una taula general de negociació, encarregada de la negociació col·lectiva de les condicions de treball dels funcionaris públics en cadascun dels àmbits següents: AGE, cadascuna de les comunitats autònomes, Ceuta, Melilla i cada entitat local.

A més a més, la norma permet altres àmbits de negociació, concretament els supramunicipals o, millor dit, els d'entitats locals d'àmbit supramunicipal.

L'Estatut bàsic, per facilitar aquesta negociació, reconeix legitimitació negocial a les associacions de municipis, així com a les entitats locals d'àmbit supramunicipal (article 34.2).

En tot cas, aquest àmbit de negociació és possible, però no obligat i, a més, encara que es formi, no per això obliga tots els municipis que hi siguin compresos, sinó que aquests municipis s'haurien d'adherir amb caràcter previ o

successiu (és a dir, abans de la negociació o posteriorment) a aquest procés de negociació. Sens dubte, aquesta possibilitat pot amortitzar molts àmbits de negociació, especialment als petits municipis; per això és funcional.

Un problema que té aquesta possibilitat és determinar si n'hi ha prou amb l'adhesió de l'entitat local perquè tingui lloc, sense que faci falta, al seu torn, l'adhesió dels legítics en aquest mateix àmbit en representació dels treballadors.

Al meu parer, no s'ha d'oblidar que la negociació és un procés que ha de respectar al màxim la voluntarietat de les dues parts que hi participen i que, per tant, sense un acord d'ambdues es fa difícil pensar que s'amortitzi un àmbit de negociació i es traslladi la negociació a un altre de superior.

Crec que el mecanisme ha de ser similar al de l'adhesió que hi ha a l'àmbit laboral i ha de requerir l'acord de les dues parts legítimes.

És clar que, si aquest acord no es produeix, res no obliga que les negociacions que s'haurien de mantenir en l'àmbit més reduït que no s'amortitzi tinguin èxit; per això es pot produir una situació de desacord que obligarà a intentar la solució extrajudicial del conflicte i que, si no hi ha cap altre remei, haurà de deixar en mans de l'administració corresponent la decisió d'aplicar en aquest àmbit les mateixes condicions negociades en un altre àmbit superior, tret que es pugui interpretar una altra cosa de l'obligació de submissió als procediments de solució extrajudicial.

Una possibilitat addicional que enllaça amb la que s'acaba de comentar és la que en general es reconeix a qualsevol administració pública o entitat local: l'adhesió als acords negociats en àmbits superiors -comunitat autònoma o (article 34.2) àmbit supramunicipal.

Sobre aquesta possibilitat cal reiterar tot el que acabo d'exposar sobre la necessitat que es produeixi un acord amb la representació dels treballadors.

Aquestes possibilitats de negociació supramunicipal i d'adhesió al que s'ha negociat en àmbits superiors són, sens dubte, molt útils per a les entitats locals de petites dimensions: assumir únicament per si i per a si mateixes un procés de negociació pot tenir poc sentit.

Quant a la legitimitat per negociar en aquestes taules es pot assenyalar el següent:

Pel que fa a l'Administració, la legitimitat l'exerceix l'administració amb competències en aquest àmbit (article 33.1 de l'Estatut bàsic), és a dir, la que quedarà afectada per la negociació, tret de l'àmbit de negociació supramunicipal

en el qual es legitimen, com s'ha vist, les associacions de municipis i les entitats locals d'àmbit supramunicipal.

Pel que fa a les organitzacions sindicals, d'acord amb l'article 33.1 de l'Estatut bàsic, estan legitimades les organitzacions sindicals més representatives en l'àmbit estatal i autonòmic -cadascuna en la seva autonomia i en la negociació estatal-, tenint en compte el que s'ha dit abans sobre quines són les més representatives en general, és a dir, sense necessitat de fer un càlcul específic només en l'àmbit de l'ocupació pública. Cal entendre-ho així per la remissió que fan a aquest precepte els articles 6.3.c), 7.1 de la Llei orgànica de llibertat sindical. A més a més, hi hauran de participar totes les organitzacions sindicals que en tot l'àmbit específic afectat per la negociació assoleixin el 10 % de representativitat; en aquest cas es mesuren, exclusivament, els representants triats a les eleccions funcionaries, és a dir, a juntes i delegats de personal, ja que així cal entendre la referència que en el precepte es fa a l'article 7.2 de la citada Llei orgànica de llibertat sindical.

El repartiment de llocs entre totes s'atindrà als criteris de proporcionalitat ja esmentats.

Per descomptat, s'ha de tenir en compte el que s'ha exposat sobre la falta de legitimació negociada de les candidatures de no afiliats i de les juntes i delegats de personal.

## **6. Les taules sectorials de negociació dels funcionaris**

L'Estatut bàsic preveu que, mitjançant acord de les taules generals de negociació dels funcionaris, es puguin constituir taules sectorials per a un àmbit més reduït.

Aquestes taules es poden constituir en qualsevol dels àmbits esmentats anteriorment (Estat, comunitat autònoma, entitat local i fins i tot àmbit supramunicipal si així s'acorda).

Les raons que justifiquen la creació d'aquestes taules poden ser tant les condicions específiques de treball de les organitzacions administratives afectades -per exemple, treball a l'exterior d'Espanya-, com les condicions peculiars de sectors concrets de funcionaris públics, com per exemple Sanitat, Ensenyament, etc. -. També s'ha de tenir en compte lògicament el nombre de funcionaris afectat per la nova taula per no crear-ne d'altres en col·lectius gaire reduïts.

Cal destacar que amb l'actual redacció de l'Estatut bàsic desapareix el llistat de sectors que necessàriament havien

de tenir una taula sectorial que apareixia a l'article 31 de la LORAP. Ara la llista és indeterminada, oberta i en tot cas la creació d'aquestes taules s'ha de fer sempre d'acord amb la Taula General de funcionaris en l'àmbit corresponent.

Si aquestes taules es formen es pot dubtar de si després es poden constituir en aquests àmbits taules conjuntes de funcionaris i laborals; el nombre d'aquestes taules i l'àmbit del seu funcionament sembla tancat d'acord amb l'article 36.3 de l'Estatut bàsic, però no s'ha d'ignorar que la seva existència podria ser funcional. Pensem, per exemple, en una taula conjunta en l'àmbit universitari, el sanitari, etc.; en aquest sentit, s'hauria d'admetre aquesta possibilitat, entenent fins i tot que tindrien cabuda, en una interpretació extensiva, dintre de les mesures d'articulació negocial.

A banda del que he dit anteriorment, cal assenyalar que aquestes taules sectorials no tenen una competència pròpia, sinó residual.

En efecte, assumeixen la negociació d'aquelles matèries que es puguin considerar temes comuns als funcionaris (o empleats públics) del sector que no hagin estat regulats per les taules generals (de funcionaris o conjuntes si s'admet que aquestes taules en puguin crear de sectorials conjuntes) o que aquestes taules expressament els reenviïn o deleguin.

Es pot observar, doncs, que la dependència d'aquestes taules respecte de les generals és clara i que l'existència d'una taula sectorial no impedeix que en la respectiva taula general s'abordin temes que afectin els empleats del sector.

Quant a la composició d'aquestes taules, cal tenir en compte les regles ja analitzades, si bé considerant que el mesurament de representativitat dels sindicats que puguin quedar legitimats per assolir el 10 % en un àmbit específic s'haurà de fer d'acord amb els representants triats en el sector específic per al qual es crea la taula, si és que es poden diferenciar, perquè s'hagin celebrat eleccions específiques en aquest sector, cosa que no és impossible d'acord amb l'article 39.4 de l'Estatut bàsic que permet que les unitats electorals es regulin per l'Estat i les comunitats autònomes; a més que el llistat que provisionalment es manté (article 3 de la LORAP) ja permet identificar determinats àmbits específics.

En cas que no fos possible aquesta diferenciació, no hi hauria cap altra possibilitat que la de reproduir a la taula sectorial la composició de la taula general que en va acordar la creació, si bé en aquest cas se'n pot qüestionar la uti-

litat i es podria dubtar si es donen les condicions precises per constituir-la.

## 7. La taula de negociació laboral

A més de les taules conjuntes i de les exclusives de funcionaris, les administracions que tinguin personal laboral tindran, també, processos de negociació específics en l'àmbit laboral.

És fàcil, doncs, que una administració tingui, almenys, tres taules de negociació (funcionarial, laboral i conjunta).

He dit almenys perquè, com s'ha vist, en pot tenir més, per exemple, taules sectorials.

Fins i tot en l'àmbit supramunicipal es podria articular una negociació deixant temes per a l'àmbit de cada entitat local. En aquest cas les adherides a la negociació supramunicipal tindrien també, hipotèticament, més de tres taules de negociació.

És clar que tot això al final pot conduir que en molts àmbits, en la pràctica, acabi funcionant en general o gairebé en exclusiva només la taula conjunta.

Les taules laborals estan subjectes, per descomptat, a les previsions de l'Estatut dels treballadors i es regeixen pel títol III.

Sense fer cap anàlisi exhaustiva de les previsions de la legislació laboral,<sup>10</sup> sí que s'ha de tenir en compte que, d'acord amb l'article 87 de l'Estatut dels treballadors, la legitimació negociadora l'exerceix l'Administració, com és lògic; i per part dels representants hi ha solucions diferents.

En l'àmbit d'empresa és dual i estan legitimades les representacions unitàries (delegats de personal o comitès d'empresa) o les representacions sindicals (sempre que representin la majoria dels representants unitaris o, si el conveni és d'àmbit infraempresarial -per exemple de franja-, sempre que hagin estat designades a l'efecte de negociació en assemblea dels treballadors afectats).

En aquests casos la legitimació és alternativa: o negocien les representacions unitàries o les sindicals, i correspon a l'Administració i a qualsevol d'aquestes parts posar-se d'acord a l'efecte d'iniciar les negociacions.

En l'àmbit supraempresarial, per descomptat, la legitimació és sindicalitzada i només estan legitimades les organitzacions sindicals més representatives en l'àmbit nivell estatal i autonòmic i les que tinguin un 10 % de representativitat en l'àmbit afectat per la negociació.

10. En matèria de legitimació negociadora a l'empresa i específicament també al sector públic laboral em remeto al meu estudi conjunt amb la professora Fabregat Monfort, G. "Algunas cuestiones en torno a la legitimación negociadora en las empresas y el grupo de empresas", *Tribuna Social*, núm. 144, 2002, pàgines 21 i següents.

Aquest mateix criteri és el que s'ha aplicat a les administracions d'estructura complexa, és a dir, les que tenien diversos òrgans de representació diferents del seu personal laboral, quan pretenien negociar en l'àmbit de tota l'administració concreta afectada, excloent-ne així, en aquests casos, la legitimació dels representants unitaris (comitès d'empresa i delegats sindicals)."

El funcionament de la negociació, quant al procediment, és relativament similar al funcionarial.

Les negociacions han de començar en el termini d'un mes des que es rebí la denúncia (article 89.2 ET).

Els acords requereixen la majoria de cadascuna de les dues representacions.<sup>12</sup>

El conveni es formalitza per escrit, etc.

Quant a la taula, quedarà vàlidament constituïda si han tingut possibilitat de participar-hi tots els legitimats i hi són efectivament presents l'administració que negocia, per una banda; de l'altra, en l'àmbit de l'empresa, qui ja s'ha dit (representacions unitàries o sindicals, però que representin la majoria dels representants unitaris); i en l'àmbit supraempresarial, les organitzacions sindicals que representin la majoria dels membres de comitès d'empresa i delegats de personal existents en l'àmbit afectat pel conveni (art. 88 ET).

En principi, l'ET limita els membres de la taula amb vot a dotze per cada part en els convenis d'empresa o inferiors i quinze en els supraempresarials (art. 88.3 ET).

Un altre aspecte important és que, com que en la negociació col·lectiva laboral l'àmbit que en serà afectat ha de ser objecte d'acord entre les parts, res no impedeix que una mateixa administració tingui diversos convenis, cosa que, per exemple, ha estat freqüent en l'àmbit de les entitats locals, que en ocasions tenien un conveni específic per a l'activitat de neteja, per citar-ne un exemple.

Encara que no s'abordi en aquest estudi el contingut de la negociació laboral, vull deixar constància que aparentment és més ampli que el de la negociació en l'àmbit funcionarial.

És així si s'atén exclusivament a l'article 85 de l'ET, però la conclusió no és tan clara si es produeixen negociacions que afecten empleats públics. El contingut de la negociació laboral també està subjecte al que disposen les lleis. Per tant, haurà de respectar qualsevol norma imperativa, en els termes imperatius en què aquesta norma estigui establerta.

En conseqüència, per exemple, tota la matèria econòmica quedarà subjecta als mateixos límits pressupostaris que

**11.** Pel que fa a aquest aspecte, vegeu SSTs (4a) de 14 de juny de 1999, Rec. 3871/1998; de 21 de desembre de 1999, Rec. 4295; de 24 d'abril de 2001, Rec. 2544/2000 i de 20 de juny de 2001, Rec. 2916/2000.

**12.** Si, quant a aquest aspecte, tenim en compte el vot personal dels membres presents a la taula de negociació, és a dir, s'individualitza el vot i es prescindeix de la representativitat de qui l'emet, perquè aquesta representativitat ja es va tenir en compte en l'assignació de llocs en la taula. Pel que fa a aquest aspecte, vegeu STS (4a) de 5 de novembre de 2002, Rec. 11/2002.



la funcionarial: el que es derivi de la corresponent Llei de pressupostos.

En altres matèries, per exemple, aspectes relatius a l'accés i selecció de personal, com que som davant de regulacions legals absolutament imperatives, la negociació laboral quedarà exclosa en els mateixos termes que la funcionarial.

Des d'aquesta perspectiva, la diferència no és tan gran i els límits de la negociació col·lectiva laboral en l'ocupació pública són molt similars als que regeixen en la negociació funcionarial; l'única diferència (encara que en vies de relativa desaparició atesa l'evolució iniciada per l'Estatut bàsic) és que les normes específicament laborals solen ser normes de mínims i, per tant, en aquests casos hi pot haver sempre negociació de millora tret que, com s'ha dit, quedi limitada per una altra norma extralaboral (pressupostària, administrativa, etc.).

## **8. Les regles bàsiques de procediment negocial a l'Estatut bàsic**

L'Estatut bàsic conté algunes regles precises sobre el procediment de constitució i actuació de les taules.

Així, per exemple, hi ha una regulació més concreta de la constitució i composició de les taules de negociació, en què s'assenyala que quedaran vàlidament constituïdes, sense perjudici del dret de presència proporcional de totes les organitzacions legitimades (a les quals caldrà donar necessàriament la possibilitat de participar-hi), si hi són efectivament presents l'administració que negocia per una banda, i de l'altra, les organitzacions sindicals que representen, en el seu conjunt i com a mínim, la majoria dels membres dels òrgans unitaris de representació existents en l'àmbit afectat pel conveni (art. 35). És clar que, si no es pot complir aquest requisit, la negociació col·lectiva en els termes de l'Estatut bàsic no és possible i únicament queda oberta la via de contactes informals entre les parts que poden fer, malgrat tot, que l'administració acabi acceptant els resultats d'aquesta negociació informal, però aquests resultats s'hauran d'expressar, no sota la forma de pactes o acords, sinó sota la forma de normes reglamentàries de la mateixa administració (o, si escau, de projectes de llei), sense perjudici del consens social que s'hagi produït.

Les taules de negociació regulades a l'Estatut bàsic tenen un determinat caràcter permanent. Una vegada constituïdes només se'n revisa la composició cada dos anys a partir

de la data inicial des que han estat constituïdes. La revisió l'haurà d'instar l'organització interessada i s'haurà de fer, lògicament, quan s'hagi produït un canvi en la representativitat que doni entrada a noves organitzacions, en faci sortir alguna altra que hi era i que ha perdut aquest dret, o replantegi el nombre de membres que corresponen a les organitzacions presents a la taula. Si no se'n demana la revisió, la taula es mantindrà amb la mateixa composició.

Tots aquestes decisions s'hauran d'adoptar d'acord amb les certificacions que expedeixi l'oficina pública de registre de les actes electorals; i, és clar, l'exclusió d'una organització legitimada, la inclusió d'una de no legitimada o la concessió de més o menys representació atorgada a qualsevol organització poden ser objecte d'impugnació judicial.

S'estableix un termini màxim d'un mes, des que s'ha promogut la negociació per la majoria d'una de les parts legítimes, per iniciar les negociacions, en cas que manqui acord sobre aquest tema (article 34.6 de l'Estatut bàsic).

Es preveu, a més, la possibilitat que les administracions públiques encarreguin els procediments de negociació a òrgans creats de caràcter tècnic per aquestes mateixes administracions (article 33.2).

També es preveu que les parts representades a la taula utilitzin assessors amb veu, però sense vot. És poc probable que una de les parts pugui objectar aquest dret de l'altra, sempre que s'utilitzi en termes no abusius i no impedeixi l'operativitat de la negociació o es pretengui fer-ne un ús desviat que intenti, per exemple, introduir a la taula, si més no amb veu, organitzacions no legitimades per ser-hi presents.

D'altra banda, l'Estatut bàsic estableix unes regles generals de comportament negocial.

Així, s'hi introdueix una referència expressa a l'obligació de negociar de bona fe i a la de proporcionar la informació que calgui (articles 33.1 i 34.7).

Tal com passa sempre en aquesta matèria no es preveu el que pot succeir si aquestes obligacions s'incompleteixen, ni està clar com es pot exigir que es respectin. Possiblement és més fàcil exigir el lliurament d'una documentació, cosa que es podria fer fins i tot judicialment, però les exigències de negociar de bona fe apareixen com una cosa més difusa, encara que, com es veurà, alguna conseqüència es pot extreure d'aquesta regla, i tampoc s'ha de descartar que hi pugui haver una condemna a negociar amb bona fe, però sense que es pugui determinar fàcilment com s'hauria d'executar aquesta sentència, ni estan

clares les obligacions concretes que implica la bona fe; aquestes obligacions, si escau, es poden reconduir pel que fa al que després diré sobre l'obligatorietat de la negociació i l'exigència que quan sigui obligatòria es produeixi una autèntica negociació i no un mer formalisme.

Hi ha alguns altres aspectes que es deixen al desenvolupament reglamentari, com ara el nombre de membres de les taules, encara que a l'Estatut bàsic se'n fixa un màxim de quinze (article 35.4) i el règim concret de funcionament, si bé sembla evident que els acords s'adopten per majoria de cadascuna de les dues representacions presents (la dels representants de l'Administració i la dels representants sindicals), molt possiblement i a menys que el desenvolupament reglamentari digui cap altra cosa, caldrà aplicar les solucions utilitzades en l'àmbit laboral, a les quals ja s'ha fet referència, i optar pel vot individual i personal de cadascun dels membres presents a la taula; per aquest motiu s'aconsella un nombre imparell de membres a cada representació per evitar possibles empats.

## 9. L'eficàcia negativa de la negociació col·lectiva funcional

Una característica de la negociació col·lectiva en l'àmbit de la funció pública és que, a diferència del que passa en l'àmbit privat, té un caràcter obligatori (article 33.1 de l'Estatut bàsic), per la qual cosa es pot dir que desplega una eficàcia negativa o excoent, quan permet la nul·litat de qualsevol decisió o acte administratiu que, havent d'estar subjecte a negociació, es va aprovar ometent aquest procés de negociació.

Així doncs, es pot diferenciar clarament entre l'eficàcia jurídica de l'obligació de negociar, de la qual deriva aquest efecte a què em refereixo, i l'eficàcia jurídica del negociat, del text acordat.

La jurisprudència és clara sobre aquest tema<sup>13</sup> i a més insisteix, amb ple encert i confirmant que la negociació és alguna cosa més que la consulta, que el tràmit de negociació no es podia substituir pel mer tràmit de consulta a què abans al·ludia la LORAP.<sup>14</sup>

És més, la negociació és obligada i, tal com ja he dit, només s'admet com a tal quan es fa per les vies legals. En aquests casos, només s'admet la validesa de la negociació desenvolupada a la taula corresponent i s'ha de fer amb caràcter previ i amb prou antelació a l'adopció de qualsevol

**13.** Pel que fa a aquest tema, vegeu STS de 6 de febrer de 2004, Rec. 7856/98 i SSTSJ Castella-Lleó/Burgos de 8 de març de 2002, Rec. 13/02; Madrid 22 de febrer de 2003, Rec. 410/00; Comunitat Valenciana de 7 de març de 2004, Rec. 148/02 i 18 de març de 2004, Rec. 208/02; País Basc de 24 de juliol de 2003, Rec. 1792/00 i Castella-la Manxa de 14 de febrer de 2005, Rec. 109/01.

**14.** STS de 23 de juny de 2003, Rec. 3720/97. Vegeu, però, en aquest cas concret, considerant que, a l'empara de la LORAP, bastava el tràmit de consulta perquè no es veiés afectada amb una reordenació de personal ni la plantilla, ni les retribucions dels funcionaris, l'STSJ Cantàbria de 3 de juny de 2002, Rec. 33/02.

disposició el contingut de la qual s'hagi de sotmetre a negociació; no s'entén formalitzada l'obligació per una negociació en un àmbit diferent a la taula, feta a posteriori o amb una antelació tan escassa que la faci impossible en la pràctica i la converteixi en una cosa merament formal i sense sentit real.<sup>15</sup>

Les administracions públiques no poden, doncs, obviar les taules en els processos de negociació, ni alterar-ne la composició, perquè en aquest cas no s'estaria negociant a les corresponents taules, tal com les configura l'Estatut bàsic, ni tampoc poden furtar a cada taula l'àmbit de negociació que la citada norma li concedeix, sense perjudici de les possibilitats d'articulació a les quals ja he fet esment, com tampoc és possible negociar aquells aspectes la competència dels quals no correspon a l'administració que negocia.

Aquest condicionament està expressament establert al mateix article 37.1 de l'Estatut bàsic.

Cada administració pot negociar, exclusivament, en l'àmbit de les seves competències, que són irrenunciables i, sobretot, en relació amb els seus funcionaris i amb les d'administracions d'àmbit inferior en relació amb les quals tingui reconeguda capacitat per regular condicions bàsiques (per exemple, l'Estat en relació amb tots els funcionaris, article 149.1.18a CE).

Així s'aplica rigorosament pels òrgans judicials.<sup>16</sup>

En definitiva, com ja s'ha avançat, la negociació a les administracions públiques té un determinat caràcter obligatori que no poden obviar ni directament, ometent la negociació, ni indirectament, pretenent alterar les vies de negociació legalment establertes o assumint la negociació de matèries que no són de la seva competència.

## 10. La solució dels desacords en els processos de negociació col·lectiva

Lògicament, els processos de negociació en l'àmbit de la funció pública, igual que en l'àmbit privat, poden acabar sense acord.

A diferència d'aquest àmbit privat en el qual cap part pot imposar a l'altra la regulació de les condicions, més enllà del que estigui previst a les normes legals i al seu desenvolupament reglamentari, en l'àmbit de la funció pública l'Administració recupera, davant del desacord, les seves prerrogatives i la seva superioritat sobre els particulars i, en

**15.** Tal com raona amb molt d'encert l'STSJ Castella-la Manxa de 14 de febrer de 2005, Rec. 109/01.

**16.** A títol d'exemple i entre moltes d'altres, vegeu les SSTS de 20 de gener de 1998, Rec. 1237/95; 10 de febrer de 1997, Rec. 6937/93; 16 de juny de 1995, Rec. 4994/95; 22 d'octubre de 1993, Rec. 7544/93 i SSTS (4a) 23 de setembre de 1991, Rec. 1447/90 i 25 d'octubre de 1991, Rec. 846/91.

concret, recupera la capacitat per regular unilateralment les condicions de treball dels funcionaris públics, tret, és clar, que hi hagi alguna disposició al pacte o acord anterior referent a aquest aspecte que, per exemple en prorrogui la vigència fins que s'arribi a un acord.

En aquestes situacions la recuperació unilateral de la capacitat de regulació no és congruent amb les dels articles 7 i 8 del Conveni 151 de l'OIT i les dels articles 5 i 6 del Conveni 154 de l'OIT, tot i que en aquest últim, certament, l'article 1.3 preveu que es puguin establir a l'Estat peculiari-tats en l'àmbit de les administracions públiques, excepte que s'hi estableixi alguna excepció; això és el que precisament fa l'Estatut bàsic que preveu a l'article 45 la creació convencional de sistemes de solució extrajudicial dels conflictes derivats de la negociació, aplicació i interpretació dels pactes i acords en relació amb totes les matèries objecte de negociació tret, lògicament, les que tinguin alguna reserva legal.

S'al·ludeix a procediments de mediació, obligatòria a petició d'una de les parts, i d'arbitratge voluntari, i s'atribueix als acords en mediació i als laudes arbitrals l'eficàcia pròpia dels pactes i acords, subjecta, és clar, als requisits de legitimitació corresponents; també se'n permet la impugnació i es determina expressament que hi pot haver recurs contra el laude quan no observi els requisits i les formalitats de procediment establerts -encara que suposo que haurà de cometre alguna infracció greu-, o quan la resolució versí sobre punts no sotmesos a arbitratge o contradigui la legalitat vigent. Es pot observar que aquesta regulació és, com per altra banda es podia esperar, relativament similar a la que en l'àmbit laboral preveu l'article 91 de l'Estatut dels treballadors.

La previsió es completa, amb ple encert, amb l'afirmació que la recuperació de la capacitat de regulació unilateral per l'Administració s'haurà de produir solament després de l'exhauriment, si escau, dels procediments extrajudicials de solució de conflictes i considerant el que disposa en matèria de pròrroga dels pactes i acords, en els termes ja analitzats.

Es tracta d'una regulació molt millor que la vigent i que està en la línia de la interpretació que he fet per a la situació actual, encara que, des de la meua posició personal de rebutjar l'actuació unilateral, posició que òbviament pot no compartir-se, no em resisteixo a exposar la possibilitat que aquesta regulació s'hagués substituït per una regulació arbitral de les condicions de treball sobre les quals hi

hagués desaccord, arbitratge que, encara que en aquest cas fos obligatori, no crec que tingués problemes de constitucionalitat, ja que per a l'Administració deriva de la llei, a la qual s'ha de sotmetre, i per als empleats és millor, perquè és més objectiu i imparcial que l'alternativa de la regulació unilateral per part de l'Administració mateixa.

Fins i tot es podien haver avançat propostes innovadores com ara l'arbitratge d'últimes posicions que en un marc tan especial com l'Administració, i per això tan sensible a l'opinió pública, pot oferir resultats positius.

En qualsevol cas, el que sí que és clar és que l'Estatut bàsic habilita legalment els òrgans de l'Administració perquè se sotmetin a procediments d'arbitratge en aquesta matèria específica i que les previsions en els termes projectats responen a l'exigència, que el mateix Estatut conté, que els procediments per determinar les condicions de treball a les administracions públiques tinguin en compte les previsions establertes als convenis i acords de caràcter internacional ratificats per Espanya (article 31.8 de l'Estatut bàsic).

Ara bé, la regulació planteja alguns problemes:

El primer és si es pot estendre al personal laboral. Al meu parer, és clar que sí, ja que l'Estatut bàsic preveu pactes i acords conjunts als quals es podrien aplicar aquestes possibilitats; a més, una interpretació sistemàtica ha de fer considerar que, un cop establerta la possibilitat en l'àmbit funcional, en el laboral l'habilitació prové de les regles específiques que hi regeixen i concretament de l'article 91 de l'Estatut dels treballadors.

El segon, més complex, és si l'exigència d'exhauriment dels procediments de solució abans que l'Administració recuperi la capacitat de regulació unilateral requereix que accepti, també, un oferiment d'arbitratge o n'hi ha prou que exhaureixi la mediació. Tal com he exposat, no crec que, de moment, s'hagi establert cap obligatorietat de l'arbitratge. En tot cas, els compromisos referents a això haurien de venir del que estableixin els pactes i acords, i de les regles que en el desenvolupament de la previsió legal es puguin establir i en les quals es regularà, com s'assenyala expressament, la utilització d'aquests sistemes (article 45.5 de l'Estatut bàsic).

El tercer, finalment, és dels subjectes legitimats per negociar aquests acords de solució extrajudicial i, en conseqüència, el seu àmbit d'actuació.

En principi, quant a l'àmbit funcional, l'article 45 de l'Estatut bàsic es refereix a les administracions públiques i a les organitzacions sindicals a què es refereix aquest capítol.

En aquest sentit, la conclusió sembla clara.

Són les organitzacions sindicals legitimades per ser presents a cada taula i l'administració o administracions legitimades al mateix efecte, les que, en l'àmbit de negociació propi de cada taula, acorden aquests sistemes de solució extrajudicial.

Encara que qualsevol taula de negociació podria crear aquests sistemes -fins i tot les sectorials, en aquest cas, si se'ls atribueix-, la cosa més lògica seria pensar en la dimensió territorial àmplia d'aquests sistemes, que és de fet el que es preveu a l'àmbit laboral (àmbit estatal o de comunitat autònoma i que és com han estat funcionant amb una certa eficàcia).

Aquesta solució no impedeix, per descomptat, que d'acord amb les competències pròpies de cada administració es pugui arribar a tres àmbits: estatal, comunitat autònoma, supramunicipal.

La possibilitat de sistemes de solució de conflictes en un àmbit més reduït del supramunicipal pot ser poc operativa, a banda que, per exemple, en determinats casos les funcions d'aquests òrgans es podrien atribuir sense més ni més, en àmbits molt reduïts, a les mateixes comissions paritàries; fóra aconsellable que, si no es produís un acord en aquest àmbit, s'acudís a un altre de més ampli.

És clar que, si es pretén un sistema conjunt per a tot el personal empleat públic, l'àmbit de negociació són les taules generals conjuntes i hauran de ser les organitzacions sindicals legitimades a aquest efecte les que puguin assumir aquesta negociació, solució pràcticament idèntica a la que es desprèn en l'àmbit laboral de l'article 91 de l'Estatut dels treballadors.

## 11. La interpretació dels pactes i acords

La interpretació dels pactes i acords es pot efectuar de moltes formes, des d'una reclamació individual que conduirà a interpretar d'una determinada manera el text convingut, fins a la mateixa utilització dels sistemes de solució extrajudicial als quals he fet esment.

L'Estatut bàsic afecta dues possibilitats d'interpretació: la interpretació interna mitjançant les comissions paritàries de seguiment i la solució extrajudicial.

Quant a la solució extrajudicial, cal assenyalar que l'Estatut bàsic té en compte que els procediments de solució extrajudicial, concretament de mediació i arbitratge

(article 45), puguin solucionar, no només els conflictes de negociació als quals ja s'ha fet referència, sinó també els d'aplicació i interpretació dels pactes i acords; n'equipara les solucions, com també s'ha avançat, a l'eficàcia d'aquests pactes i acord, sempre que s'hagin respectat les respectives regles de legitimació, motiu pel qual, en realitat, en aquests procediments haurien de ser-hi presents, o almenys ser cridats, tots els subjectes amb legitimació negocial en l'àmbit del conflicte. El precepte determina també les possibilitats d'impugnació i recurs contra les solucions que es produeixen en aquests procediments extrajudicials.

Quant a les comissions de seguiment, l'article 38,5 de l'Estatut bàsic preveu la possibilitat que les parts signants dels pactes i acords n'estableixin comissions de seguiment.

Convé analitzar aquest tema, perquè també sobre això cal tenir en compte determinades regles i perquè, d'acord amb les seves competències, es pot produir algun conflicte entre les atribuïdes a les taules i les reconegudes a aquestes comissions.

La veritat és que la composició d'aquestes comissions i les seves funcions queden indeterminades a la norma, que simplement hi al·ludeix, assenyalant que hauran de ser paritàries i que la composició i les funcions hauran de ser les que decideixin les parts negociadores.

En qualsevol cas, sembla clar que es pot aplicar la doctrina establerta en matèria laboral sobre la diferenciació entre comissions de seguiment i comissions negociadores, entenent que a les primeres només tenen dret a ser-hi presents els sindicats que han negociat l'acord o el pacte,<sup>17</sup> conclusió que, per descomptat, és la que caldria tenir en compte en matèria de comissions paritàries en l'àmbit laboral.

A partir d'aquí, correspon a les parts fixar la composició concreta de la comissió i el repartiment de llocs que haurà de respondre a criteris de proporcionalitat o raonables, ja que fins i tot en relació amb qualsevol tipus de comissions s'ha establert, amb encert, el criteri que el respecte a la llibertat sindical, al principi de no-discriminació, s'hi podria afegir que la interdicció de l'arbitrarietat, obliga que la seva composició respongui a criteris d'"objectivitat, adequació, raonabilitat i proporcionalitat".<sup>18</sup>

Així doncs, no només s'haurà de respectar el dret a formar part de tots els sindicats signants del pacte o acord, sinó que la distribució de llocs entre els sindicats haurà de respondre a aquests criteris raonables i de proporcionalitat.

**17.** Pel que fa a aquest tema, vegeu la STS de 17 d'octubre de 2003, Rec. 730/00.

**18.** STSJ Castella-Lleó/Burgos de 24 de maig de 2004, Rec. 10/04.



S'ha de destacar, doncs, que no tots els sindicats legítimats per ser a la taula seran, si escau, en aquestes comissions, sinó solament els signants de l'acord.

Quant a les funcions, poden ser molt variades: estudi de temes, preparació de futures negociacions, recomanacions, etc., però a més, poden fer actuacions interpretatives i amb vista a l'eficàcia dels pactes, tal com passa amb les comissions paritàries dels convenis, ja que no sembla difícil encarregar aquestes funcions en el seguiment dels pactes.<sup>19</sup> No hi caben, per descomptat, actuacions negocials que estan reservades a les taules de negociació,<sup>20</sup> a més que si es fessin en aquestes comissions, per la seva pròpia composició, a què ja m'he referit, és possible que no tots els subjectes estiguessin legítimats per a aquesta negociació, motiu pel qual esdevindria directament il·legal.

El dubte no és, doncs, quant als límits de les seves funcions, sinó en la determinació de l'eficàcia que es pugui atribuir a aquestes actuacions relatives a la interpretació i l'aplicació dels pactes.

Sens dubte, pel que fa a aquest tema cal remetre's, en primer lloc, al que s'ha negociat i admetre que, si així s'ha acordat, aquestes actuacions interpretatives o de seguiment passin a formar part del pacte o acord o gaudeixin de la mateixa eficàcia.

És clar que això, pel que fa a pactes, no planteja especials problemes, però quant a acords suscita el dubte de si l'òrgan de govern també té reservada la facultat d'aprovació de l'acord de la comissió de seguiment.

Pel que fa a aquest tema, novament cal remetre's als pactes i no sembla impossible admetre que, si així es va acordar i va ser ratificat per l'òrgan corresponent de govern en aprovar l'acord, es pugui prescindir de l'acte de ratificació; això sempre, és clar, que l'actuació de la comissió de seguiment s'atingui a les seves funcions (interpretatives i de seguiment) i no alteri els termes de l'acord, ja que si ho fes, a més que ja es va avançar la il·legalitat d'aquesta actuació, sí que sembla absolutament imprescindible el respecte a la facultat de l'òrgan de govern respectiu de ratificar o aprovar la modificació de l'acord -que en definitiva seria un nou acord.

D'altra banda, res no impedeix que les parts atribueixin en els seus acords o pactes unes altres funcions a aquestes comissions, cosa que és perfectament negociable. Resolent supòsits concrets, s'admet que no hi ha cap vici referent a l'atribució de funcions a aquestes comissions si les seves decisions no són vinculants per a l'entitat i els funcionaris,<sup>21</sup>

**19.** Així ho raona, per exemple, l'STSJ Castella-la Manxa de 28 de febrer de 2005, Rec. 398/01.

**20.** STS de 17 d'octubre de 2003, Rec. 730/00.

**21.** STSJ Comunitat Valenciana de 9 de novembre de 2005, Rec. 1208/02.

fins i tot encara que comprenguin facultats lògiques d'interpretació i aplicació de l'acord i també tasques conciliadores i arbitrals (laudes), sempre que es reconegui la possibilitat d'acudir a la jurisdicció competent, cosa que fa que no es puguin considerar absolutament vinculants,<sup>22</sup> tesi interessant i que obre, sens dubte, àmplies possibilitats d'actuació.

En qualsevol cas, res no impedeix que, una vegada establerta la interpretació dels pactes, un funcionari individualment qüestionari aquesta interpretació i en sol·liciti la inaplicació. El problema és que en aquest cas el litigi pot qüestionar, no només que el pacte o l'acord siguin il·legals, sinó que la interpretació no s'ajusta al text negociat, per la qual cosa l'última paraula sobre l'eficàcia d'aquesta interpretació hauria de passar a l'òrgan judicial. No es qüestionaria, certament, la interpretació en termes generals, però sí que en seria examinable la correcció en una seu judicial en els litigis concrets que s'entaulessin.

Fins i tot no és descartable que, igual que un sindicat o estructura representativa dels funcionaris pot impugnar els pactes o acords, també pugui qüestionar la interpretació feta per la comissió de seguiment, precisament perquè no s'adapta al pacte o acord. En aquest cas sí que s'estaria impugnant, en general, la citada interpretació i, novament, l'última paraula hauria de correspondre als òrgans judicials.

En definitiva, la situació no difereix gaire de la que es planteja a l'àmbit laboral: la comissió de seguiment pot establir una interpretació amb efectes generals, però aquesta interpretació no és totalment vinculant per als òrgans judicials que, si s'hi qüestionen al davant, poden reexaminar-ne tant la legalitat com si s'ajusta o no al text original del pacte o acord. Seria desitjable que això últim escapés de la revisió jurisdiccional, però sense reformes legals sobre això no sembla que sigui així; fins que aquestes reformes es facin, l'eficàcia d'aquestes interpretacions dependrà de l'autocontenció dels òrgans judicials per respectar el que decideixi la comissió de seguiment.

**22.** STSJ Castella-la Manxa de 28 de febrer de 2005, Rec. 398/01.

## Bibliografía

- Com a bibliografia de referència, encara que no exhaustiva, posterior a la LORAP i que continua vigent després de ser modificada en matèria, precisament, de negociació col·lectiva, es pot citar la següent:
- Div. A. Informe de la comissió d'experts per a l'estudi i preparació de l'Estatut bàsic de l'empleat públic. Disponible a [www.map.es](http://www.map.es)
- DIV. A. (Landa Zapirain, J. P. coordinador) *La negociación colectiva de las condiciones de trabajo de los empleados públicos al servicio de las Administraciones Públicas Vascas*, Dykinson, Madrid, 2003
- Alfonso Mellado, C. L. "Cuestiones actuales en torno a los derechos colectivos de los empleados públicos", *Tribuna Social*, número 120, 2000
- Alfonso Mellado, C. L. "La negociación colectiva de los funcionarios públicos" *Revista de Derecho Social*, núm. 13, 2001
- Alfonso Mellado, C. L. "Contenido y eficacia de la negociación colectiva de funcionarios en el Estatuto Básico" *Revista de Derecho Social*, núm. 37, 2007
- Arenilla Sáez, M. *La negociación colectiva de los funcionarios públicos* La Ley, Madrid, 1993
- Del Rei Guanter, S. i Luque Parra, M. "Criterios jurisprudenciales recientes sobre la negociación colectiva de los funcionarios públicos", *Relaciones laborales*, núm. 4, 1997
- Del Rei Guanter, S. "La nueva regulación de la negociación colectiva y de la solución de los conflictos en la función pública", *Relaciones laborales*, núm. 11, 1991
- Escudero Rodríguez, R. "El nuevo marco de la negociación colectiva de los funcionarios públicos. Novedades en materia de elecciones a órganos de representación unitaria", *Relaciones laborales*, núm. 19, 1990
- Fernández Domínguez, J. J. i Rodríguez Escanciano, S. *La negociación colectiva de los funcionarios públicos*, CEDECS, Barcelona, 1996
- García Murcia, J. "Marco legal y contenido de la negociación colectiva de los empleados públicos", *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 11, 1993
- García Perrote Escartín, I. "Los derechos colectivos en el empleo público", a A. D. *Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas. XI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2001
- Gómez Caballero, P. *Los derechos colectivos de los funcionarios*, Consejo Económico y Social, Madrid, 1994
- Gómez Caballero, P. "La vinculación de los acuerdos colectivos en el ámbito de la función pública", *Relaciones Laborales*, núm. 13, 2001
- Gorelli Hernández, J. "Negociación colectiva y retribución de los funcionarios públicos (a propósito de la STS 21 marzo 2002)", *Aranzadi Social*, 17, 2003
- Macedo de Britto Pereira, R. J. *La negociación colectiva en la función pública*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2004
- Macedo de Britto Pereira, R. J. "El incremento de las retribuciones de los funcionarios (Comentario a la SAN de 7 de noviembre de 2000)", *Relaciones Laborales*, núm. 24, 2001
- Manzana Laguarda, R. *Derechos y deberes de los funcionarios públicos*, Tirant Lo Blanch, València, 1996
- Manzana Laguarda, R. "Los funcionarios públicos y la negociación colectiva de sus condiciones de trabajo", a *Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, Madrid, 1995
- Marín Alonso, I. "La congelación salarial de los funcionarios públicos mediante determinación unilateral del correspondiente ministro para las Administraciones Públicas", *Aranzadi Social*, núm. 20, 2001

- Martín Jiménez, R. "Retribuciones de los funcionarios públicos, acuerdos políticos y leyes de presupuestos", *Aranzadi Social*, núm. 20, 2001
- Martínez Abascal, V. A. "La eficacia de la negociación colectiva de los funcionarios: a propósito de la sentencia de la Audiencia Nacional de 7 de noviembre de 2000", *Relaciones Laborales*, núm. 13, 2001
- Martínez Gayoso, M. N. *El derecho a la negociación colectiva de los funcionarios públicos en la Constitución*, UPV, Bilbao 2002, Martínez Gayoso, M. N. *Las comisiones de seguimiento de pactos y acuerdos en la función pública*, IVAP, Bilbao, 2002
- Méndez Sebastián, P. "La sentencia de la Audiencia Nacional sobre el incremento retributivo de los funcionarios: crónica de un conflicto anunciado", *Justicia Laboral*, núm. 2, 2001
- Perona Mata, C. "Reflexiones a propósito de la sentencia de la Audiencia Nacional sobre la revisión salarial de los empleados públicos", *Revista de Derecho Social*, núm. 13, 2001
- Rodríguez Card, I. A. "La negociación colectiva de los funcionarios públicos", *Revista de Trabajo y Seguridad Social, Estudios Financieros*, núm. 200, 1999
- Rodríguez Ramos, M. J. *El Estatuto de los funcionarios públicos*, Comares, Granada, 1997
- Rodríguez Ramos, M. J. "Érase una vez... la negociación colectiva de los funcionarios públicos" *Aranzadi Social*, núm. 20, 2001
- Roqueta Buj, R. *La negociación colectiva en la función pública*, Tirant Lo Blanch, València, 1996
- Roqueta Buj, R. La negociación colectiva en el proyecto de Estatuto Básico de la Función Pública, *Actualidad laboral* núm. 33, 1998
- Roqueta Buj, R. "La negociación del incremento de las retribuciones de los funcionarios (a propósito de la sentencia de la Audiencia Nacional de 7 de noviembre de 2000)", *Justicia Laboral*, núm. 6, 2001
- Rojas Rivero, G. P. "Notas sobre la negociación colectiva en el anteproyecto básico de la función pública", *Revista de Derecho Social*, núm. 1, 1998
- Rodríguez-Piñero i Bravo-Ferrer, M. "Llei i negociació col·lectiva en la funció pública", *Relaciones Laborales*, núm. 14, 1997
- Ruiz Castilla, M. M. "Los acuerdos sobre retribución de los funcionarios públicos. STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 21 de marzo de 2002", *Temas Laborales*, núm. 64, 2002
- Sala Franco, T. "La negociación colectiva en el empleo público", a AA. D. *Cuestiones actuales sobre la negociación colectiva, XIV Jornadas de estudio sobre la negociación colectiva*, Ministerio de Trabajo, Madrid, 2001
- Sala Franco, T. i Roqueta Buj, R. *Los derechos sindicales de los funcionarios públicos*, Tirant Lo Blanch, València, 1995
- Valdés Dal-Ré, F. "Los derechos de negociación colectiva y de huelga de los funcionarios públicos en el ordenamiento jurídico español: una aproximación", *Civitas Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 86, 1997

# 2

**L'objecte de la negociació  
col·lectiva a partir de  
l'Estatut bàsic de l'empleat  
públic.** Matèries incloses  
i excloses en la negociació  
col·lectiva de les  
corporacions locals

**Joan Mauri Majós**

Professor de dret administratiu de la Universitat de Barcelona

## 1. Consideracions generals

De conformitat amb l'article 37.1 de l'EBEP, seran objecte de negociació, en el seu àmbit respectiu i amb relació a les competències de cada Administració pública i amb l'abast que legalment sigui procedent en cada cas, les matèries que expressament s'assenyalen en aquest precepte.

Per tant, en el moment de determinar el desenvolupament de l'activitat negocial de les meses de negociació, caldrà tenir en compte les consideracions següents:

a) La inclusió de les matèries que específicament assenyalen l'article 37.1 de l'EBEP en l'àmbit de la negociació col·lectiva és determinada pel sistema de distribució de competències en matèria de funció pública entre l'Estat, les comunitats autònomes i les entitats locals.

b) La negociació d'una determinada matèria s'ha de fer "amb l'abast que legalment sigui procedent en cada cas", és a dir, encara que l'article 37.1 de l'EBEP inclogui en l'àmbit de la negociació col·lectiva una determinada matèria caldrà distingir entre l'espai d'aquesta matèria reservada a la llei i la que s'encomana o delega a la negociació col·lectiva, que configurarà l'espai de disponibilitat d'una mesa de negociació que s'ha d'ajustar estrictament al principi de legalitat i al de cobertura pressupostària, tal com enuncia l'article 33.1 de l'EBEP.

c) Un cop determinada la competència i la legalitat de l'objecte d'una possible negociació, aquesta està condicionada al tractament de les qüestions que s'incloguin en "l'àmbit respectiu" de la mesa de negociació, amb la qual cosa s'ha d'analitzar el repartiment dels diferents espais de negociació en una estructura complexa integrada per diferents tipus d'unitats negociadores de les condicions de treball dels funcionaris i dels empleats públics. Aquí la distinció d'espais entre meses de negociació de les administracions públiques, mesa general de negociació d'una Administració pública i les seves derivades sectorials i meses per a la determinació de les matèries comunes al personal funcionari i laboral sembla essencial. Senzillament, no és suficient que una matèria sigui susceptible de negociació, sinó que es fa necessari que el seu tractament estigui permès en una determinada mesa, de conformitat amb les regles que regulen l'articulació del sistema d'unitats de negociació.

## 1.1 El principi de competència

L'article 37.1 de l'EBEP determina les matèries que han de ser objecte de negociació en funció sempre de la competència que es pugui tenir sobre aquestes. La referència de l'àmbit susceptible de negociació al criteri de competència ens remet sempre a la posició concreta que sobre cada matèria pugui tenir cadascuna de les entitats territorials que componen els diferents nivells de l'estructura de l'Estat.

De fet, la competència matisa i ordena la capacitat negocial de les nostres administracions públiques, i hi ha una vinculació efectiva entre l'espai de la negociació i les competències materials de cada entitat, de manera que l'acord convingut entre la representació pública i les organitzacions sindicals solament tindrà eficàcia si l'objecte acordat pertany a l'àmbit competencial establert legalment per a cada entitat territorial. La regla és relativament senzilla: solament pot negociar l'entitat que per raó de la matèria té atribuïda la competència legal sobre l'objecte negocial.

Amb relació a la funció pública local, encara que l'article 2 de l'EBEP afirma rotundament que aquesta norma bàsica s'aplica al personal de les administracions de les entitats locals, la regulació de l'ocupació pública local queda en una situació d'indefinió preocupant. L'article 3.1 de l'EBEP ens dirà que el personal funcionari de les entitats locals es regeix per la legislació estatal que hi resulti aplicable, de la qual forma part l'EBEP, i per la legislació de les comunitats autònomes, amb respecte a l'autonomia local.

D'aquesta manera s'ha optat per una línia continuista que comporta mantenir un sistema de fonts de l'ocupació pública local marcat per l'existència d'una doble competència de l'Estat per dictar les bases del règim estatutari dels funcionaris públics i, a més, les bases del règim dels empleats públics locals. Una doble competència que significa en l'àmbit de la funció pública local l'aplicació de l'EBEP, però també el manteniment en vigor, en tot allò que no contradigui les disposicions del text estatutari o s'hi oposi, de tota la normativa bàsica recollida en la LRRL i en el TRRL.

A partir d'aquí destriar la competència local en matèria de funció pública després de l'entrada en vigor de l'EBEP és una operació d'una complexitat tècnica important i que segurament oferirà resultats marginals en un entorn caracteritzat per la subsistència de les regles estatals i autonòmiques.

## 1.2 El principi de legalitat

En l'àmbit privat és una doctrina coneguda el sotmetiment del conveni col·lectiu a la llei i a les normes d'un rang jeràrquic superior. Tanmateix, els articles 28.1 i 37.1 de la CE avalen una garantia d'efectivitat de la negociació col·lectiva laboral de manera que aquesta negociació i els seus resultats tinguin una possibilitat real d'influir de manera decisiva en la configuració del règim jurídic de la relació de serveis entre el treballador i l'empresari. És en aquest sentit que es considera l'existència d'un cercle de matèries determinades pel concepte *condicions de treball* que han de quedar exclusivament reservades a la negociació i en les quals les normes de dret objectiu solament han d'intervenir per a la protecció dels drets fonamentals i per motius estrictes d'ordre públic laboral.

Aquesta posició es reflecteix en l'article 3.2 de l'ET, referit a les fonts de la relació laboral, en el qual s'assenyala que les disposicions reglamentàries desenvoluparan els preceptes que estableixen les normes de rang superior, però no podran establir condicions de treball distintes a les establertes per les lleis a desenvolupar, funció que tradicionalment s'atribueix al conveni col·lectiu.

Semblantment, en l'ordenament laboral es pot distingir entre els principis d'imperativitat legal, de norma mínima i de normes més favorables. Les normes laborals poden ser absolutament imperatives o dispositives o relativament imperatives o de dret necessari relatiu en la seva relació amb els productes de la negociació col·lectiva que poden establir amb elles relacions distintes de les purament jeràrquiques, i d'aquesta manera s'estableixen connexions complexes de cooperació funcional com poden ser les següents:

a) La llei pot regular de manera exclusiva la matèria excloent-ne completament els productes de la negociació col·lectiva, relació d'exclusió que ordinàriament es dona en el territori de la reserva de llei.

b) La llei i el conveni col·lectiu poden compartir conjuntament la matèria o el supòsit objecte de regulació amb possibilitats que hi hagi una ordenació triple: la llei regula els continguts mínims del supòsit que poden ser millorats per la norma col·lectiva (relacions de suplementarietat); la llei configura de manera imperativa els aspectes bàsics de la institució que poden ser complementats o desenvolupats per la norma col·lectiva (relacions de complementarietat); la llei regula el supòsit mitjançant una disciplina normativa que solament podrà aplicar-se en defecte o absència de



regulació convencional sobre la matèria (relacions de subsidiarietat o supletorietat).

Una qüestió distinta és l'existència en paral·lel als sistemes de relació entre les normes objectives i les normes convencionals d'un seguit de principis d'aplicació i interpretació de les normes laborals en els supòsits de conflicte normatiu. Precisament dintre dels criteris d'aplicació i interpretació de les normes laborals es poden localitzar els principis de norma més favorable, condició més beneficiosa o l'anomenat *principi pro operari*.

Tanmateix, el principi de norma més favorable s'ha aplicat en una circumstància històrica determinada en la qual conviuen ordenances laborals i convenis col·lectius per determinar la norma més favorable al treballador en el seu conjunt. Semblantment, el principi de condició més beneficiosa s'utilitza per conservar les millores obtingudes pels treballadors mitjançant negocis jurídics, contractuals o actes unilaterals durant la vigència d'una regulació normativa determinada. En canvi, el principi *pro operari* o principi de favor descriu una característica institucional de les normes laborals a les quals es reconeix una finalitat tuitiva i compensadora. En tot cas, convé destacar que cap d'aquests sistemes s'ha utilitzat com a sistema articulador de relacions entre la llei i la norma col·lectiva.

Les reflexions efectuades es poden traslladar ara al camp de la funció pública i més concretament a l'articulació del principi de legalitat amb l'objecte de la negociació col·lectiva. En aquesta direcció no serà sobrer recordar el particular sistema de fonts que regula la funció pública local. Les lleis estatals i, encara més, les lleis autonòmiques que regulen l'Estatut dels funcionaris públics i les seves normes de desenvolupament reglamentari adopten una estructura detallada, rígida i uniforme, estació final d'una doble habilitació competencial i d'un sistema pensat en termes d'equivalència o identitat entre funcions públiques.

És en aquesta direcció que es pot dir que "les característiques de precisió, rigidesa i uniformitat inherents al règim estatutari emanat de la legislació bàsica de l'Estat i, si s'escau, dels òrgans legislatius de les comunitats autònomes, no permeten que per analogia amb el sistema de relacions laborals aquest bloc legislatiu sigui identificat com a plataforma de mínims sobre el qual pugui pivotar tota una constel·lació d'unitats negociadores en què cadascuna pacti al seu lliure arbitri i amb el lema que el que no està prohibit per la llei s'ha de presumir que està permès i pot, per tant, ser objecte de regulació de

conformitat amb el bon criteri de la mesa negociadora” (STS de 22 d’octubre de 1993).

Aquesta mateixa terminologia sembla remetre el principi de legalitat a una situació en la qual el procés de negociació està condicionat per l’existència d’un gran nombre de disposicions normatives, que subratlla la completesa de l’ordenament jurídic de la funció pública i l’absència de marges de regulació per a l’establiment d’unes normes convencionals que s’han de produir amb l’abast que legalment sigui procedent en cada cas.

Precisament, aquesta referència a una negociació col·lectiva amb l’abast que legalment sigui procedent sembla afirmar el principi de legalitat des del vessant estricte de la vinculació positiva del procés de negociació a una norma habilitant prèvia amb caràcter de llei formal, amb la qual cosa el principi de legalitat arribaria a confondre’s amb el d’habilitació legal, i privaria el procés de negociació del seu caràcter innovador i de la seva virtualitat com a instrument de flexibilitat i adaptabilitat organitzativa.

Tanmateix, aquesta és una interpretació estricta que convé matisar. En aquesta direcció cal recordar el contingut de la STC 1/2003, de 16 de gener, pronunciant-se que després de reiterar la doctrina constitucional sobre la reserva de llei en matèria de funció pública introdueix com a novetat l’admissió, com a normes de col·laboració o complement de la llei, a més del reglament, d’altres tipus de fonts normatives, com poden ser els acords col·lectius.

Semblantment, no es pot obviar que el mateix EBEP estableix un procés d’obertura i cessió a la norma convencional de territoris normatius ?que la llei autonòmica hauria de respectar? en matèries com poden ser les retribucions, la jornada i les vacances, els permisos i les llicències, la mateixa estructura de la negociació col·lectiva o els sistemes de solució de conflictes, que permeten afirmar una operació d’ampliació d’espais propis de la norma convencional de la qual han de resultar més possibilitats reguladores per a l’autonomia de les parts en un procés de negociació que s’ha de procurar no condicionar per normes de dret objectiu.

### 1.3 El criteri de l’àmbit

Les qüestions que s’ha de tractar corresponen a “l’àmbit respectiu” de cada mesa de negociació, amb la qual cosa s’està enunciant el repartiment de funcions entre les diferents unitats que integren l’estructura de la negociació.

En aquesta direcció convé recordar que ha quedat reservada a la mesa general de negociació de les administra-

cions públiques la negociació de les matèries enunciades en l'article 37 de l'EBEP que puguin resultar susceptibles de regulació estatal amb caràcter de norma bàsica, amb la menció específica de l'increment global de les retribucions del personal al servei de les administracions públiques que correspongui incloure en el Projecte de llei de pressupostos generals de l'Estat de cada any.

Tanmateix, la negociació en la mesa general de les administracions públiques "es produirà sens perjudici dels acords a què puguin arribar les comunitats autònomes en el seu àmbit territorial corresponent en virtut de les seves competències exclusives i compartides en matèria de funció pública", plantejament que suggereix la possible existència d'una mesa autonòmica d'administracions públiques per a la determinació de les condicions de treball comunes que s'hagin d'aplicar a les funcions públiques del seu àmbit territorial respectiu i, més concretament, a la funció pública de la comunitat autònoma i a les funcions públiques de les entitats locals i de les universitats del seu territori.

Entrant ja en el que podríem anomenar l'estructura interna de negociació d'una entitat local, aquí el problema està en una articulació correcta de la negociació que s'ha de produir en la mesa de negociació del personal funcionari, en la comissió negociadora del personal laboral i en la mesa general per a la negociació de les condicions de treball comunes al personal funcionari i laboral. L'àmbit objectiu del concepte *matèries comunes* resulta, ara per ara, de determinació difícil.

Certament, es pot fer una interpretació extensiva del concepte i procurar una ampliació de la matèria objecte de la negociació, però aquest plantejament trobarà sempre dues dificultats:

a) La possible existència de legitimacions distintes per constituir i acordar els diferents instruments convencionals en les distintes instàncies de negociació.

b) El mateix àmbit material que pot ser objecte de negociació per als diferents tipus de personal, atès que la negociació dels funcionaris públics està determinada legalment sobre la base de clàusules relativament tancades que comporten una limitació real de les matèries que poden ser objecte de negociació i que *a priori* no resulta coincident amb les matèries objecte de negociació per a la determinació de les condicions de treball del personal laboral al servei d'una Administració pública.

Ens pot agradar més o menys, ser més o menys funcional,

però l'àmbit material de negociació conjunta s'ha de limitar a la regulació comuna, sense abastar, doncs, tots els possibles àmbits materials que han de ser objecte de negociació.

Menys problemes pot originar la diferenciació entre meses generals de negociació i meses sectorials de negociació. Per resoldre els que es puguin originar, els articles 34.5 i 38.9 de l'EBEP fixen els criteris de primacia i complementarietat. El criteri de primacia s'ha entès com una obligació de no tractar o de no modificar en les meses sectorials les matèries que hagin estat objecte de decisió en l'àmbit general o les que específicament no s'hagi reenviat o delegat, de manera que l'àmbit de negociació superior es pugui reservar les qüestions comunes al conjunt dels funcionaris. El criteri de complementarietat comporta que els pactes o els acords establerts per a un àmbit sectorial de negociació, quan abordin una matèria ja regulada en un àmbit superior, no puguin modificar l'acord preexistent, atès que s'han de limitar exclusivament a complementar l'acord de l'àmbit superior.

## 2. Les matèries objecte de negociació

L'article 37.1 de l'EBEP estableix que seran objecte de negociació les matèries següents: "a) L'aplicació de l'increment de les retribucions del personal al servei de les administracions públiques que s'estableixi en la Llei de pressupostos generals de l'Estat i de les comunitats autònomes. b) La determinació i aplicació de les retribucions complementàries dels funcionaris. c) Les normes que fixen els criteris generals en matèria d'accés, carrera, provisió, sistemes de classificació de llocs de treball, i plans i instruments de planificació de recursos humans. d) Les normes que fixen els criteris i mecanismes generals en matèria d'avaluació del desenvolupament. e) Els plans de provisió social complementària. f) Els criteris generals dels plans i fons per a la formació i la promoció interna. g) Els criteris generals per a la determinació de prestacions socials i pensions de classes passives. h) Les propostes sobre drets sindicals i de participació. i) Els criteris generals d'acció social. j) Les que així s'estableixin en la normativa de prevenció de riscos laborals. k) Les que afecten les condicions de treball i les retribucions dels funcionaris, la regulació de les quals exigeixi una norma amb rang de llei. l) Els criteris generals sobre ofertes d'ocupació pública. m) Les referides a calendari laboral, horaris, jornades, vacances, permisos, mobilitat funcional i

geogràfica, així com els criteris generals sobre la planificació estratègica dels recursos humans, en aquells aspectes que afecten les condicions de treball dels empleats públics.”

Lògicament, la virtualitat pràctica d'aquest precepte resideix en la determinació de les matèries que han de ser objecte de negociació. Tanmateix, a l'hora de determinar l'àrea de desenvolupament de l'activitat negocial de les meses de negociació cal tenir en compte dos elements essencials: el caràcter relativament tancat de les matèries que han de ser objecte de negociació i la naturalesa general de les disposicions o normes pròpies dels pactes i acords en els quals s'han d'integrar els productes de la negociació.

## 2.1 La determinació legal de les matèries objecte de negociació

Prescindint de les matèries la regulació de les quals exigeix normes amb rang de llei, per no ser el cas en què es trobaran les nostres entitats locals, s'ha tenir en compte que l'objectiu últim de l'article 37.1 de l'EBEP és de llistar un seguit d'àmbits negocials, identificant-los d'una manera més o menys precisa amb un contingut determinat i referint-los a un tipus d'intervenció o actuació pública de caràcter específic.

Així, en les lletres d'aquest precepte s'esmenta un seguit d'aspectes de la regulació de l'Estatut dels funcionaris públics que han de ser objecte de negociació. Aquesta relació s'ha d'entendre en els seus termes estrictes, sense que res no autoritzi a afirmar que les matèries no incloses en aquesta llista poden ser objecte de negociació per voluntat dels òrgans polítics de l'Administració pública corresponent, atès que les entitats públiques estan subjectes a l'imperi de la llei i negociar sobre aquestes matèries seria precisament privar de sentit l'existència mateixa d'aquesta delimitació de matèries que poden ser objecte de negociació.

Encara més, d'aquesta llista ha desaparegut el precepte contingut en l'article 32.k de l'antiga LORAP que permetia la negociació de “les matèries de tipus econòmic, de prestació de serveis, sindical, assistencial, i en general totes les que afecten les condicions de treball i l'àmbit de relacions dels funcionaris públics i les seves organitzacions sindicals amb l'Administració”.

Amb aquests antecedents és evident que els àmbits materials objecte de negociació figuren concretats en una norma de rang legal, amb la qual cosa a partir d'ara caldrà

atenir-se al contingut i la definició de les matèries que es descriuen, sense que sigui possible afirmar un principi general de negociació de les condicions de treball dels funcionaris públics que faciliti una expansió de la negociació col·lectiva cap a àmbits no assenyalats específicament com a matèries objecte de negociació, tenint sempre en compte el tractament de la regulació efectuada per la llista de clàusules específiques que en un nivell diferent de concreció actuen com a concepte delimitador de l'espai de la negociació per a un àmbit objectiu concret.

## 2.2 La naturalesa general dels productes de la negociació

Dintre d'aquesta precisió més gran de l'àmbit material de la negociació, convé fer referència a la interiorització legal del criteri jurisprudencial que considerava la negociació col·lectiva com un poder essencialment normatiu que convé diferenciar de la capacitat de resolució pròpia de l'àmbit de gestió.

Aquesta doctrina considera la negociació com un sistema convencional de producció de normes, i refereix el sistema de negociació col·lectiva a la determinació de les condicions de treball en els seus aspectes estructurals, bàsics i generals, sense que hagi de descendir a la producció concreta de les decisions individuals que hagi d'adoptar cada òrgan administratiu. D'aquí que les diferents lletres de l'article 37.1 de l'EBEP precisin que el que ha de ser objecte de negociació són normes, criteris generals o plans amb capacitat suficient per articular una política de personal, però no actes i resolucions administratives que es corresponen amb l'àmbit de la gestió i administració de personal, la responsabilitat dels quals recau sobre els òrgans actius i el personal directiu de l'Administració pública corresponent.

## 2.3 L'increment de les retribucions i la determinació i aplicació de les retribucions complementàries

L'increment global de les retribucions del personal al servei de les administracions públiques que correspongui incloure en el Projecte de llei de pressupostos generals de l'Estat de cada any és una competència específica de la mesa general de negociació de les administracions públiques i, per tant, el seu tractament està vedat a les meses de negociació de les diferents administracions públiques, que coneixen exclusivament de la determinació i aplicació de les retribucions complementàries.

Lògicament això vol dir que les quanties de les retribu-

cions bàsiques –sou, triennis i pagues extraordinàries– es reserven també a l'àmbit de determinació estatal, atès que la seva consideració és la de preceptes bàsics que s'han de tractar i incloure en la llei pressupostària estatal, tal com estableixen els articles 21.1 i 23 del mateix EBEP.

En aquest marc, l'objecte negocial de la mesa de negociació d'una entitat local es redueix estrictament a la determinació i aplicació de les retribucions complementàries dels funcionaris públics, operació que comportarà la determinació de la quantia global de les retribucions complementàries i la seva distribució entre els diferents factors configuratius d'aquestes retribucions –carrera, lloc de treball, productivitat–, fent ús dels elements de singularitat o d'excepcionalitat que puguin permetre les lleis pressupostàries amb la finalitat de procurar les adequacions retributives que resulten imprescindibles pel contingut dels llocs de treball, la variació del nombre d'efectius assignats a cada programa, la progressió assolida pels funcionaris públics en la seva carrera professional o l'obtenció de resultats objectius que permeten acreditar retribucions sobre la base de l'interès, la iniciativa o l'esforç amb el qual el funcionari desenvolupa ordinàriament la seva feina.

#### **2.4 Les normes que fixen els criteris generals en matèria d'accés, carrera i provisió**

Les normes a les quals es fa referència en aquest apartat hauran de ser forçosament les de naturalesa reglamentària que puguin desenvolupar la reserva de llei que en aquesta matèria conté la nostra Constitució amb l'objectiu essencial de respectar el principi d'igualtat i mèrit.

En tot cas convé recordar que sobre aquesta matèria es projecten dues exclusions expresses de l'àmbit de la negociació: una, la que en el mateix article 37.2.e) de l'EBEP fa referència a la regulació i determinació concreta, en cada cas, dels sistemes, criteris, òrgans i procediments d'accés a l'ocupació pública i la promoció professional, amb la qual cosa sens dubte s'elimina de l'àmbit de negociació el tractament de les normes de tercer grau en matèria de selecció i les convocatòries de selecció o provisió de llocs de treball; l'altra, la que en l'article 60.3 de l'EBEP estableix la impossibilitat de negociar la participació dels funcionaris en els òrgans de selecció i provisió de llocs de treball, prohibició que al nostre parer s'ha d'estendre també a la representació del personal laboral, atès que el valor a protegir és un principi de professionalitat i imparcialitat dels òrgans de selecció que ha de ser comú a les polítiques d'accés a l'ocupació pública.

Semblantment, caldria reconèixer a les representacions dels funcionaris la mateixa facultat que l'article 61.7 de l'EBEP atribueix a les representacions dels treballadors públics de negociar formes de col·laboració en el marc dels instruments col·lectius corresponents que fixin l'actuació de les organitzacions sindicals en el desenvolupament dels processos selectius, sempre que, des de la perspectiva estricta de les garanties constitucionals, sapiquem trobar una utilitat clara a aquest precepte, atès que la selecció de personal és una potestat pública que no pot ser delegada o participada a una organització privada i caldrà mantenir la prohibició que els representants dels sindicats –no les persones concretes afiliades a un sindicat– formin part dels òrgans de selecció.

## 2.5 Els criteris generals sobre ofertes d'ocupació pública

La lletra l) de l'article 37.1 configura com a objecte de negociació els criteris generals per a l'elaboració de les ofertes públiques d'ocupació. Amb aquest enunciat l'objecte de la negociació s'ha de limitar a la negociació dels aspectes generals de les ofertes públiques que tinguin repercussió sobre les condicions de treball dels funcionaris públics, com poden ser els criteris de distribució de l'oferta entre els diferents grups de classificació de les places, les polítiques de promoció interna, els sistemes de selecció a aplicar, la reserva a favor de persones amb capacitat disminuïda i les polítiques de funcionarització o consolidació de l'ocupació pública que s'hagin d'efectuar.

Cal destacar que l'objecte de la negociació no és una oferta pública d'ocupació, sinó més concretament els criteris de confecció de les ofertes públiques corresponents que utilitzaran els òrgans de govern de la corporació local corresponent durant el període de vigència de l'acord corresponent. Per tant, no s'exigeix que anualment es presenti a la mesa de negociació una oferta pública d'ocupació, sinó que s'ajusti als criteris generals sobre ofertes d'ocupació pública que contingui l'instrument col·lectiu corresponent.

## 2.6 Els criteris generals dels plans i fons per a la formació i promoció interna

Aquí l'objecte de la negociació són els plans i els fons, és a dir, els instruments organitzatius per a l'acció de formació i promoció interna i els fons econòmics que es poden utilitzar per fer viables aquestes activitats.

En tot cas, la referència feta a la promoció interna sembla



redundant, atès que han de ser objecte de negociació els instruments de planificació dels recursos humans, que, entre altres coses, han de contenir les anàlisis pertinents sobre els efectius i recursos humans existents i les mesures a adoptar per transformar la dotació inicial en l'estructura de recursos humans que es consideri adequada per aconseguir els objectius de l'organització.

Pel que fa a la formació, els diferents acords de formació continua a les administracions públiques contenen disposicions efectives sobre els criteris a què s'ha d'ajustar la negociació dels plans de formació en les diferents administracions públiques i les bases reguladores per al seu desenvolupament que es poden considerar d'acord amb la definició de l'objecte negocial que s'enuncia en aquest precepte.

### **2.7 Les normes que fixen els criteris generals en matèria de classificació de llocs de treball i plans i instruments de planificació de recursos humans**

La primera de les referències d'aquest precepte s'ha d'entendre efectuada envers les relacions de llocs de treball o altres instruments organitzatius similars que gaudeixen de la naturalesa de veritables disposicions normatives. Tanmateix, s'ha de tenir en compte que l'objecte de la negociació ha de versar sobre els criteris generals o característiques essencials d'aquests instruments. És a dir, ha de correspondre a l'activitat negocial acordar les normes i els criteris generals d'acord amb els quals les administracions públiques hauran d'elaborar o, si s'escau, modificar aquests instruments organitzatius.

En tot cas, no serà sobrer recordar que, de conformitat amb l'article 37.2.a) de l'EBEP, s'exclouen de la negociació les decisions de les administracions públiques que afecten les seves potestats d'organització, sens perjudici que, quan les decisions de les administracions públiques que afectin aquestes potestats tinguin repercussió sobre les condicions de treball dels funcionaris públics incloses en l'apartat anterior d'aquest mateix article, serà procedent l'obertura del procés negociador corresponent.

Convindria reservar a la potestat organitzativa de les administracions públiques les decisions relatives a la creació i supressió dels llocs de treball i la determinació del nombre de les seves dotacions pressupostàries i la denominació i determinació de les seves característiques essencials, entre les quals caldria situar la definició del tipus de llocs de treball –singularitzat o no singularitzat–, el sistema de provisió a utilitzar per a la seva cobertura i la descripció

del lloc de treball, entesa com a definició de la seva posició jeràrquica i el seu contingut funcional essencial.

Tanmateix, en aquest cas serien objecte de negociació els requisits exigits per al desenvolupament dels llocs de treball, atès que poden condicionar la carrera administrativa, o les prescripcions de les relacions relatives a les condicions de treball, sempre que puguin incidir en aspectes substancials d'aquestes condicions referides a aspectes com poden ser les retribucions o la jornada de treball.

La segona referència emmarca entre les matèries negociables els plans i instruments de planificació de recursos humans de la lletra c) i els criteris generals sobre planificació estratègica dels recursos humans, en aquells aspectes que afecten les condicions de treball dels empleats públics, de la lletra m) de l'article 37.1 de l'EBEP. Sembla, per tant, que el que es vol assenyalar és que les organitzacions sindicals podran negociar els criteris generals de l'elaboració dels plans estratègics i operatius per a la gestió dels recursos humans d'una Administració pública i les mesures contingudes en aquests que afecten les condicions de treball dels funcionaris públics, salvaguardant sempre la potestat planificadora d'aquesta mateixa Administració pública, a la qual correspondrà l'aprovació última dels esmentats instruments de planejament.

En tot cas, no serà sobrer advertir que els esmentats plans per a l'ordenació dels recursos humans d'una Administració pública poden contenir previsions que afecten les potestats d'organització que es consideren excloses de la negociació, o mesures concretes sobre selecció, provisió i promoció professional que caldrà mantenir en el nivell de criteris o pautes d'actuació general per no envair el territori reservat a les resolucions públiques de caràcter objectiu.

## **2.8 Les normes que fixen els criteris i els mecanismes generals en matèria d'avaluació del desenvolupament**

De conformitat amb la lletra d) de l'article 37.1 de l'EBEP seran objecte de negociació les normes que fixen els criteris i els mecanismes generals en matèria d'avaluació del desenvolupament.

Precisament, segons l'article 20.1 de l'EBEP, l'avaluació del desenvolupament és el procediment mitjançant el qual es mesura i valora la conducta professional i el rendiment o la consecució de resultats dels diferents empleats públics.

De conformitat amb aquest precepte, el que ha de ser objecte de negociació són els criteris generals d'acord amb

els quals s'ha de mesurar i valorar la conducta professional rellevant sota control de l'empleat públic que genera el producte o servei que aconseguix els resultats o cobreix les responsabilitats que necessita o assumeix una organització pública determinada; també el que ha de ser objecte de negociació són els mecanismes o sistemes que permeten aquesta avaluació, des de l'elecció d'una metodologia d'avaluació determinada fins a les tècniques o els procediments necessaris per garantir la fiabilitat i validesa de l'avaluació.

Semblantment, entenem que també s'hauran de negociar els mateixos efectes de l'avaluació sobre les retribucions, la formació, la provisió de llocs de treball i el règim de carrera professional dels funcionaris públics, negociació que haurà de ser presidida per la perspectiva essencial de no considerar l'avaluació del desenvolupament com a un instrument de fiscalització dels empleats públics, sinó com a una eina essencial per a un coneixement millor de la feina, la competència professional i la millora i la motivació dels empleats públics.

## 2.9 La previsió social complementària i les mesures assistencials

La lletra e) de l'article 37.1 de l'EBEP estableix la negociació dels plans de previsió social complementària, mentre que la lletra g) del mateix precepte estableix la necessitat de negociar els criteris generals per a la determinació de prestacions socials i pensions de classes passives i la lletra i) de l'esmentat article incorpora en l'àmbit negocial els criteris generals d'acció social.

Tanmateix, la primera operació que convé efectuar en aquesta matèria és separar de l'àmbit possible de negociació la referència feta als criteris generals per a la determinació de prestacions socials i pensions de classes passives, referència que s'entén que s'efectua sobre la legislació de la Seguretat Social dels funcionaris civils de l'Estat i el règim jurídic del mutualisme administratiu que es regula per llei estatal i és objecte de negociació en la mesa de l'Administració general de l'Estat, i per tant queda al marge de l'activitat convencional pròpia de les unitats negociadores de les entitats locals, que es regeixen pel règim general de la Seguretat Social obligatòria, al marge també de la competència pròpia d'aquestes entitats locals per constituir un bloc material d'ordre públic de competència estatal vedat a la seva capacitat negociadora.

Pel que fa al que podríem denominar *Seguretat Social complementària*, l'article 37.1.e) de l'EBEP estableix el carà-

ter negociable dels plans i fons de pensions. En aquesta direcció convé recordar que la disposició final segona del Reial decret legislatiu 1/2002, de 29 de novembre, pel qual s'aprova el text refós de la Llei reguladora dels plans i fons de pensions, admet que les administracions públiques, incloent-hi les entitats locals, puguin promoure plans de pensions d'ocupació i fer-hi aportacions, així com contractar assegurances col·lectives. Confirmant aquest precedent, el mateix article 29 de l'EBEP, en el marc de les lleis pressupostàries corresponents, autoritza les administracions públiques a destinar quantitats percentuals de la massa salarial a finançar aportacions a plans de pensions d'ocupació o contractes d'assegurances col·lectives que incloguin la cobertura de la contingència de jubilació, quantitats que tindran amb caràcter general la consideració de retribucions diferides.

Al nostre entendre, aquests preceptes tenen capacitat suficient perquè considerem derogada i sense efecte la disposició addicional quarta de la Llei 11/1960, redactada per la disposició addicional del TRRL, que establia una prohibició adreçada a les corporacions locals de concedir aportacions, subvencions o ajudes de qualsevol gènere per a finalitats de previsió social dels seus funcionaris, precepte que es demostra contradictori i oposat al contingut de les normes que regulen aquesta matèria en l'EBEP.

Finalment, cal tenir en compte que l'esmentada lletra i) de l'article 37.1 de l'EBEP autoritza la negociació dels criteris generals d'acció social. S'inclouen aquí els beneficis accessoris de naturalesa no retributiva que tenen com a finalitat la satisfacció de les necessitats personals dels empleats públics, de manera que puguin treballar més eficaçment en l'estructura administrativa corresponent o sentir-s'hi més integrats.

En aquesta direcció, els acords de condicions de treball dels funcionaris públics reconeixen tradicionalment un seguit de prestacions socials en forma d'ajudes per a estudis, sanitàries, per a l'accés a institucions esportives i culturals o, senzillament, subvencions per càrregues familiars, que, atès que no tenen el caràcter de retribucions, no estan subjectes als límits dels increments de les despeses de personal que contenen els pressupostos generals de l'Estat.

## 2.10 Les propostes sobre drets sindicals i de participació

En aquesta matèria haurem d'incloure les propostes que facin referència a l'activitat representativa dels funcionaris

públics, tant la de tipus sindical com l'efectuada pels òrgans unitaris.

Tot i això, cal tenir present que l'EBEP deixa poc marge a la intervenció de la negociació col·lectiva en la regulació de les representacions unitàries. Així, en principi, l'establiment de les unitats electorals i, per tant, de l'àmbit d'actuació de les representacions respectives s'ha de regular per llei de l'Estat o de les comunitats autònomes, de conformitat amb les seves competències respectives. Tanmateix, les unitats electorals creades legalment poden ser objecte de modificació o creació de noves unitats pels òrgans de govern de les administracions públiques respectives, després que ho hagin acordat amb les organitzacions sindicals legítimes i en funció del nombre i les peculiaritats dels diferents col·lectius, per procurar l'adaptació a les estructures administratives o als àmbits de negociació que es puguin constituir. Per tant, la constitució de nous àmbits de representació unitària al si d'una entitat local es pot situar en l'àmbit convencional de la mesa de negociació d'aquesta mateixa corporació.

El nombre de delegats de personal i de membres de les juntes de personal a designar en cada unitat electoral es determina estrictament en l'article 39.2 i 5, sense que puguin ser alterat pels instruments derivats de la negociació col·lectiva.

Les funcions de les juntes de personal i els delegats de personal tenen un caràcter relativament tancat, atès que l'article 40 de l'EBEP no fa cap menció a una possible ampliació d'aquestes facultats a través de la negociació col·lectiva. Tanmateix, al nostre parer és possible ampliar les facultats informatives i participatives dels òrgans de representació unitària a aspectes relacionats amb la política de personal d'una entitat local sempre que no s'acabi desvirtuant el sentit i la finalitat de l'activitat representativa, transformant, per exemple, la facultat d'informe en una facultat de decisió, o alterant la naturalesa última de l'òrgan de representació, introduint-lo en les activitats de negociació.

Les garanties i facilitats per a l'exercici de la funció representativa del personal estan enumerades taxativament en l'article 41 de l'EBEP, sense que puguin ser objecte d'ampliació a conseqüència de l'activitat convencional, que, en canvi, pot procedimentalitzar i formalitzar les formes d'exercici dels drets representatius establertes en aquest precepte.

Lògicament, en matèria sindical els instruments col·lec-

tius poden aspirar a millorar la implantació i l'activitat representativa dels sindicats en les unitats administratives. En aquesta direcció, l'article 37.1 de l'EBEP disposa explícitament la negociació d'aquestes matèries en el marc que estableixi la Llei orgànica de llibertat sindical, que conté entre les seves previsions crides concretes a la negociació col·lectiva, com poden ser les establertes en l'article 8.2 de la LOLS, sobre drets de les seccions sindicals, en l'article 10.2 de la LOLS, sobre el nombre de delegats sindicals, i en l'article 10.3 de la LOLS, sobre competències i drets dels delegats sindicals.

### **2.11 Les matèries establertes en la normativa de prevenció de riscos laborals**

En matèria de salut laboral estem davant d'una remissió en bloc a les previsions sobre negociació col·lectiva que estableix la Llei 31/1995, de 8 de novembre, de prevenció de riscos laborals. Precisament, en matèria de salut laboral la negociació col·lectiva té un paper rellevant que li ha estat atribuït per la mateixa llei de regulació.

En aquesta direcció podem esquematitzar la funció de la negociació col·lectiva en matèria de prevenció de riscos laborals si considerem que:

a) A la negociació col·lectiva li ha de correspondre una activitat de millora i desenvolupament dels preceptes legals, tal com estableix l'article 2.2 de la LPRL, que configura les disposicions d'aquesta llei com a mínims de dret necessari que poden ser millorats i desenvolupats pels instruments col·lectius.

b) L'activitat convencional ha de procurar l'adaptació global de la legislació de riscos laborals a les activitats administratives i als serveis públics, prestant una atenció especial a determinats tipus d'establiments, com poden ser els penitenciaris o els de seguretat.

c) Els instruments col·lectius han de concretar les possibilitats de regulació que en matèria de representació ofereix la legislació de prevenció de riscos laborals, sobretot en l'elecció dels delegats de prevenció o de l'òrgan de representació que assumeixi les seves competències en l'àmbit de la funció pública.

### **2.12 Les matèries referides a calendari laboral, horaris, jornades, vacances, permisos i mobilitat funcional i geogràfica**

En matèria de temps de treball, forçosament el punt de partida ha de ser la mateixa regulació inclosa en l'EBEP que estableix les qüestions següents:

a) Les administracions públiques estableixen la jornada general de treball i les especials dels seus funcionaris públics (art. 47 EBEP).

b) Els funcionaris públics tenen dret a gaudir com a mínim, durant cada any natural, d'unes vacances retribuïdes de vint-i-dos dies hàbils, o dels dies que corresponguin proporcionalment. No es consideren els dissabtes com a dies hàbils i se subordina el període de gaudiment de vacances a les necessitats dels serveis (art. 50 EBEP).

c) Les administracions públiques determinaran els casos de concessió de permisos als funcionaris públics i els seus requisits, efectes i duració. En tot cas, es concediran els permisos per conciliació de la vida personal, familiar i laboral i per raó de violència de gènere i, a més, si manca legislació aplicable, els permisos i la seva duració seran els establerts en la legislació estatutària (art. 48 i 49 EBEP).

Sembla que la voluntat de l'EBEP és de configurar la determinació del règim jurídic del temps de treball com una facultat organitzativa de les diferents administracions públiques que solament està subjecta al manteniment dels mínims de dret necessari que disposa la mateixa norma estatutària. Tanmateix, convé tenir en compte que aquest plantejament pot ser objecte d'interpretació en l'àmbit de les administracions locals, en el qual es pot considerar que continuen vigents l'article 94 de la LRBRL, que estableix que la jornada de treball serà en còmput anual la mateixa que es fixi per als funcionaris de l'Administració civil de l'Estat, i els articles 142 i 144 del TRRL, que remetent el règim de les vacances, llicències i permisos dels funcionaris locals a la legislació de la comunitat autònoma respectiva. El tema no és senzill i han sorgit ja les primeres diferències en matèria d'interpretació doctrinal, amb la qual cosa l'última paraula en aquestes matèries l'acabaran tenint uns tribunals que tenen una jurisprudència consolidada sobre aquestes qüestions gens favorable a la intervenció de la negociació col·lectiva.

També seran negociables les matèries referides a la mobilitat funcional i geogràfica dels funcionaris públics. En aquest àmbit resulta fonamental la regulació continguda en l'article 81 de l'EBEP que regula el règim de trasllat i de cobertura provisional de llocs de treball, que segons l'article 37.1.m) poden ser objecte de una negociació que no hauria de reduir el marge de flexibilitat adaptativa que aquests preceptes contenen, sens perjudici de procurar la procedimentalització necessària del marge de decisió confiat a les administracions públiques respectives.

### 3. Les matèries excloses de la negociació

D'acord amb l'apartat 2 de l'article 37 de l'EBEP, queden excloses de l'obligatorietat de la negociació les matèries següents: "a) Les decisions de les administracions públiques que afecten les seves potestats d'organització. Quan les conseqüències de les decisions de les administracions públiques que afecten les seves potestats d'organització tinguin repercussió sobre les condicions de treball dels funcionaris públics establertes en l'apartat anterior, serà procedent la negociació de les esmentades condicions amb les organitzacions sindicals a les quals es refereix aquest Estatut. b) La regulació de l'exercici dels drets dels ciutadans i dels usuaris dels serveis públics, així com el procediment de formació dels actes i les disposicions administratives. c) La determinació de les condicions de treball del personal directiu. d) Els poders de direcció i control propis de la relació jeràrquica. e) La regulació i determinació concreta, en cada cas, dels sistemes, criteris, òrgans i procediments d'accés a l'ocupació pública i la promoció professional."

#### 3.1 Les potestats d'organització de les administracions públiques

S'exclouen de la negociació les decisions de les administracions públiques que afectin les seves potestats d'organització.

El cert és que la potestat d'organització com a concepte jurídic no està suficientment analitzat en la nostra doctrina jurídica. Tradicionalment s'ha entès que aquesta potestat comprèn la capacitat de producció de normes per a la configuració de l'organització; el poder de dotació dels òrgans constituïts mitjançant l'assignació de mitjans materials i humans necessaris perquè cadascun d'ells pugui acomplir les seves funcions; els poders d'assignació i distribució de competències i, finalment, els poders de direcció i control en l'esfera interna de l'organització.

Tanmateix, la discussió sobre aquesta facultat recull el debat sobre si les facultats d'organització incorporen també la definició de regles sobre el model i l'organització de la mateixa funció pública, tal com poden ser les referides als instruments d'ordenació del personal, els sistemes de provisió de llocs de treball o el mateix règim de la carrera administrativa. Aquesta interpretació extensiva l'han utilitzat en algun moment els jutges administratius, que han considerat inclosos en la potestat d'organització aspectes com poden ser la preparació de les ofertes públiques d'ocupació o l'aprovació de les relacions de llocs de treball.



El cert és que l'EBEP treballa amb un concepte no extensiu de la facultat d'organització, atès que considera objecte de negociació els criteris generals sobre classificació dels llocs de treball, els plans i instruments de planificació de recursos humans i les ofertes públiques d'ocupació.

A més, el nou Estatut considera ara que les decisions organitzatives de les administracions públiques que tinguin repercussió sobre les condicions de treball dels funcionaris públics han de ser objecte de negociació. Aquí és fonamental tenir en compte el que poden ser aquestes condicions de treball establertes en l'apartat primer del mateix article 37 de l'EBEP. En aquesta direcció sembla que la possible incidència de la facultat organitzativa sobre les condicions de treball s'hauria de referir a aspectes concrets relacionats amb la determinació i aplicació de les retribucions complementàries, la jornada i l'horari de treball, les vacances, permisos i llicències, la mobilitat i les mesures d'acció social.

### **3.2 La regulació de l'exercici dels drets dels ciutadans i dels usuaris dels serveis públics i el procediment de formació dels actes i les disposicions administratives**

Es tracta en aquest apartat de la possible negociació de normes que afecten els drets i interessos legítims dels ciutadans, però que no s'han de considerar alienes a la relació funcional. En aquest àmbit és important recordar que el principi essencial de continuïtat de l'acció administrativa, sobre el qual es fonamenten les garanties essencials d'estabilitat i seguretat pròpies de la relació d'ocupació pública, va acompanyat de l'obligació d'assegurar el servei públic, entesa com l'obligació del funcionari públic de condicionar les seves circumstàncies personals a la prestació d'un servei necessari per al manteniment de la vida social. Les exigències del servei públic condicionen el règim jurídic del personal sense que la determinació de les condicions de treball dels funcionaris públics pugui condicionar els drets dels ciutadans o comportar una ruptura del principi d'igualtat en l'accés o en les condicions de prestació dels serveis públics.

Semblantment, el règim jurídic de les condicions de treball dels funcionaris públics no pot ser un obstacle per a l'exercici dels drets dels ciutadans en el procediment de formació dels actes o les disposicions administratives, que es pot arribar a afectar indirectament quan la fixació de determinades condicions de treball faci impossible o difícil l'accés als registres públics o l'exercici de les facultats d'informació al si del procediment administratiu.

### 3.3 La determinació de les condicions de treball del personal directiu

S'exclouen de la negociació col·lectiva les condicions de treball del personal directiu, atesa la seva proximitat natural als òrgans de govern de les administracions públiques i, sovint, la seva condició de representants de les administracions públiques en els processos de negociació amb les organitzacions sindicals. Lògicament, aquesta exclusió s'ha d'entendre feta també a les normes que puguin regular l'Estatut jurídic d'aquest tipus particular de personal, atès que en aquesta relació específica sembla predominar la relació orgànica sobre la relació de serveis.

### 3.4 Els poders de direcció i control propis de la relació jeràrquica

Tradicionalment, els poders de direcció i control propis de l'organització administrativa s'han considerat inclosos dintre de la potestat d'organització de les administracions públiques i han configurat els anomenats *poders d'organització* del servei, referits sempre a l'aspecte personal de la relació jeràrquica, fonamentada en l'existència d'una posició contraposada de superioritat i dependència.

D'aquesta manera s'ha reconegut en la nostra doctrina l'existència d'un poder de direcció, control i sanció de l'activitat dels funcionaris públics, fonamentada en la relació jeràrquica, que cobriria un seguit d'aspectes com poden ser els següents:

a) La capacitat per a la determinació concreta i específica de les funcions a desenvolupar en un lloc de treball i la seva adaptació en cada moment a les necessitats del servei.

b) La facultat de precisar la destinació o el lloc concret de la prestació en una determinada unitat administrativa o centre de treball.

c) L'assenyalament estricte del temps de treball i la seva possible ampliació a través de la prestació de serveis extraordinaris, respectant el règim jurídic de la jornada i l'horari de treball.

d) L'adopció dels mitjans pertinents de control, vigilància i valoració de l'activitat.

### 3.5 La regulació i determinació concreta dels sistemes, criteris, òrgans i procediments d'accés a l'ocupació pública i la promoció professional

Com ja s'ha vist, l'article 37.1 de l'EBEP estableix la negociació de les normes que fixen els criteris generals en matèria d'accés, carrera i provisió, amb la qual cosa s'exclou de la

negociació les bases que regulen els diferents processos de selecció, provisió i promoció professional, que han d'estar presidides pels principis constitucionals d'igualtat i mèrit.

Precisament, en aquesta matèria les administracions públiques exerceixen un seguit de potestats públiques que, com que tenen per objecte el conjunt de ciutadans i el bon funcionament de les administracions públiques, no poden ser objecte de renúncia o transacció.

Es considera doncs que estem davant de decisions objectives i imparcials elaborades amb la finalitat de no crear desigualtats per la pertinença a un determinat grup o organització, amb l'única finalitat de procurar la selecció dels més capacitats per a les funcions que s'han de desenvolupar.

# 3

## **El desacord final en la negociació col·lectiva**

La seva gestió des de  
la perspectiva funcional  
i laboral

**Paco Carretero Palomares**

Advocat. Soci del Bufet Vallbé

Director de l'Àrea de Dret del Treball i Seguretat Social

Assessor de la Unió Catalana d'Hospitals

## **A. Origen del dret en la negociació col·lectiva dels empleats públics. Conseqüències sobre la determinació de les condicions de treball**

1. A favor hi ha Martínez Abascal i Ortega Álvarez. En contra hi ha, entre altres autors, BAYLOS GRAU, RODRÍGUEZ PIÑERO i VALDÉS DAL-RÉ.

No és possible començar cap comentari respecte al tema que avui ens ocupa sense plantejar-se prèviament el doble vessant o perspectiva de la qüestió, és a dir, la perspectiva funcional i la laboral, atès que la regulació de la negociació col·lectiva d'ambdós col·lectius no és idèntica, i per tant tampoc no ho pot ser la seva gestió.

Per entendre aquesta diferenciació és necessari fer una certa anàlisi de l'origen o dels mateixos fonaments del dret en la negociació col·lectiva en cada un d'aquests col·lectius. Cal analitzar, doncs, d'on deriva el dret a la negociació col·lectiva dels empleats públics. De la llei? De la Constitució espanyola? Quin precepte constitucional garanteix aquest dret? Aquestes preguntes són molt importants per abordar el tema que avui ens ocupa, perquè en funció de la resposta, l'Administració podrà adoptar una posició o una altra davant el fracàs de la negociació col·lectiva.

Ningú no posa en dubte que el dret a la negociació col·lectiva del personal laboral de l'Administració deriva directament de la Constitució espanyola, i en particular de l'article 37.1, que estableix el següent:

“La Ley garantizará el derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y empresarios, así como la fuerza vinculante de los convenios.”

Aquest precepte també és aplicable als funcionaris? En aquest apartat la doctrina està dividida,<sup>1</sup> encara que la majoria es decanta per entendre que no, que aquest article només és aplicable als treballadors per compte d'altri i als empresaris. Nosaltres en aquest punt seguim la doctrina majoritària, la qual compartim.

I els funcionaris? D'on deriva el seu dret a la negociació col·lectiva?

Doncs aquí també tenim la doctrina dividida, encara que la doctrina majoritària entén que el dret a la negociació col·lectiva dels funcionaris té un cert fonament constitucional, i no és cap altre que l'article 28.1 de la Constitució espanyola, que reconeix el dret de llibertat sindical i el dret de vaga dels funcionaris públics. Així, aquests autors entenen que el dret de negociació col·lectiva dels funcionaris només s'explica com una de les facultats o possibilitats de la llibertat sindical.

El mateix Tribunal Constitucional ha manifestat diverses

vogades que el dret constitucional de llibertat sindical comprèn no només el dret dels individus a fundar sindicats i a afiliar-se al que triïn, sinó també que aquests sindicats facin les funcions que li són pròpies (contingut essencial del dret), entre les quals hi ha, sens cap mena de dubte, la negociació col·lectiva,<sup>2</sup> la vaga i el plantejament de conflictes col·lectius. Això no obstant, aquesta doctrina del Tribunal Constitucional sempre ha estat emmarcada en l'àmbit estrictament laboral, per la qual cosa caldria analitzar, si és possible, el seu trasllat a l'àmbit funcionarial.

De tota manera, i encara que s'admetés obertament que el fonament constitucional del dret a la negociació col·lectiva dels funcionaris fos l'article 28.1 de la CE, el que no es pot discutir és que aquest dret no tindrà la mateixa repercussió que en l'àmbit laboral, ja que el mateix article 28.1 de la CE, i amb més rotunditat l'article 103.3, estableixen una remissió a la Llei per tal de regular "les peculiaritats del seu exercici per als funcionaris públics".

En funció del significat que donem al terme *peculiaritats* podrem decidir si realment el dret a la negociació col·lectiva dels funcionaris radica en seu Constitucional en tota la seva dimensió, o si aquestes peculiaritats s'han d'entendre en el sentit que serà la mateixa Llei la que decidirà fins i tot l'existència del dret a la negociació col·lectiva. I aquí la doctrina torna a estar dividida.

El fet d'optar per una tesi o una altra és d'una importància radical, ja que d'aquest aspecte dependrà si la determinació de les condicions de treball dels funcionaris s'ha d'instrumentar mitjançant categories contractuals o mitjançant l'exercici unilateral de potestats normatives.

De tota manera, les sentències del Tribunal Constitucional no han estat gaire favorables a una interpretació extensiva. Al contrari, la STC 57/1982, de 27 de juliol, ja va afirmar que "la Constitución no reconoce a los funcionarios públicos el derecho a la negociación colectiva de sus condiciones de empleo", i per tant aquest dret no es pot fonamentar ni en l'article 37.1 ni tampoc en l'article 28.1. En el mateix sentit, es pronuncia el Tribunal en la STC 99/1987, d'11 de juny.

És cert que aquestes sentències són una mica antigues i que posteriorment la doctrina ha anat desenvolupant l'abast del contingut essencial de la llibertat sindical, però el que sembla força clar és que en cap cas es pot arribar a la conclusió que la CE garanteixi el dret a la negociació de convenis col·lectius vinculants (a diferència de la negociació laboral), i que en tot cas caldrà una llei que habiliti

2. En aquest sentit es pronuncien, entre altres, les STC 73/1984, de 27 de juny, i 9/2988, de 25 de gener, encara que relatives a l'àmbit estrictament laboral, però perfectament aplicables a l'àmbit funcionarial.

aquest dret i que n'estableixi les conseqüències jurídiques.

D'aquesta manera, sembla més que evident **la diferència notable entre el dret a la negociació col·lectiva del personal funcionari i del personal laboral.**

Aquesta darrera conclusió ens marcarà el camí a l'hora d'abordar estrictament el fracàs de la negociació col·lectiva.

## **B. El desacord final en la negociació col·lectiva des de la perspectiva funcional**

Com han abordat les lleis successives el fracàs de la negociació col·lectiva des de la perspectiva funcional?

Doncs en consonància amb la doctrina del TC, les lleis han articulat que si la negociació col·lectiva finalitzava amb acord, aquest no era vinculant per si mateix, sinó que calia una actuació de l'Administració que aprovés expressament i formal l'establiment de les condicions de treball.

I si finalitzava sense acord, la mateixa Administració és la que havia de determinar les condicions de treball.

L'article 3.2.b) de la Llei 30/1984, de 2 d'agost, de mesures per a la reforma de la funció pública (LMRFP) ho deixava força clar quan deia que correspon al Govern:

"las instrucciones a que deberán atenerse los representantes de la Administración del Estado cuando proceda la negociación con la representación sindical de los funcionarios públicos de sus condiciones de empleo, así como dar validez y eficacia a los acuerdos alcanzados mediante su aprobación expresa y formal, estableciendo las condiciones de empleo para los casos en que no se produzca acuerdo en la negociación".

En el mateix sentit es pronunciaven les lleis de funció pública autonòmiques posteriors a la LMRFP, i la Llei 7/1985, de 2 d'abril, de bases del règim local (LBRL).

La Llei 9/1987, de 12 de juny, d'òrgans de representació, determinació de les condicions de treball i participació del personal al servei de les administracions públiques (LORAP), malgrat reconèixer amb més contundència el dret a la negociació col·lectiva dels funcionaris públics, tampoc no va produir un canvi en el sentit que ens ocupa (l'article 37.2 d'aquesta Llei requereix l'aprovació expressa i formal del Ple de l'entitat local respectiu per tal que els pactes i acords negociats tinguin validesa i eficàcia), com tampoc no ho va fer la Llei 7/1990, de 19 de juliol, sobre negociació col·lectiva i participació en la determinació de les condicions de treball dels empleats públics.

Hi ha alguna novetat significativa en l'EBEP?

Doncs sembla que no gaires. Malgrat que l'EBEP introdueix novetats importants, aquestes no afecten la naturalesa i filosofia del sistema de negociació col·lectiva funcional de les normes que el van precedir. No hi ha hagut un acostament real entre el dret a la negociació col·lectiva funcional i el laboral.

Així, l'article 38.7 de l'EBEP estableix expressament:

“En el supuesto de que no se produzca acuerdo en la negociación o en la renegociación prevista en el último párrafo del apartado 3 del presente artículo y una vez agotados, en su caso, los procedimientos de solución extrajudicial de conflictos, corresponderá a los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas establecer las condiciones de trabajo de los funcionarios.”

Fins i tot l'Informe de la Comissió per a l'estudi i preparació de l'EBEP assenyala que per tal d'establir un règim negocial comú per a ambdós col·lectius seria necessària o bé una ampliació de les competències de la negociació col·lectiva funcional, o bé una restricció de l'autonomia col·lectiva laboral en l'àmbit de les administracions públiques. I davant aquesta dicotomia, l'Informe de la Comissió raona que, segons el seu criteri, la tutela dels interessos públics aconsella mantenir la regla segons la qual, si no hi ha un acord en la negociació, correspon als òrgans de govern de les administracions públiques la capacitat de determinar unilateralment les condicions de treball dels funcionaris públics.

Per tant, podem veure un clar continuisme respecte de la solució final de la normativa anterior. De tota manera, veurem a continuació que els sistemes per abordar el fracàs de la negociació col·lectiva a l'EBEP difereixen sensiblement de la legislació anterior.

### **B.1. Fracàs de la negociació: fracàs normal versus fracàs patològic. Gestió del fracàs patològic**

Podríem dir que hi ha dos tipus de fracàs. Un que podríem qualificar de “fracàs normal o habitual”, que és aquell l'origen del qual és que no s'ha pogut arribar a un acord en la negociació (supòsit normal), però també pot venir per altres vies, que podríem anomenar de “fracàs patològic”, a saber:

Perquè l'Administració es nega a negociar matèries que entren dins l'àmbit de la seva competència, o perquè ha decidit regular les condicions de treball obviant qualsevol procés de negociació col·lectiva. En aquest cas els sindicats tenen dues alternatives:



Anar als tribunals contenciosos administratius per tal que es reconegui el seu dret a la negociació d'aquestes matèries, i s'adoptin les mesures corresponents perquè es faci efectiu aquest dret.

Esperar que l'Administració aprovi el Reglament corresponent, i impugnar-lo, també davant els tribunals jurisdiccionals contenciosos administratius, i demanar la nul·litat de la disposició reglamentària, ja sia per l'incompliment de les normes de procediment establertes a l'EBEP, ja sia en reclamació del seu dret a la negociació col·lectiva.

En qualsevol dels dos casos abans esmentats, i partint de la base que el TC ha establert que el dret a la negociació col·lectiva no té un fonament constitucional, i molt menys un fonament de dret fonamental, ens trobem davant una qüestió de mera legalitat, qüestió que mereix força crítiques doctrinals, tant per la seva possible contradicció com per la convicció d'estar davant un supòsit de lesió del dret fonamental de la llibertat sindical.<sup>3</sup>

En tots els casos, sembla que avui dia ja no es discuteix la legitimitat processal dels sindicats amb legitimitat negociadora per tal de plantejar els recursos esmentats.

Perquè algun dels negociadors no ha negociat de bona fe, és a dir, amb ànims d'arribar a un acord. L'article 33.1 de l'EBEP estableix la subjecció de la negociació col·lectiva a la bona fe negociadora, i l'article 34.7 del mateix text legal estableix l'obligació expressa d'ambdues parts de negociar sota el principi de la bona fe i de proporcionar-se mútuament la informació que es necessiti relativa a la negociació.

Si és el sindicat qui no ha negociat de bona fe, l'Administració pública corresponent podrà procedir a regular unilateralment la matèria que es tracti.

Si és l'Administració pública la que incompleix el deure de negociar de bona fe, els sindicats no tenen més opció que recórrer al jutge. En aquest cas torna a produir-se el dilema de si es pot utilitzar el procediment de protecció de drets fonamentals (llibertat sindical), regit pels principis de preferència i sumarietat (que recordem que el Tribunal Suprem va negant).

De tota manera, sempre trobem la dificultat d'acreditar que s'està negociant de mala fe, sobretot tenint en compte que l'obligació de negociar de bona fe no significa l'obligació d'arribar a acords, ni tampoc l'obligació de mantenir la negociació amb caràcter indefinit.<sup>4</sup>

Perquè malgrat haver-se arribat a un acord dins la negociació col·lectiva, l'òrgan de govern corresponent decideixi no aprovar l'acord, ja sigui com a conseqüència d'un control

### 3. ROQUETAS BUJ

4. STS de 6 de juny de 1995 (Rec. núm. 217/1993).

de legalitat o d'un control d'oportunitat. En aquest supòsit, l'EBEP disposa (art. 38.3), si alguna de les parts ho sol·licita, l'obligació de renegociar les matèries en el termini d'un mes. En el supòsit que en aquesta segona oportunitat no s'arribi a un acord, entraran en joc els mecanismes de gestió del fracàs normal a què ens referirem a continuació.

Aquesta possibilitat es constitueix com una novetat en la nova normativa, atès que les regulacions anteriors no ho tenien en compte, excepte en determinats supòsits (desaprovació per incompetència de l'òrgan que havia adoptat l'acord, o per la desviació de l'òrgan que havia pres l'acord respecte a les instruccions que havia rebut).

## B.2. Gestió del fracàs normal o habitual

Amb relació al fracàs normal o habitual, l'EBEP opta per oferir un sistema de solució extrajudicial de conflictes col·lectius que s'aproximi a la regulació existent en l'àmbit laboral. La regulació anterior només oferia el recurs de la mediació voluntària (art. 38 de la Llei 9/1987), i en canvi l'EBEP introdueix la figura de l'arbitratge.

### B.2.1 Preferència de les opcions

Amb relació a les maneres d'abordar el fracàs (normal o habitual) en la negociació col·lectiva, el primer que hem de valorar és quin és l'ordre que s'ha de seguir en les mesures que la Llei ofereix.

En la legislació anterior (LORAP), les mesures que la Llei oferia eren la determinació unilateral de les condicions de treball dels funcionaris públics per part de l'òrgan de govern corresponent (art. 37.2 LORAP) i l'obertura d'una segona fase de negociació amb la mediació d'un tercer imparcial (art. 38 LORAP), però sense establir un ordre de preferència respecte a aquestes dues vies.

En canvi, sembla que el legislador de l'EBEP sí que ha pres part en la matèria, donant preferència a la via d'intent de solució extrajudicial dels conflictes, i un cop esgotats i fracassats aquests, l'Administració podrà procedir a la determinació unilateral.

Així, l'article 38.7 de l'EBEP estableix expressament:

“En el supuesto de que no se produzca acuerdo en la negociación o en la renegociación prevista en el último párrafo del apartado 3 del presente artículo y una vez agotados, en su caso, los procedimientos de solución extrajudicial de conflictos, corresponderá a los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas establecer las condiciones de trabajo de los funcionarios.”

## **B.2.2 Tipus de procediments de solució extrajudicial de conflictes**

D'altra banda, l'EBEP amplia el catàleg de procediments de solució extrajudicial de conflictes afegint a la mediació (ja establerta en la LORAP) la possibilitat de l'arbitratge. Per tant, actualment disposem de les opcions següents:

### **a) La mediació**

Aquesta fórmula no representa cap novetat, atès que ja era recollida en la LORAP.

Es tracta d'una mediació que serà obligatòria quan ho sol·liciti una de les parts (art. 45.3 EBEP), l'Administració pública o la representació sindical, encara que el més habitual serà que forci la mediació la representació sindical, atès que la representació pública ja disposa del mecanisme de decisió unilateral de les condicions de treball en cas de desacord.

Cal remarcar que ens trobem davant d'una mediació que, un cop instada, es converteix automàticament en obligatòria, i per tant l'altra part (normalment l'Administració pública) no pot oposar-s'hi, i estarà obligada a remetre el conflicte a un mediador imparcial. Evidentment, també hi ha la possibilitat que l'Administració, amb la intenció de boicotejar la mediació, rebutgi l'elecció del tercer.

Però hem de considerar aquesta possibilitat com a remota, tenint en compte que el principi d'actuació de bona fe regeix i és exigible durant tot el procés negociador, i també en aquesta fase.

De tota manera, el fet que la mediació sigui obligatòria no significa que s'hagi d'acceptar obligatòriament la proposta o propostes de solució que el mediador proposi. El mateix article 45.3 de l'EBEP ja s'encarrega de deixar-ho clar quan diu que "las propuestas de solución que ofrezcan el mediador o mediadores podrán ser libremente aceptadas o rechazadas por las mismas".

En el cas que la proposta de solució oferta pel mediador sigui acceptada, aquesta acceptació haurà de reunir els mateixos requisits de legitimació i de majories que serien exigibles en el cas que s'hagués aconseguit l'acord de manera normal a la negociació col·lectiva.

### **b) L'arbitratge**

En aquest cas sí que ens trobem davant una autèntica novetat respecte a la legislació anterior. Abans, les parts negociadores no podien sotmetre's a arbitratge, encara que fos voluntari, sota l'excusa que l'actuació de l'Administració

pública està sotmesa al principi de legalitat i la llei no estableix aquesta possibilitat. Un cop l'EBEP (la llei) estableix aquesta possibilitat, desapareixen automàticament els impediments.

De tota manera, no cal dir que el recurs a l'arbitratge és sempre voluntari per a ambdues parts. L'Informe de la Comissió per a l'estudi i preparació de l'EBEP va tenir l'oportunitat d'abordar aquesta situació, i va considerar que no era raonable acudir a la via de l'arbitratge obligatori. Sobre aquest assumpte, l'Informe de la Comissió diu el següent:

“no parece razonable imponerlo ni a los sindicatos ni a la Administración, en este último caso porque significaría obligarla a aceptar una decisión heterónoma del conflicto cuando, en último término, y aún negociando de buena fe, puede decidir por sí misma a falta de acuerdo. Pero, caso de recurrirse al arbitraje, el laudo arbitral será vinculante.”

De tota manera, serà convenient observar com evoluciona aquesta fórmula i analitzar en quins casos l'Administració accepta recórrer a aquest sistema tan agressiu de solució de conflictes, que implica un compromís d'acceptació del contingut del laude arbitral, amb l'única possibilitat de procedir a la seva impugnació en supòsits molt limitats (quan no s'hagi observat el procediment, quan el laude arbitral sobrepassi els punts sotmesos a la seva decisió, o quan contradigui la legalitat vigent).

### **c) Normes comunes a la mediació i a l'arbitratge**

D'acord amb el que estableix l'article 45.4 de l'EBEP, “el acuerdo logrado a través de la mediación o de la resolución de arbitraje tendrá la misma eficacia jurídica y tramitación de los Pactos y Acuerdos regulados en el presente Estatuto, siempre que quienes hubieran adoptado el acuerdo o suscrito el compromiso arbitral tuviesen la legitimación que les permita acordar, en el ámbito del conflicto, un Pacto o Acuerdo conforme a lo previsto en este Estatuto”.

Per tant, els acords de mediació i els compromisos arbitrals s'hauran d'adoptar respectant les majories sindicals necessàries, i si no és així, el conflicte continuarà obert, de manera que l'Administració pública continua tenint la porta oberta per resoldre unilateralment les condicions de treball, en aplicació de l'article 38.7 de l'EBEP.

D'altra banda, i d'acord amb el que estableix el segon paràgraf de l'article 45.4 de l'EBEP, “estos acuerdos serán susceptibles de impugnación. Específicamente, cabrá recurso contra la resolución arbitral en el caso de que no se hubiesen observado en el desarrollo de la actuación arbitral los requi-

sitos y formalidades establecidos al efecto o cuando la resolución hubiese versado sobre puntos no sometidos a su decisión, o que ésta contradiga la legalidad vigente”.

Sembla evident que la impugnació s’haurà de plantejar davant la jurisdicció contenciosa administrativa.

Per finalitzar, cal tenir en compte que la utilització d’aquests procediments de solució extrajudicial de conflictes estarà condicionada per la normativa reglamentària que desenvolupi l’EBEP, amb l’acord previ amb les organitzacions sindicals representatives, tal com estableix l’article 45.5 de l’esmentat text legal. Per tant, fins que no tinguem aquest desenvolupament reglamentari no sabrem quin serà l’abast real de totes aquestes mesures.

#### **d) Altres solucions possibles**

Ens permetem en aquest punt expressar una reflexió que, des del punt de vista pràctic, hem tingut l’oportunitat de contrastar en l’exercici de la professió i de l’experiència en la negociació col·lectiva, i consisteix a entendre que aquests recursos de solució extrajudicial de conflictes (i en particular el recurs de l’arbitratge) no solen resultar gaire eficaços. Bé, en realitat no solen resultar ni gaire utilitzats.

I això és així pel mateix raonament que fa l’Informe de la Comissió. Per què l’Administració s’ha d’arriscar que un tercer decideixi quan pot decidir per ella mateixa?

Per tant, a la pràctica, el que sol succeir és que l’arbitratge s’utilitza quan les parts ja han arribat a un acord però interessa que consti que aquest acord no ha sortit de les parts, sinó d’un tercer imparcial. Amb això, l’arbitratge es converteix en una espècie de cobertura formal d’un acord quan les parts consideren que és l’única fórmula de presentar externament aquest acord.

Però no hi ha dubte que sempre hi haurà un tipus de solució (o com a mínim d’intent de solució) del fracàs en la negociació, summament efectiu, que és el recurs al dret de vaga proclamat en l’article 28.2 de la Constitució espanyola.

Si bé és cert que alguna vegada i des d’alguna tribuna es defensava que aquest precepte, i conseqüentment aquest dret, no era aplicable en el cas del personal funcionari, el Tribunal Constitucional en primer lloc i la mateixa legislació posteriorment han reconegut, amb les excepcions legalment establertes, el dret dels funcionaris a exercir el dret constitucional a la vaga.

El recurs a la vaga sí que produeix sobre l’altra part una pressió suficient per atendre les reivindicacions sindicals, però sobretot quan l’altra part és l’Administració pública, que per la

seva mateixa naturalesa i condicionants és un negociador “dèbil”. L'Informe de la Comissió reconeix aquesta feblesa de l'Administració quan proposa la creació d'òrgans tècnics especialitzats en la negociació col·lectiva, tot dient el següent:

“La razón que justifica esta opción es el hecho de que, en muchos casos, los representantes públicos se ven muy condicionados en la negociación por elementos de carácter político –como, por ejemplo, la tendencia al consenso y a la consecución de acuerdos a toda costa–, de lo que pueden derivar consecuencias no siempre positivas para el interés público o extralimitaciones del marco legal establecido.”

Aquesta és una realitat autèntica que no es pot obviar. L'Administració és molt sensible a les pressions, sobretot quan es fan en dates rellevants, com per exemple abans d'unes eleccions. I aquesta feblesa és aprofitada hàbilment per la part sindical. Aquest és el gran joc de la vaga, i aquesta és l'explicació que s'utilitzi molt més aquest recurs que la resta de solucions extrajudicials de conflictes.

De tota manera, també cal fer alguna matisació en el que es refereix a la utilització del recurs a la vaga en l'àmbit de l'Administració pública, per diferenciar-lo de l'àmbit laboral pur. En aquest últim hi ha la possibilitat, en casos extrems, que l'autoritat laboral imposi un arbitratge obligatori, aspecte que està regulat en l'article 10 del RDRT i reservat per als supòsits en què la negociació desemboca en situacions excepcionals que requereixen una actuació urgent.<sup>5</sup>

Algun autor havia defensat la possibilitat de traslladar aquest recurs a l'àmbit funcionarial (BALLESTEROS PASTOR, GONZÁLEZ ORTEGA...), però la majoria de la doctrina (entre tots, ROQUETAS BUJ) opta per entendre que no és aplicable a la funció pública, pels mateixos arguments que hem comentat abans.

## **C. El desacord final en la negociació col·lectiva des de la perspectiva laboral. Particularitats**

Ja hem comentat a l'inici de la ponència la diferent naturalesa o fonament del dret a la negociació col·lectiva del personal laboral respecte del personal funcionari.

No hi ha dubte que el fet que el dret a la negociació col·lectiva del personal laboral provingui directament de l'article 37 de la Constitució espanyola, que reconeix igualment la força vinculant dels convenis, situa aquest col·lectiu en una posició privilegiada a l'hora de gestionar el fra-

5. Un exemple pràctic el tenim en el laude arbitral de data 19-07-2001 dictat en l'arbitratge obligatori acordat pel Consell de Ministres com a via de solució de la vaga declarada a l'empresa Iberia, LAE, SA per la secció sindical del SEPLA; o també en l'acord d'11 d'abril de 2002 del Consell de Govern, que estableix un arbitratge obligatori com a via de solució de la vaga declarada en el sector del transport de viatgers per carretera de la Comunitat de Madrid, davant l'incompliment dels serveis mínims.

càs o el desacord final en la negociació col·lectiva.

Doncs bé, en l'àmbit del personal laboral hi ha un altre recurs que pot ajudar a solucionar el desacord, quan aquest desacord no és absolut. Hi ha ocasions en què el motiu del desacord és que els agents socials legitimats per negociar no accepten les propostes de l'empresa (o de l'Administració), però en canvi hi ha algun altre agent social (per exemple, secció sindical) minoritari que, sense tenir la possibilitat de signar per ell sol el conveni, sí que accepta les propostes de la part empresarial.

En aquest cas és possible que la part empresarial decideixi signar un conveni amb aquesta secció sindical minoritària, tot i saber que en aquest cas els efectes del conveni no poden ser *erga omnes*, sinó que estarem davant un instrument d'eficàcia limitada (conveni extraestatutari),<sup>6</sup> que només serà aplicable als treballadors afiliats a aquell sindicat, i a aquells altres que s'hi vulguin adherir (expressament o tàcitament).

Moltes vegades, a través d'una adhesió massiva (quan els treballadors no afiliats constaten que les millores del conveni només s'apliquen als altres treballadors), es poden aconseguir els mateixos efectes que amb un conveni d'eficàcia general (conveni estatutari), i per tant aquesta fórmula és força interessant, en determinats casos, per gestionar el fracàs de la negociació col·lectiva.

La jurisprudència parteix de la base de la plena validesa dels pactes o convenis extraestatutaris, els quals troben el seu fonament constitucional en l'article 37 de la Constitució espanyola, amb eficàcia limitada a les parts que el subscriuen, i als que posteriorment s'hi adhereixin.<sup>7</sup>

Encara més, la jurisprudència també ha tingut l'oportunitat d'aclarir que la negociació d'un conveni extraestatutari no lesiona la llibertat sindical de la resta d'organitzacions sindicals, fins i tot quan es donin determinades circumstàncies, com pot ser el fet que el conveni extraestatutari hagi nascut en el context de les negociacions preliminars per a la negociació d'un conveni estatutari.<sup>8</sup> I això és així perquè en principi l'empresa té una àmplia llibertat a l'hora de seleccionar el seu interlocutor.<sup>9</sup> Això no obstant, hi ha algunes vegades en què aquesta lliure elecció pot ocasionar una lesió al dret a la llibertat sindical dels exclosos, i això sol succeir quan l'empresa utilitza aquesta fórmula amb l'objectiu d'impossibilitar jurídicament la negociació col·lectiva d'eficàcia general.

Com diu la Sentència del Tribunal Suprem de 30/05/1991 (RJ 1991, 5233):

**6.** S'anomena extraestatutari perquè no respecta els criteris de representació sindical que l'Estatut dels treballadors estableix perquè el conveni sigui d'eficàcia general.

**7.** Sobre la validesa dels convenis extraestatutaris es pronuncia la Sentència del Tribunal Constitucional de 08/06/1989 (RTC 1989, 108), que declara que la negociació extraestatutària està constitucionalment protegida, almenys quan qui negocia és un sindicat.

**8.** En aquest sentit es pronuncia la Sentència del Tribunal Constitucional 108/1989, de 8 de juny (RTC 1989, 108).

**9.** En aquest sentit es pronuncia la Sentència del Tribunal Constitucional 121/2001, de 4 de juny (RTC 2001, 121).

“La existencia de un pacto colectivo extraestatutario, cuando la eficacia que se pretende para el mismo es la limitada que le corresponde, no perjudica la libertad sindical del Sindicato no interviniente en dicho pacto, pues no merma sus posibilidades de negociación, en tanto que no obstaculiza un ulterior convenio colectivo de eficacia *erga omnes*, ni le impide propiciar la negociación de otro pacto colectivo, también extraestatutario, con afectación limitada a sus afiliados.”

És a dir, que els pactes col·lectius extraestatutaris són perfectament legítims quan no hi ha cap dubte sobre el seu abast limitat, que queda restringit a l'àmbit estricte de representació que les parts tenen. Però quan se celebra un acord col·lectiu extraestatutari, però amb la intenció que alguna o totes les seves disposicions regeixin amb caràcter de generalitat, i es pretén atribuir a aquest conveni l'eficàcia general pròpia dels convenis estatutaris, aquells sindicats que d'acord amb l'Estatut dels treballadors tinguessin legitimitació inicial haurien de poder participar en la seva negociació, independentment que després el signin o no, atès que, en cas contrari, es perjudicaria el seu dret a la negociació col·lectiva.<sup>10</sup>

Per tant, i com perfectament resumeix la Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Múrcia de data 23/12/2004 (AS 2004\3511):

“O queda perfectamente determinado que se trata de un convenio de eficacia limitada sin vocación o pretensiones de aplicación general o, por lo contrario, habrá que respetar el derecho de participación que atañe a los demás sindicatos. Está en manos del sindicato correspondiente decidir si se une o no a la negociación del convenio, y este derecho no puede bloquearse por los negociadores del convenio.”

10. Sentència del TS de 30/05/1991 (RJ 1991\5233).



# 4

## **El paper de les juntes de personal i els comitès d'empresa en les entitats locals després de l'Ebep. Interrelació amb les organitzacions sindicals**

**Ferran Camas Roda**

Professor titular de la Universitat de dret del treball  
i de la Seguretat Social Universitat de Girona

## 1. Presentació: el marc constitucional i legal dels drets de caràcter col·lectiu dels empleats públics

L'article 28.1 de la Constitució espanyola (en endavant CE) reconeix als treballadors, i també als funcionaris, el dret fonamental a la llibertat sindical, tot i que apel·la a la llei per a la regulació de les peculiaritats del seu exercici en el cas del segon col·lectiu; justament, sobre això mateix insisteix l'article 103.3 CE, ja que es remet a la llei (en concret a l'Estatut dels funcionaris públics) per regular les peculiaritats de l'exercici del seu dret a sindicar-se. A causa d'això, la previsió constitucional inclosa en l'article 103.3 CE implica una atribució a la llei en la configuració dels drets (col·lectius) dels funcionaris públics d'una intervenció i intensitat reguladora superiors a les establertes per als treballadors per compte d'altri, i derivat d'això, l'emparament a una limitació major per als primers del joc de l'autonomia col·lectiva.<sup>1</sup>

Tot i aquests fonaments, la Llei 11/1985, de 2 d'agost, de llibertat sindical (en endavant, LOLS) va decidir regular en comú l'exercici del dret a la lliure sindicació de tots els treballadors, incloent-hi els funcionaris públics; així, per exemple, cal destacar que, pel que fa a la temàtica de la representativitat sindical, la LOLS (art. 6 i 7) l'ha dissenyat d'una manera global tant respecte del sector privat com de la funció pública, utilitzant "l'audiència electoral del sindicat" com a indicador per mesurar aquesta representativitat: si es comprova així l'article 6.2 de la LOLS, es confirma que tenen la consideració de sindicats més representatius en l'àmbit estatal "los que acrediten una especial audiencia, expresada en la obtención, en dicho ámbito, del 10% o más del total de delegados de personal de los miembros de los comités de empresa y de los correspondientes órganos de las Administraciones Públicas", amb la qual cosa també es computen els representants escollits en el sector públic en l'àmbit estatal per computar la representativitat d'un sindicat, de la mateixa manera que succeeix amb l'àmbit autonòmic, ja que segons l'article 7, també seran sindicats més representatius de la comunitat autònoma aquells que en aquest àmbit "acrediten en el mismo una especial audiencia expresada en la obtención de, al menos, el 15% de los delegados de personal y de los representantes de los trabajadores en los comités de empresa, y en los órganos correspondientes de las Administraciones Públicas, siempre que

1. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, Ignacio: "Los Derechos colectivos en el empleo público", ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL. Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas. Volum II. XI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Informes y Estudios. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2001, p. 17 i 5.

cuenten con un mínimo de 1.500 representantes y no estén federados o confederados con organizaciones sindicales de ámbito estatal”.

Juntament amb aquesta dada, s’ha de recordar que la LOLS també aplica la qualificació d’un sindicat com a més representatiu a les organitzacions sindicals que s’hagin afiliat, federat o confederat a un sindicat més representatiu: d’aquesta manera, atesa l’opció legal a favor del conjunt de les representacions electives de treballadors i funcionaris per determinar una representativitat sindical major, els sindicats de funcionaris integrats en les confederacions sindicals més representatives en l’àmbit estatal o de la comunitat autònoma detenen, automàticament, la condició de més representatius, tot i que no disposin d’una implantació efectiva en l’àmbit funcional corresponent. Al contrari, els sindicats que limitin el seu camp d’acció a la funció pública no poden assolir la condició de més representatius, ja que, computant únicament la representació en aquest àmbit, difícilment assoliran els mínims establerts en la LOLS, per la qual cosa solament podran exercir algunes de les prerrogatives establertes en l’article 7.2 de la LOLS, si acrediten prèviament la seva representativitat en l’àmbit al qual s’estén la seva activitat.

En tot cas, i al marge de la utilització d’uns mateixos criteris per mesurar la representativitat sindical en el sector privat i el públic, la LOLS assumeix la delimitació d’estatuts prefixada en la Constitució i estableix algunes diferències entre els treballadors del sector privat i els de la funció pública, per exemple en l’article 2.2.d), d’acord amb el qual s’atribueix a les organitzacions sindicals el dret a l’exercici de l’activitat sindical a l’empresa o fora d’ella, que comprendrà, en tot cas, “el derecho a la negociación colectiva, al ejercicio del derecho de huelga, al planteamiento de conflictos individuales y colectivos y a la presentación de candidaturas para la elección de comités de empresa y delegados de personal, y de los correspondientes órganos de las Administraciones Públicas, en los términos previstos en las normas correspondientes”, amb la qual cosa, i pel que fa als funcionaris públics amb relació als drets esmentats, la LOLS es remet al que s’estableixi en la llei que reguli l’estatut dels funcionaris; així també l’article 6.3.b) i c), segons els quals “las organizaciones que tengan la consideración de sindicato más representativo según el número anterior, gozarán de capacidad representativa a todos los niveles territoriales y funcionales para... b) La negociación colectiva, en los términos previstos en el Estatuto de los trabajadores; c)

Participar como interlocutores en la determinación de las condiciones de trabajo en las Administraciones Públicas a través de los oportunos procedimientos de consulta o negociación”, amb la qual cosa fixa una diferència entre el dret de negociació col·lectiva, propi dels treballadors de l'àmbit del sector privat, i el de participació en la determinació de les condicions de treball, propi dels funcionaris de l'àmbit públic.

De fet, el que afirma aquesta base constitucional i orgànica és que la negociació col·lectiva de les condicions de treball dels funcionaris públics (així com el dret de vaga, per cert) emana directament de l'article 28.1 CE, és a dir, del dret de llibertat sindical, ja que el primer forma part del contingut essencial d'aquest últim dret fonamental, però no de l'article 37.1 de la CE, cosa que ocasiona que els funcionaris públics disposin del dret de negociació –dins l'àmbit de la llibertat sindical– amb un disseny diferent al reconegut per als treballadors per compte d'altri, i per tant, el seu exercici no ha de ser el mateix que per als treballadors en sentit estricte.

En aquest marc relatiu al sistema de negociació o participació en la determinació de les condicions de treball per als empleats públics, s'ha de recordar que la normativa que l'empara és diferent per al personal laboral i per al personal funcionari, ja que si bé pel que fa als treballadors per compte d'altri s'ha aplicat (i també per als que presten els seus serveis a les administracions públiques, tot i que amb alguns matisos) la normativa establerta en el Reial decret legislatiu 1/1995, de 24 de març, pel qual s'aprova la refosa de la Llei de l'Estatut dels treballadors (en endavant, LET) i en la LOLS, respecte del funcionariat ha estat vigent fins ara la Llei 9/1987, de 12 de juny, sens perjudici de l'aplicació del que estableix la LOLS (a la qual, a més, s'ha remès l'article 95 de la Llei 7/1985, de 2 d'abril, reguladora de les bases de règim local, d'acord amb el qual “la participación de los funcionarios, a través de sus organizaciones sindicales, en la determinación de sus condiciones de empleo, será la establecida con carácter general para todas las Administraciones Públicas en el Estatuto básico de la función pública”).

De fet, la Llei 7/2007, de 12 d'abril, de l'Estatut bàsic de l'empleat públic (en endavant, EBEP) ha derogat la Llei 9/1987 (tot i que provisionalment ha deixat vigents alguns preceptes) i ha continuat diferenciant el personal laboral i el personal funcionari: mentre respecte del primer l'article 32 regula que la negociació col·lectiva de les seves condi-

cions laborals es regirà per la legislació laboral, sens perjudici del que el pugui afectar expressament per l'Estatut bàsic (en concret, els preceptes sobre negociació comuna amb el funcionari), el gruix de la regulació de l'EBEP se centra en el marc del personal funcional. Des d'aquesta perspectiva, l'article 31 de l'EBEP ratifica que els empleats públics, incloent-hi els funcionaris, són titulars del dret a la negociació col·lectiva, i segueix així el compliment de les directrius del conveni núm. 151 OIT, sobre protecció del dret de sindicació i els procediments per determinar les condicions d'ocupació a l'Administració pública, que obliga Espanya a adoptar mesures adequades a les condicions nacionals per estimular i fomentar el ple desenvolupament i la utilització de procediments de negociació entre les autoritats públiques competents i les organitzacions d'empleats públics sobre les condicions de treball o de qualssevol altres mètodes que permetin als representants dels empleats públics participar en la determinació d'aquestes condicions.

## **2. La regulació del dret de representació a les administracions públiques**

Pel que fa al dret dels funcionaris a ser representats, s'ha de confirmar que no està emparat en el dret fonamental a la llibertat sindical, ni en qualsevol altre precepte constitucional, sinó que depèn exclusivament de l'opció del legislador, el qual, a l'empara de l'article 103.3 CE, el fet d'establir mecanismes de representació unitària (tot i que aquesta llibertat ja era mediatitzada per la disposició addicional segona de la LOLS).

Partint d'aquesta base, després de declarar en l'article 31.1 de l'EBEP que els empleats públics tenen dret a la negociació col·lectiva, representació i participació institucional per a la determinació de les seves condicions de treball (l'exercici del qual ha de respectar el contingut de la mateixa llei), declara que, pel que fa als empleats públics amb contracte laboral, "es regeix per la legislació laboral, sens perjudici dels preceptes d'aquest capítol que expressament els són aplicables" (art. 32), mentre que amb relació als funcionaris públics, l'EBEP s'autoproclama com a norma reguladora específica en matèria de representació dels seus interessos, ja que el seu article 39 estableix expressament que "els òrgans específics de representació dels funcionaris públics són els delegats de personal i les juntes de personal".

En aquest punt, s'ha de recordar que l'Informe de la Comissió per a l'estudi i la preparació de l'Estatut bàsic de l'empleat públic assenyalava fa uns anys que, tot i l'aposta per òrgans diversos de representació, s'havia de possibilitar que els òrgans de representació unitària dels funcionaris públics i del personal laboral, en l'exercici de funcions diferents a les de la negociació col·lectiva, poguessin "actuar en comú y relacionarse así con la Administración a la que pertenezcan".<sup>2</sup> Mitjançant aquesta ponència s'ha de respondre a la qüestió si aquest desig s'ha complert o no.

1. Pel que fa a la representació dels treballadors per compte d'altri se'ls aplica, per tant, la LET i no l'EBEP, i en conseqüència s'ha de tenir en compte la possible discordança que hi pot haver entre les competències que poden tenir els òrgans propis dels treballadors (delegats i comitè d'empresa) i els corresponents dels funcionaris (delegats i juntes de personal), cosa que es posa en evidència, per exemple, amb la modificació que la Llei 38/2007, de 16 de novembre, ha produït en la LET, ja que ha dotat de nou contingut els articles 64 i 65, i ha dotat els comitès d'empresa de competències específiques: d'una banda, el reconeixement al comitè del dret a ser informat sobre les "actuacions mediambientals" i també de l'aplicació a l'empresa del dret a la igualtat entre homes i dones; de l'altra, el reconeixement al comitè del dret a ser informat i consultat sobre les decisions empresarials que puguin provocar canvis rellevants amb relació a l'organització del treball i als contractes de treball, i finalment, i amb relació al sigil professional, la Llei 38/2007 l'imposa respecte de la informació facilitada amb caràcter reservat "en legítimo y objetivo interés de la empresa o del centro de trabajo", i autoritza l'empresa a no informar pel que fa a informacions relacionades amb secrets industrials.

La normativa comunitària que transposa la Llei esmentada (Directiva 2002/14/CE, del Parlament Europeu i del Consell, d'11 de març de 2002, per la qual s'estableix un marc general relatiu a la informació i consulta dels treballadors a la Comunitat Europea) trasllada a cada Estat membre la fixació d'efectes jurídics de les decisions empresarials que incompleixin les obligacions establertes en la normativa, encara que no s'estableix de manera clara i terminant la nul·litat de les decisions adoptades amb vulneració de la normativa. De fet, en el marc de les competències dels delegats de personal i les juntes de personal com a òrgans de representació dels funcionaris, la doctrina recorda que aquestes últimes (per exemple, informar els ens esmen-

2. Informe de la Comisión para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público, de 25 d'abril de 2005. Es pot consultar a l'adreça web del Ministeri d'Administracions Públiques: [http://www.map.es/servicios\\_al\\_ciudadano/empleo\\_publico/novedades/common/Informe\\_Estatuto\\_Empleado](http://www.map.es/servicios_al_ciudadano/empleo_publico/novedades/common/Informe_Estatuto_Empleado) (darrera consulta: 10 de maig de 2005).

tats) són obligacions imperfectes, ja que el seu incompliment no comporta de manera automàtica la il·legalitat de la mesura adoptada per l'empresari.

2. Amb relació a la representació dels funcionaris públics, s'ha de partir de la dada que l'article 31.3 de l'EBEP defineix el terme *representació*, als efectes de la mateixa l'EBEP (i per tant, adreçant-se de manera principal als funcionaris públics), com "la facultat d'eleger representants i constituir òrgans unitaris a través dels quals s'instrumenti la interlocució entre les administracions públiques i els seus empleats". L'EBEP ha inclòs en la llei un objectiu propi d'aquests òrgans, i ha canviat fins i tot la dicció que estava establerta en la Llei 9/1987: de ser òrgans de representació dels interessos dels funcionaris públics davant les administracions públiques i altres institucions públiques (art. 3 de la Llei 9/1987) han passat a ser organismes "a través dels quals s'instrumenti la interlocució entre les administracions públiques i els seus empleats" (art. 31.3). S'ha de partir de la base que *interlocució* vol dir diàleg o conversa, i no negociació, amb la qual cosa es pot concloure que l'EBEP fa prevaler la funció de col·laboració d'aquests òrgans per sobre d'altres de tarannà conflictual, ja que en l'EBEP no s'expressa literalment que aquests òrgans es constitueixin per a la defensa dels funcionaris (cosa que en la normativa derogada sí que es deia).

Dit això, i com ja s'ha vist, en l'article 39 es diu que els òrgans específics de representació dels funcionaris són els delegats de personal i les juntes de personal, i dedica tant aquest precepte com els que el segueixen fins a l'article 46 a establir funcions, garanties i desenvolupaments de les seves actuacions. Les característiques d'aquesta regulació s'analitzaran tot seguit; ara bé, convé posar de manifest una qüestió que, al nostre parer, no ha tingut una variació substancial a partir de l'EBEP, que és la confirmació de la sindicalització important de les juntes de personal i dels delegats de personal: de fet, poca cosa podia modificar l'EBEP quan la instrumentalització del procés electoral a l'efecte de determinar la representativitat sindical tal com s'ha estudiat anteriorment és la causa principal de la seva sindicalització; això fa que els sindicats dominin la composició orgànica de les estructures de representació unitària i a més, a través de les seves representacions respectives als centres de treball, en dirigeixin i controlin l'activitat; en certa manera, i com ha afirmat la doctrina *iuslaboralista*, aquestes representacions no s'institucionalitzen com a formes de representació alternatives a l'afiliativa pròpia dels

sindicats, sinó com un instrument que s'ofereix a aquests perquè desenvolupin amb més eficàcia la seva activitat.<sup>3</sup>

## 2.1 La representativitat unitària (sindicalitzada) a través dels delegats de personal i les juntes de personal

Tant per a les administracions locals com per al conjunt d'administracions públiques, l'article 39 estableix que "els òrgans específics de representació dels funcionaris són els delegats de personal i les juntes de personal". Aquesta especificitat implica una diferenciació no ja solament en aspectes formals (diferents òrgans respecte dels laborals), sinó també quant a competències (particularment, els òrgans del funcionariat no disposen de competències negocials, però tampoc de les que poden ser atribuïdes per normes exclusivament laborals al comitè, com és el cas de la Llei 38/2007, que s'ha vist anteriorment).

Pel que fa als delegats i les juntes de personal, l'EBEP qualifica d'òrgans unitaris de representació dels "funcionaris", que per tant s'ha d'entendre que són, tal com feia la Llei 9/1987, amb relació a l'article 2 de la LOLS, els funcionaris de carrera i el personal estatutari, i també els funcionaris interins i el personal contractat temporalment en règim de dret administratiu; no s'hi inclou el personal eventual i el "funcionariat polític",<sup>4</sup> cosa que continuaria vigent arran de la disposició transitòria cinquena de l'EBEP.

La constitució d'òrgans (unitaris) i específics per als funcionaris (art. 39 de l'EBEP) s'ha d'entendre en el sentit electoral i representatiu: d'acord amb el primer sentit, la totalitat dels funcionaris públics inclosos dintre de la unitat electoral tenen dret a participar com a electors i elegibles en el procés de designació dels components d'aquests òrgans, mentre que des del vessant representatiu, el caràcter unitari significa que un cop escollits, representen la totalitat del personal de la unitat electoral corresponent.<sup>5</sup>

## 2.2 Àmbit de representació de les juntes i els delegats de personal: la connexió dels organismes de representació de funcionaris amb les unitats electorals

Abans de l'EBEP s'havia defensat la necessitat de modificar les regles de constitució dels organismes de representació unitària tant del personal laboral com dels funcionaris, ja que d'una banda el model de "centre de treball" o d'"empresa" no servia de referència, i de l'altra el que establia l'article 7 de la Llei 9/1987 (la unitat electoral) no estava adaptat a les noves estructures internes de les administracions públiques (especialment en el cas de les entitats locals i dels

3. SALA FRANCO, T.; ROQUETA BUJ, R. Los derechos sindicales de los funcionarios públicos. Valencia: Tirant lo blanch, 1995, p. 82.

4. Ídem, p. 76.

5. Ídem, p. 82.



organismes autònoms, empreses públiques, consorcis, fundacions...).

En tot cas, la disposició derogatòria única de l'EBEP deroga la Llei 9/1987, de 12 de juny, d'òrgans de representació, determinació de les condicions de treball i participació del personal al servei de les administracions públiques, "excepte l'article 7 i amb l'excepció que estableix la disposició transitòria cinquena d'aquest Estatut".

A causa del manteniment de l'excepció establerta en l'article 7 de la Llei 9/1987, la noció clau per a la constitució de delegats de personal o juntes de personal continua sent la d'"unitat electoral", ja que quan aquestes disposin d'un nombre de funcionaris igual o superior a sis i inferior a 50, la seva representació correspondrà a delegats de personal, mentre que es constituïran les juntes en unitats electorals que comptin amb un cens mínim de 50 funcionaris.

Però en tot cas s'ha de tenir en compte el següent: amb la Llei 9/1987 s'havien fixat de manera expressa les unitats electorals en les quals corresponia constituir juntes de personal (en l'àmbit de l'Administració general de l'Estat, de les comunitats autònomes i de l'Administració local), i a partir de la LLEI 21/2006, DE 20 DE JUNY, es va atorgar la possibilitat que amb les organitzacions sindicals més representatives s'acordés la modificació o l'establiment de juntes de personal segons el nombre o les peculiaritats dels seus col·lectius. Així, l'article 7 de la Llei 9/1987 diu, en concret per a les administracions locals, que "se constituirá una Junta de personal en cada una de las siguientes unidades electorales: En la Administración local una en cada uno de los Ayuntamientos, Diputaciones Provinciales, Cabildos, Consejos Insulares y demás Entidades locales", i afegeix que "previa negociación y acuerdo con las Organizaciones Sindicales legitimadas según lo dispuesto en los artículos 6 y 7 de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical, los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas podrán modificar o establecer Juntas de Personal en razón al número o peculiaridades de sus colectivos, adecuando las mismas a las estructuras administrativas y/o a los ámbitos de negociación constituidos o que se constituyan".

Com a primera conclusió, s'ha de confirmar que en l'EBEP s'ha renunciat a fixar les unitats electorals en les quals correspon escollir juntes de personal (de fet, continua vigent l'article 7 de la Llei 9/1987) i en aquest sentit s'ha remès l'establiment de les unitats electorals al que estableixi per a l'Estat i per a cada comunitat autònoma dins de

l'àmbit de les competències legislatives; en tot cas, continua en vigor la possibilitat d'establir juntes de personal (no delegats de personal) segons el nombre o la peculiaritat del col·lectiu, adequant les juntes a les estructures administratives o els àmbits de negociació que es constitueixin.

Ara bé, l'article 39.4 de la LEBEB ha acollit també una previsió que ja era incorporada en la Llei 21/2006, d'acord amb la qual: "amb l'acord previ amb les organitzacions sindicals legitimades en els articles 6 i 7 de la Llei orgànica 11/1985, de 2 d'agost, de llibertat sindical, els òrgans de govern de les administracions públiques poden modificar o establir unitats electorals depenent del nombre i les peculiaritats dels seus col·lectius, adequant-ne la configuració a les estructures administratives o als àmbits de negociació constituïts o que es constitueixin".

Per tant, i tal com demanava l'Informe de la Comissió, l'EBEP ha establert la possibilitat que, amb la negociació sindical prèvia i l'acord previ per tal d'assolir més flexibilitat organitzativa i la màxima representativitat possible, els òrgans de govern de les administracions públiques estableixin unitats electorals "distintes" a les que recullen expressament en cada àmbit les respectives lleis que desenvolupin l'Estatut.<sup>6</sup>

En conseqüència, i com a segona conclusió, s'ha de manifestar que l'EBEP admet la possibilitat de fixar unitats electorals distintes a les de l'article 7 de la Llei 9/1987: en tot cas, persisteix el model de vinculació dels òrgans de representació a les estructures administratives més que a les específicament funcionaris, tot i que s'obre una via potencial d'aproximació dels òrgans de representació i dels òrgans de negociació que pot comportar una potenciació de l'estratègia consistent a reforçar el pes de les representacions unitàries del funcionari en la determinació de les seves condicions de treball.<sup>7</sup>

Pel que fa als treballadors per compte d'altri, la base electoral escollida per a la constitució dels seus organismes de representació no ha tingut cap variació ja que, com s'encarrega de regular l'article 32 de l'EBEP, continuarà regulada per la legislació laboral.

Ara bé, s'ha de recordar que s'ha derogat la disposició addicional cinquena de la Llei 9/1987 (que per a l'elecció de representants laborals establia com a únic centre la totalitat de les dependències d'un mateix organisme sempre que els treballadors estiguessin sotmesos al mateix conveni): d'aquesta derogació es podria concloure que també els resultaria aplicable l'article 39.4 de l'EBEP, la qual cosa

**6.** Informe de la Comisión para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público, de 25 d'abril de 2005. Es pot consultar a l'adreça web del Ministeri d'Administracions Públiques: [http://www.map.es/servicios\\_al\\_ciudadano/empleo\\_publico/novedades/common/Informe\\_Estatuto\\_Empleado](http://www.map.es/servicios_al_ciudadano/empleo_publico/novedades/common/Informe_Estatuto_Empleado) (darrera consulta: 10 de maig de 2005).

**7.** Dictamen del CONSEJO DE ESTADO sobre el Anteproyecto de Ley Reguladora del Estatuto Básico de la Función Pública. Data d'aprovació: 4/6/1998. Es pot consultar a la web del Butlletí Oficial de l'Estat ([www.boe.es](http://www.boe.es)), a través de la referència pròpia d'aquell Dictamen: 1489/1998.

podria comportar la consecució, en el cas que hi hagués un acord previ entre els òrgans de l'Administració i els sindicats legítimats, d'una homogeneïtzació dels àmbits de representació del col·lectiu de funcionaris i del col·lectiu de treballadors.

Una altra cosa és que el conjunt d'aquesta normativa sigui suficient per impulsar la modificació de les unitats electorals per part de les organitzacions sindicals, amb l'objectiu de buscar l'homogeneïtzació dels col·lectius d'empleats públics, o la potenciació dels òrgans de representació dels funcionaris en la participació en la determinació de les seves condicions de treball; l'escepticisme mostrat en aquest punt es basa en dues raons: en primer lloc, en la importància que tindria una modificació de les unitats electorals amb relació a la consecució de la representativitat sindical per a les organitzacions que poden resultar afectades per la modificació; i en segon terme, en el fet que, juntament amb les representacions unitàries, també estan establertes per llei les representacions sindicals, les quals, tot i ser diferents en l'objecte de representació respecte de les primeres, gaudeixen de les mateixes garanties i funcions que aquelles; de fet, es pot afirmar que, tot i ser representació sindical, en el marc de les administracions públiques és on es veu més la seva tasca de defensa dels interessos del conjunt de treballadors i funcionaris: no solament tenen les mateixes funcions, sinó que el fet que la representació unitària estigui sindicalitzada, juntament amb la dada que la negociació col·lectiva continuï estant en les mans de les organitzacions sindicals, donen com a conseqüència que aquestes representacions sindicals es configuren com els eixos fonamentals de les tasques de representació (per a tots els treballadors o funcionaris, i per als sindicats) a les administracions públiques; des d'aquest punt de vista probablement no es veuria la necessitat de modificar les unitats electorals per reforçar tampoc la representació dels òrgans unitaris quan ja estan garantits per la representació sindical.

Finalment, i pel que fa a la composició de les juntes de personal, s'ha fixat una escala "en coherència amb el que estableix l'Estatut dels treballadors" (art. 39.5), la qual cosa significa de manera general (entre 101 i 1.000 funcionaris, un augment del nombre de representants): de 50 a 100 funcionaris: 5; de 101 a 250: 9; de 251 a 500: 13; de 501 a 750: 17; de 751 a 1.000: 21; de 1.001 en endavant: dos per cada 1.000 o fracció, amb un màxim de 75.

Igual com passa amb la LET, el nombre legal de represen-

tants elegibles no és susceptible de variació per acord o pacte, i els preceptes de l'EBEP tenen el caràcter de dret necessari absolut. Les comunitats autònomes tampoc no podrien modificar el nombre de representants unitaris, ja que aquests preceptes tenen la condició de normes bàsiques.

En tot cas, l'Estatut manté la regulació sobre la necessitat que els membres de les juntes de personal escullin, entre els seus membres, un president i un secretari, i elaborin un reglament de procediment: tant per a l'aprovació d'aquest reglament com de les seves modificacions s'ha d'obtenir el vot, com a mínim, de dos terços dels seus membres.

### 2.3 Funcions dels òrgans de representació unitaris en les administracions públiques

L'article 40 de l'EBEP regula les funcions dels òrgans de representació mantenint, a grans trets, les de la legislació anterior, tot i que amb algun matis:

A) Facultats d'informació passiva: rebran informació (ja no de manera trimestral, com es fixava en la Llei 9/1987) sobre la política de personal, i l'EBEP afegeix que també hauran de tenir informació sobre les dades referents a l'evolució de les retribucions, evolució probable de l'ocupació en l'àmbit corresponent i programes de millora del rendiment. De manera expressa, la norma també estableix que siguin informats sobre les sancions imposades per faltes molt greus.

No figura en l'EBEP la qüestió que també hagin de tenir coneixement de les estadístiques sobre l'índex d'absentisme i les seves causes, els accidents en acte de servei i les malalties professionals i les seves conseqüències, els estudis periòdics o especials de l'ambient i les condicions de treball, així com els mecanismes de prevenció que s'utilitzin, de la qual cosa sí que disposen per la LET els representants del personal laboral, tot i que, en aquesta matèria en general són aplicables, també al personal funcionari, les previsions sobre matèries a consultar en l'àmbit de l'Administració pública en seguretat i salut en el treball de la Llei 31/1995, de 8 de novembre.

Amb relació al contingut, la forma escrita no s'imposa, tot i que pugui ser aconsellable: tanmateix, en aquesta matèria s'ha de recordar que l'article 64 de la LET (aplicable al personal laboral) entén per informació "la transmisión de datos por el empresario al comité de empresa, a fin de que éste tenga conocimiento de una cuestión determinada y pueda proceder a su examen".

B) Facultats de consulta: tal com regulava la Llei 9/1987, els representants dels funcionaris públics estan facultats per emetre informes, a sol·licitud de l'Administració pública, sobre el trasllat total o parcial de les instal·lacions i la implantació o revisió dels seus sistemes d'organització i mètodes de treball, tot i que s'ha tret la referència als plans de formació del personal (en tot cas s'ha de recordar que d'acord amb l'article 37 de l'EBEP són matèries objecte de negociació: "els criteris generals dels plans i fons per a la formació i la promoció interna").

També continuen tenint la funció de tenir coneixement i ser escoltats sobre l'establiment de la jornada laboral i l'horari de treball, així com sobre el règim de vacances i permisos, tot i que ja no hi figura el tema que s'hagi d'emetre un informe sobre "les quantitats que percebi cada funcionari per complement de productivitat" (article 9.2 de la Llei 9/1987). Ara bé, aquesta matèria, entesa en sentit general, continua establerta com a facultat de col·laboració dels representants unitaris per aconseguir l'establiment de totes les mesures que procurin el manteniment i l'augment de la productivitat.

Pel que fa a les funcions de consulta, la doctrina afirma que constitueix un tràmit de compliment obligat, ja que en cas contrari la decisió administrativa corresponent seria il·legal i com a tal impugnable davant la via administrativa.

En aquest marc, s'ha de comentar que l'article 64 de la LET (aplicable al personal laboral) entén per consulta "el intercambio de opiniones y la apertura de un diálogo entre el empresario y el comité de empresa sobre una cuestión determinada incluyendo, en su caso, la emisión de informe previo por parte del mismo".

Finalment, es manté per a les juntes de personal i els delegats de personal la funció consistent a "vigilar el compliment de les normes vigents en matèria de condicions de treball, prevenció de riscos laborals, Seguretat Social i ocupació, i exercir, si s'escau, les accions legals oportunes davant els organismes competents".

## **2.4 Garanties de la funció representativa del personal i durada de la seva representació**

Es continuen mantenint en l'article 41, amb matisos, les garanties i els drets de la Llei 9/1987, que de manera principal, no completa, són els següents:

A) Pel que a l'accés i a la lliure circulació per les dependències de la seva unitat electoral, ara es diu que ho faran "dins els horaris habituals de treball i amb excepció de les

zones que es reservin de conformitat amb el que disposa la legislació vigent”.

Pel que fa a aquesta garantia, la normativa continua sense exigir cap tipus d'autorització prèvia de l'òrgan responsable en matèria de personal, però també és cert que s'hi ha inclòs la referència a la possibilitat que “es reservin” determinades zones.

S'ha de recordar que l'Administració no solament pot classificar com a “reservades” determinades informacions, sinó que també hi ha matèries secretes establertes per la llei o que la mateixa Administració pot decidir que ho siguin. Així, la Llei 9/1968, de 5 d'abril, de secrets oficials, disposa que podran ser declarades matèries classificades (segons l'article 3, “las materias clasificadas serán calificadas en las categorías de secreto y reservado en atención al grado de protección que se requiera”) els assumptes, actes, documents, informacions, dades i objectes el coneixement dels quals per persones no autoritzades pugui danyar o posar en perill la seguretat i defensa de l'Estat. En aquest punt, també s'ha de recordar que la normativa sobre protecció de dades personals, així com la Llei 9/1968, de 5 d'abril, de secrets oficials, estableixen que les qualificacions de “secret” o “reservat” tenen, entre altres, els efectes següents: 1. solament podran tenir coneixement de les “materias clasificadas” els òrgans i les persones degudament facultats per tenir constància d'aquest coneixement, i 2. la prohibició d'accés i les limitacions de circulació a persones no autoritzades en locals, llocs o zones on radiquin les “materias clasificadas.”

Per descomptat, aquesta qüestió guarda una relació íntima amb el silenci professional exigible als representants dels funcionaris: l'article 41.3 estableix que “cadascun dels membres de la junta de personal i aquesta com a òrgan col·legiat, així com els delegats de personal, si s'escau, han d'observar sigil professional en tot el que faci referència als assumptes en què l'Administració assenyali expressament el caràcter de reservat, fins i tot després que expiri el seu mandat. En tot cas, cap document reservat lliurat per l'Administració pot ser utilitzat fora de l'estricta àmbit de l'Administració per a fins diferents dels que en van motivar el lliurament”. D'altra banda, s'ha de recordar que la Llei 38/2007 l'imposa als representants dels treballadors per compte d'altri respecte de la informació facilitada amb caràcter reservat “en legítimo y objetivo interés de la empresa o del centro de trabajo”, i autoritza l'empresa a no informar sobre temes relacionats amb secrets industrials.

S'ha d'afirmar que aquesta normativa de secret o reserva s'ha de llegir en clau específica, dins l'àmbit de l'Administració, ja que es podria qualificar així tot allò que pogués posar "en perill la seguretat i defensa de l'Estat", i afegir-hi probablement les qüestions que es poden derivar de l'àmbit íntim dels funcionaris i dels treballadors, principalment pel que fa a la vigilància de la seva salut d'acord amb la normativa emanada de la Llei de prevenció de riscos laborals; en tot cas, aquesta possibilitat no pot posar en dubte la possibilitat que els representants dels treballadors, o la societat en general, pugui saber l'ús que es fa dels recursos públics, en qualsevol de les matèries en les quals són competents els representants per tenir-ne coneixement o estar-ne informats, com també dels recursos que es destinin justament al compliment adequat per aquests de les seves funcions de representació.

B) Els membres representatius no poden ser traslladats ni sancionats per causes relacionades amb l'exercici del seu mandat representatiu, ni durant la vigència del mandat ni l'any següent a l'extinció, exceptuant-ne l'extinció que tingui lloc per revocació o dimissió.

D'altra banda, l'article 41, dedicat a les garanties, incorpora el que més aviat és una funció: també tenen dret a l'audiència en els expedients disciplinaris a què puguin ser sotmesos els seus membres durant el temps de mandat i durant l'any immediatament posterior, sens perjudici de l'audiència a l'interessat regulada en el procediment sancionador.

C) Pel que fa al crèdit horari (art. 41), l'EBEP ha decidit incloure'l en la seva regulació, amb la qual cosa va en contra de l'Informe de la Comissió per a l'estudi i preparació de l'Estatut bàsic de l'empleat públic, que davant la dificultat d'establir límits i regles precisos sobre el crèdit horari, en proporció a les tasques efectives que cada representant hauria de desenvolupar, afirmava que no era procedent fixar aquesta matèria en un estatut bàsic.<sup>8</sup>

L'EBEP tampoc no ha admès la petició de la Comissió que considerava que seria positiu que els ciutadans poguessin conèixer les dades que hi ha sobre els crèdits d'hores mensuals retribuïdes per a l'exercici de les funcions representatives a cada Administració, i el seu cost, així com l'evolució periòdica de les seves dades.

D'altra banda, hi ha la qüestió que l'acumulació del crèdit horari no podia ser superior a les deu hores mensuals per als funcionaris que fossin de lliure designació, art. 20.1.b, Llei 30/1984 (ara bé, s'ha de destacar que aquest paràgraf

**8.** Informe de la Comisión para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público, de 25 d'abril de 2005. Es pot consultar a l'adreça web del Ministeri d'Administracions Públiques: [http://www.map.es/servicios\\_al\\_ciudadano/empleo\\_publico/novedades/common/Informe\\_Estatuto\\_Empleado](http://www.map.es/servicios_al_ciudadano/empleo_publico/novedades/common/Informe_Estatuto_Empleado) (darrera consulta: 10 de maig de 2005).

ha estat derogat per l'EBEP).

Per últim, el precepte de l'EBEP estén el crèdit horari als delegats de personal, a més dels membres de la junta de personal.

D) D'acord amb l'article 42 de l'EBEP, "el mandat dels membres de les juntes de personal i dels delegats de personal, si s'escau, és de quatre anys, i poden ser reelegits. El mandat s'entén prorrogat si, en finalitzar, no s'han promogut noves eleccions, i els representants amb mandat prorrogat no es poden compatibilitzar a l'efecte de determinar la capacitat representativa dels sindicats": com a conseqüència, es continua pressionant els sindicats com a promotors d'eleccions a promoure-les efectivament, ja que el mandat prorrogat no té eficàcia com a paràmetre de mesura de la representativitat sindicat.

Tot i que la norma no ho diu, el mandat s'ha d'entendre prorrogat fins a la proclamació dels resultats de les eleccions.

## 2.5 Uns apunts sobre les eleccions sindicals

Resulta també d'interès la regulació de la promoció d'eleccions a delegats i juntes de personal, que s'adapta al que disposen els articles 6 i 7 de la LOLS (art. 43), com també l'establiment d'una regulació bàsica i mínima del procediment electoral en l'article 44, en comparació de la regulació detallada i exhaustiva que feia la ja derogada Llei 9/1987. En tot cas, l'article 44 comença dient: "el procediment per elegir les juntes de personal i per elegir delegats de personal es determina per reglament"; per tant, ha de ser un reglament, i no una llei, com fins ara, el que ha de regular el procediment electoral; tanmateix, la disposició transitòria cinquena de l'EBEP recorda que "mentre no es determini el procediment que estableix l'article 39 [sic] del present Estatut, es mantenen amb caràcter de normativa bàsica els articles següents de la Llei 9/1987, de 12 de juny, d'òrgans de representació, determinació de les condicions de treball i participació del personal al servei de les administracions públiques: 13.2, 13.3, 13.4, 13.5, 13.6, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 25, 26, 27, 28 i 29".

Per tant, es mantenen vigents les regulacions següents relatives al procediment electoral: promoció d'eleccions (13.2); necessitat d'acords sindicals per promoure eleccions generalitzades (13.3); en casos d'extinció del mandat representatiu, necessitat de promoure eleccions a partir de la data en què faltin tres mesos (13.4); eleccions parcials (13.5) i nul·litat del procés (13.6); exercici del dret de vot a les



meses (15); electors i elegibles (16); presentació de candidatures (17); votacions (18) i elecció de delegats (19); sistema de votacions (20); facilitació de censos (21); nombre i distribució de meses electorals (25); publicitat de les eleccions (26); jornada electoral (27); impugnació (28); procediment arbitral (29).

Pel que fa a la condició d'electors i elegibles, ho són, d'acord amb l'EBEP (i per tant, el reglament futur ho haurà de prendre en consideració), els "funcionaris que es trobin en la situació de servei actiu. No tenen la condició d'electors ni elegibles els funcionaris que ocupin llocs el nomenament dels quals s'efectuï a través de reial decret o per decret dels consells de govern de les comunitats autònomes i de les ciutats de Ceuta i Melilla".

S'ha de recordar que en aquest punt continua vigent l'article 16.2 de la Llei 9/1987, que estableix que no poden ser electors ni elegibles els nomenats per reial decret o els que desenvolupin càrrecs amb categoria de director general o assimilat, i el personal eventual (excepte els que disposen de serveis especials, que poden ser electors, no elegibles, a la unitat electoral a la qual pertanyerien de no trobar-se en situació de serveis especials).

Pel que fa a la presentació de candidatures, l'EBEP manté els criteris de la Llei 9/1987. Pel que fa a l'article 20 (sistema de votacions), cal dir que l'EBEP aporta com a criteri general que l'elecció es podrà fer per correu "o per altres mitjans telemàtics"; d'altra banda, cal dir que l'EBEP emfatitza en l'article 44 que "els òrgans electorals són les meses electorals que es constitueixin per a la direcció i el desenvolupament del procediment electoral i les oficines públiques permanents per al còmput i la certificació dels resultats regulades en la normativa laboral".

Amb relació a les meses electorals, l'EBEP estableix que "els òrgans electorals són les meses electorals que es constitueixin per a la direcció i el desenvolupament del procediment electoral i les oficines públiques permanents per al còmput i la certificació de resultats regulades en la normativa laboral". S'eleva la funció de les oficines públiques, de manera que computen i certifiquen els resultats electorals, s'ha d'entendre d'acord amb la normativa laboral, per a la mesura de la representativitat sindical.

Finalment, i respecte de la impugnació de les eleccions i el procediment arbitral, l'EBEP manté els mateixos criteris generals que la normativa (provisional) de la Llei 9/1987.

### **3. Novetats en el marc dels drets col·lectius: dret de reunió**

Pel que fa al dret de reunió, s'ha establert una regulació unitària per als treballadors i per als funcionaris públics: l'article 46.1 fixa que estan legitimats per convocar una reunió, a més de les organitzacions sindicals, directament o a través dels delegats sindicals, els delegats de personal, les juntes de personal, els comitès d'empresa i els empleats públics en un percentatge que determina la mateixa norma.

En tot cas, tot i aquestes previsions, l'EBEP ha reduït les previsions regulades en la Llei 9/7987, cosa que es pot entendre com un afavoriment de la possibilitat d'exercir aquest dret: no es fixa cap límit d'hores ni s'estableixen altres requisits per convocar la reunió com un previ determinat.

L'article 46 només fixa la necessitat que les reunions al centre de treball s'hagin d'autoritzar fora de les hores de feina (per tant, les que no es fan al centre de treball no és necessari autoritzar-les), tot i que també estableix que aquestes reunions es puguin fer dintre del centre de treball si hi ha un acord entre l'òrgan competent en matèria de personal i els que estiguin legitimats per convocar-les.

Tanmateix, i com a punt que obstaculitza la convocatòria de reunions, l'article 46 de l'EBEP continua establint en tot cas que poden convocar una reunió els mateixos empleats públics de les administracions respectives en un nombre no inferior al 40% del col·legi convocat, la qual cosa no deixa de ser una xifra elevada per aconseguir la validesa de la reunió corresponent.

### **4. Conclusions**

Entre les principals conclusions que s'han aprofundit en aquesta ponència, convé recordar les següents:

A) Pel que fa a la representació dels treballadors per compte d'altri se'ls aplica la LET i no l'EBEP, i per tant s'ha de tenir en compte la possible discordança que hi pot haver entre les competències que poden tenir els òrgans propis dels treballadors (delegats i comitè d'empresa) i els corresponents dels funcionaris (delegats i juntes de personal); amb relació a la representació dels funcionaris públics, se centra en la regulació establerta en l'EBEP, la qual no ha afectat la sindicalització important de les juntes de perso-

nal i dels delegats de personal.

B) La noció clau per a la constitució de delegats de personal o juntes de personal continua sent la d'“unitat electoral”: l'EBEP ha renunciat a fixar les unitats electorals en les quals correspon escollir juntes de personal (de fet, continua vigent l'article 7 de la Llei 9/1987), i en aquest sentit, ha remès l'establiment de les unitats electorals al que estableixi per a l'Estat i per a cada comunitat autònoma dins de l'àmbit de les competències legislatives; tanmateix, l'EBEP admet la possibilitat de fixar unitats electorals distintes a les de l'article 7 de la Llei 9/1987: en tot cas, persisteix el model de vinculació dels òrgans de representació a les estructures administratives més que a les específicament funcionaries, tot i que s'obre una via potencial d'aproximació dels òrgans de representació i dels òrgans de negociació que pot comportar una potenciació de l'estratègia consistent a reforçar el pes de les representacions unitàries del funcionari en la determinació de les seves condicions de treball. Pel que fa als treballadors per compte d'altri, la base electoral escollida per a la constitució dels seus organismes de representació no ha tingut cap variació ja que s'encarrega de regular l'article 32 de l'EBEP, continuarà regulada per la legislació laboral. Ara bé, s'ha de recordar que s'ha derogat la disposició addicional cinquena de la Llei 9/1987 (que per a l'elecció de representants laborals establia com a únic centre la totalitat de les dependències dependents d'un mateix organisme sempre que els treballadors estiguessin sotmesos al mateix conveni): d'aquesta derogació es podria concloure que també els seria aplicable l'article 39.4 de l'EBEP, cosa que podria comportar la consecució, en el cas que hi hagués un acord previ entre els òrgans de l'Administració i els sindicats legitimats, d'una homogeneïtzació dels àmbits de representació del col·lectiu de funcionaris i del col·lectiu de treballadors.

C) Amb relació a la promoció d'eleccions a delegats i juntes de personal, l'EBEP estableix que “el procediment per elegir les juntes de personal i per elegir delegats de personal es determina per reglament”; per tant, ha de ser un reglament i no una llei, com fins ara, el que ha de regular el procediment electoral; tanmateix, la disposició transitòria cinquena de l'EBEP recorda que “mentre no es determini el procediment que estableix l'article 39 [sic] del present Estatut, es mantenen amb caràcter de normativa bàsica els articles següents de la Llei 9/1987, de 12 de juny, d'òrgans de representació, determinació de les condicions de treball i participació del personal al servei de les administracions

públiques: 13.2, 13.3, 13.4, 13.5, 13.6, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 25, 26, 27, 28 i 29”.

D) Pel que fa al dret de reunió, s’ha establert una regulació unitària per als treballadors i per als funcionaris públics; d’altra banda, l’article 46.1 no ha assumit detalls amb relació a la convocatòria de reunions, que era establerta en la regulació derogada, que podrien comportar un afavoriment d’aquestes reunions.

# 5

## **La participació dels representants del personal en els processos de selecció** Possibilitats i límits d'actuació en vista de l'Ebep

**Xavier Boltaina Bosch**

Director de Recursos Humans de l'Organisme de Gestió  
Tributària de la Diputació de Barcelona

Professor de dret administratiu de la Universitat de Barcelona

## 1. Introducció

La Llei 7/2007, de 12 d'abril, de l'Estatut bàsic de l'empleat públic (en endavant, EBEP) ha significat la plasmació, en una norma de rang legal, de la darrera reforma de l'ocupació pública a Espanya en el sentit més complet i integrat. És evident, doncs, que una reforma d'aquesta mena, que ha donat a llum un text legal que, salvades les distàncies, podria ser l'equivalent en l'àmbit laboral a l'Estatut dels treballadors –norma establerta constitucionalment–, havia de tractar tot allò que afecta la selecció del personal –funcionari, laboral i estatutari al servei de les administracions públiques.

L'exposició de motius de l'EBEP es fa ressò dels principis generals que han informat els preceptes que sobre aquesta qüestió integren l'Estatut; fonamentalment, la voluntat del legislador de garantir l'aplicació dels principis d'igualtat, mèrit i capacitat, voluntat que, si més no, sembla lleument matisada, quan s'afirma que com a tal preocupació essencial ho és "tant com ha estat possible". Alhora, també, es fa incidència en la transparència en la selecció, però igualment en l'agilitat, factors als quals s'uneix el de l'objectivitat: l'EBEP pretén per tant que els processos selectius conjuquin tots tres principis –agilitat, objectivitat i transparència–, que no poques vegades han estat renyits en la pràctica de les nostres administracions.

L'exposició de motius també fa un acostament al que serà l'eix bàsic d'aquesta ponència, com és els òrgans o tribunals de selecció. Així, s'afirma que l'EBEP vol posar "l'èmfasi en les garanties d'imparcialitat i professionalitat dels membres dels òrgans de selecció, per assegurar la seva independència en l'exercici de les potestats que els corresponen i d'aquí que, com és regla en altres ordenaments, s'estableixin determinats límits a la seva composició".

En el desenvolupament legal concret, l'EBEP dedica tot el títol IV a "l'adquisició i pèrdua de la relació de servei". Als efectes de la nostra anàlisi, són diversos els preceptes que cal tenir presents: d'una banda, l'article 55; lògicament, l'article 60 –la interpretació del qual serà l'eix principal d'aquesta ponència–; també, però, l'article 61, en què destaquen els apartats 4t i molt especialment el paràgraf segon de l'apartat 7è, i malgrat que és situat en un altre àmbit sistemàtic, l'article 37.1.c de l'EBEP, referit a les matèries objecte de negociació. Finalment, també l'article 31.6, que legitima les organitzacions sindicals més representatives a interposar recursos en via administrativa i jurisdiccional

1. Malgrat que al llarg de la ponència utilitzarem el terme participació no volem deixar de destacar que s'ha defensat que, més que aquest mot, cal parlar d'implicació dels representants del personal en la selecció del personal, fent-se ressò de la terminologia emprada per la Unió Europea. Vegeu, en aquest sentit, Juan Bautista VIVERO SERRANO: "La implicación de los representantes de los trabajadores en los órganos de selección de empleados públicos", a AAVV: "Gobierno de la empresa y participación de los trabajadores: viejas y nuevas formas institucionales". Informes y Estudios de Relaciones Laborales. MTAS, Madrid, 2007.

2. Retret jurídic que se suma també a un retret moral o ètic: es tracta de comportaments dels tribunals o òrgans de selecció "que són percebuts de manera molt crítica per la societat".

3. Cal recordar que el Tribunal Constitucional ha afirmat, referint-se als òrgans de selecció, que "serà necessari que el règim d'aquestes comissions garanteixi la capacitat dels seus membres perquè el seu judici sigui lliure, sense cedir a consideracions externes, i que el seu nivell de preparació tècnica sigui el suficient per dur a terme la funció seleccionadora (...) ha de correspondre a òrgans qualificadors compostos per persones dotades de la deguda preparació científica i tècnica en la matèria pròpia de cada funció o càrrec" (STC 85/1983). Vegeu també les STC 215/1991 i 174/1996.

4. És clar, doncs, que incorpora en les limitacions els comitès d'empresa, juntes de personal i delegats de personal de treballadors i funcionaris de les administracions públiques.

contra les resolucions dels òrgans de selecció.

Des d'aquesta perspectiva, l'objecte d'aquesta ponència és respondre a dues preguntes, la primera de caràcter general i la segona ja més específica. En primer terme, establir quins són els principis que informen la constitució i el funcionament dels òrgans de selecció, atès que sense cap mena de dubte aquest marc influirà en la resposta del segon interrogant; i en aquest segon terme, fixar quines són les possibilitats i els límits de participació dels representants del personal en els òrgans de selecció després de l'aprovació de l'EBEP.' Una participació que situem en el sentit més ampli, és a dir, quin paper hi poden tenir –o quines limitacions hi tenen– els representants del personal funcionari i del personal laboral, ja sia a través dels seus òrgans unitaris (comitè d'empresa, juntes de personal, delegats de personal), ja sia per mitjà de les organitzacions sindicals.

Tanmateix, per a una anàlisi de tota la problemàtica, cal dur a terme, al nostre entendre, una sistemàtica progressiva en l'estudi, que tot seguit detallem.

En primer terme, pensem que és imprescindible acostarnos a les reflexions, conclusions i propostes que va efectuar la Comissió d'Experts que va elaborar l'Informe del 2005 i que va ser la base sobre la qual s'ha fonamentat l'EBEP.

En segon lloc, analitzar el tràmit parlamentari de l'EBEP en les matèries –i més concretament, en els preceptes– que analitzarem, ja que aquesta tramitació ens permetrà entendre, o deduir, algunes respostes al problema plantejat.

Finalment, i malgrat el risc que es corre per tractar-se d'una norma nova, valorar quines són les possibilitats reals, i els límits també reals, que sembla derivar-se de l'EBEP, a l'hora de fixar la participació dels representants dels empleats en els processos de selecció.

5. Aquest criteri havia estat defensat ja tradicionalment per una part significativa de la doctrina teòrica i per alguns autors. Així, el mateix professor SÁNCHEZ MORÓN, una dècada abans, ja havia afirmat que la regla de participació de càrrecs polítics era “mancada de tota lògica jurídica atès que, si es tracta d'avaluar exclusivament els mèrits i les capacitats dels candidats, és necessari que els avaluadors, tots ells, tinguin la qualificació tècnica necessària. La introducció de càrrecs polítics (o de representants sindicals) en els òrgans de selecció incorpora punts de vista diferents, incompatibles objectivament amb el principi d'imparcialitat” (Derecho de la Función Pública. Madrid: Editorial Tecnos, 1996); Antonio SERRANO PASCUAL va valorar com a inconstitucional aquesta previsió del Reial decret 896/1991 a “La composición técnica de los tribunales de selección de personal en la Administración local: una asignatura pendiente” (El Consultor, núm. 19, 15 d'octubre de 2000); tots ells qualifiquen la norma esmentada com una transgressió manifesta dels principis d'especialitat i imparcialitat, a més a més de reprotxable des d'un punt de vista jurídic, pel seu caràcter “patrimonialista” i “passat de moda” (en la versió castellana, *trasmochado*), com ho va definir el professor Javier FERREIRA FERNÁNDEZ a “Aproximación al régimen jurídico-normativo de los órganos de selección de funcionarios al servicio de la administración local”, a AAVV: “El Estatuto de la función pública ¿la reforma adecuada?”, Actas del II Congreso sobre la Función Pública, Fundación Genesias, 1999.

## 2. Els òrgans de selecció en l'Informe de la Comissió d'experts de 25 d'Abril de 2005

L'Informe de la Comissió per a l'estudi i preparació de l'Estatut bàsic de l'empleat públic de 25 d'abril de 2005 dedica un dels seus apartats a analitzar l'accés a l'ocupació pública, i tracta específicament la qüestió dels òrgans de selecció.

L'Informe distingeix entre dues pràctiques dutes a terme per les administracions públiques espanyoles: les que són mereixedores de reconeixement pel seu rigor i les que no compleixen aquesta característica. És important destacar que entre els qualificatius que es donen a les primeres hi ha aquest rigor en el procés de selecció, fet sota els principis de publicitat, mèrit i capacitat, tramitats i resolts per òrgans dotats de l'especialització i imparcialitat necessàries, a través de proves raonables i amb un grau suficient de transparència.

En la crítica que s'efectua, entre altres aspectes, es planteja –literalment– conductes que porten a “discriminacions, interferències clientelars i favoritismes de tot tipus”,<sup>2</sup> a la qual cosa no és aliena la laboralització molt extensa en l'Administració, potser perquè la incorporació com a treballador sigui més fàcil o més dúctil que en el procés de selecció del funcionari.

Pel que fa a tot plegat, l'Informe de la Comissió del 2005 plantejava la necessitat de recollir tot un seguit de principis que, en concret en els òrgans de selecció, es poden resumir en els següents:

transparència en la gestió del procés de selecció i en el funcionament dels òrgans de selecció, sens perjudici del caràcter reservat de les seves deliberacions, especialització i professionalitat dels integrants dels òrgans de selecció,<sup>3</sup>

garantia de la independència dels òrgans de selecció i de la imparcialitat de cadascun dels seus membres individualment considerats.

Tot seguit, l'Informe planteja els eixos fonamentals de la seva proposta, origen doncs del debat actual:

1r. Es vincula la credibilitat del procés selectiu al paper que hi tenen els òrgans de selecció. No hi podem estar més d'acord. La seva imparcialitat i objectivitat són valors bàsics en aquest funcionament. Per aconseguir aquest fi, la Comissió no té dubtes a afirmar que la composició dels òrgans o tribunals ha d'estar completament al marge de tota influència o interferència, i la concreta en tres àmbits: la dels partits polítics (o més textualment –i potser, en sen-

6. Reglament general d'ingrés i de provisió de llocs de treball i promoció professional dels funcionaris civils de l'Administració general de l'Estat. D'acord amb l'article 1.3 del text, té caràcter supletori per a les altres administracions públiques diferents de l'estatal.

7. Article 43.3 de la Llei 3/1985, de 26 de desembre, d'ordenació de la funció pública de l'Administració del Principat d'Astúries.

8. Article 41.3 de la Llei 4/1993, de 10 de març, de regulació de la funció pública de la Diputació Regional de Cantàbria.

9. Així, l'article 31.2 de la Llei 6/1989, de 6 de juliol, de la funció pública basca fixa que en els tribunals hi haurà un membre designat per la “representació sindical”. També la legislació autonòmica d'Extremadura, Castella - la Manxa i Castella-Lleó, entre d'altres, estableix previsions semblants.

10. Es pot consultar en el BOCC de 8 de setembre de 2006, núm. 94-1, sèrie A, projectes de llei.

11. Esmena núm. 387 del Partit Popular en el Congrés. BOCC 24-11-2006.

12. Esmena núm. 388 del Partit Popular en el Congrés.

13. Esmena núm. 31 del diputat J. A. Labordeta, Grup parlamentari Mixt. La justificació, si més no, encara que raonable, oblidava altres aspectes: fonamentalment no incorporava en la limitació el personal laboral temporal, igualment subjecte passiu possible d'un procés de selecció.



tit més ampli—“partidària”), la dels grups gremials i la dels grups corporatius.

2n. Es fa imprescindible la professionalitat dels membres dels òrgans de selecció. Es va plantejar que calia que aquests integrants dels tribunals o òrgans reunissin dos requisits, que, al nostre entendre i segons la interpretació que fem de les paraules de la Comissió, han de donar-se alhora, si bé també poden ser independents: professionalitat en el sentit tècnic i en el sentit estrictament selectiu. És a dir, la professionalitat ha d'estar en relació amb un “ampli coneixement de l'àrea professional amb què estiguin incardinats els llocs o funcions a què s'adreça la selecció”, però també amb el domini de les tècniques i habilitats específiques de selecció. Aquest coneixement i aquest domini poden donar-se en el mateix vocal o membre de l'òrgan o poden ser distribuïts entre ells, però quedava clar en tot cas que calia que les persones que formaven, en el seu conjunt, els esmentats òrgans reunissin el conjunt d'aquests trets. Aquestes premisses s'han recollit en l'EBEP, en exigir que la selecció es faci sota el principi d'imparcialitat i professionalitat dels membres, la independència i discrecionalitat tècnica dels quals s'ha de respectar, alhora que han d'actuar amb transparència (art. 55.2, lletres b, c i d).

3r. Tanmateix, la Comissió no tanca la seva reflexió en aquest desig o reflexió de caràcter general, sinó que planteja més concretament un dels defectes dels processos de selecció a Espanya, que no és cap altre que la composició dels òrgans selectius. Amb molta freqüència i acríticament—diu l'Informe—la composició dels òrgans està formada per membres designats que actuen per a grups polítics o sindicals o en representació seva i, en menor mesura, d'altres associacions o organitzacions.

4t. La conseqüència del que hem dit és la conclusió a la qual va arribar la Comissió i que podem resumir en els trets següents:

La manca de justificació objectiva de la participació d'aquests membres que actuen per a interessos aliens o en representació seva en els òrgans de selecció. De fet, en afirmar això, l'Informe efectua una consideració jurídica, però va més enllà quan fa un retret moral i ètic: es tracta de pràctiques “absolutament discordants amb les regles consolidades des de fa temps en els països democràtics del nostre entorn”, i afirma que un futur Estatut bàsic hauria de ser “rigorós” en aquest aspecte, “com—estem convençuts—el conjunt de la nostra societat espera i desitja”.

L'opció per òrgans exclusivament tècnics, que inclouin

**14.** Esmenes núm. 298 i 299 del grup parlamentari d'ERC.

**15.** Esmenes núm. 173 i 174 del grup parlamentari d'Izquierda Unida - Iniciativa per Catalunya Verds.

**16.** Esmena núm. 175 del grup parlamentari d'Izquierda Unida - IC Verds.

**17.** Alguna esmena individual havia plantejat, per part del Grup Mixt, l'acceptació del text presentat pel Govern, però afegint-hi el dret de les organitzacions sindicals a rebre informació i efectuar un seguiment dels processos de selecció (esmena núm. 243 del diputat F. Rodríguez Sánchez).

**18.** Vegeu l'informe de la ponència, BOCG de 13 de desembre de 2006, núm. 94-11.

**19.** Diario de sesiones, Ple de 21 de desembre de 2006. La qual cosa està d'acord amb la defensa que va efectuar de les esmenes 173 i 174 en la sessió de 14 de desembre de 2007, en els termes següents: “Las enmiendas números 173 y 174 tratan sobre una cuestión harto relevante, la necesidad de participación de las organizaciones sindicales representativas en los órganos de selección. Esto es, no se dice cómo deben participar o si se puede establecer que se participe con voz pero sin voto, pero la mera presencia de las organizaciones sindicales en los órganos de selección es fundamental para la transparencia y objetividad de los procesos de selección. Entendemos que el tenor literal actual del texto de la ponencia en su artículo 60.3 impide esa participación y, por lo tanto, ha de ser reformado, porque incluso en muchísimas leyes de Función pública y en acuerdos de Administración local está expresamente introducida y regulada la participación de los representantes

regles d'exclusió, a fi de garantir l'especialització, la imparcialitat i la professionalitat. És tan gran la importància que la Comissió va donar a aquesta qüestió que fins i tot va afirmar que hauria de ser una de les aportacions “més nítides que la nova legislació sobre l'ocupació pública calia que fes, per garantir efectivament el dret fonamental establert en l'article 23.2 de la Constitució”.

5è. Es fa una aposta decidida per òrgans estables de selecció, dotats d'un alt nivell d'independència funcional. L'Informe proposava en aquest sentit que l'EBEP creés un òrgan específic destinat a l'organització dels processos de selecció, dotat d'un estatut d'independència, per a l'àmbit de l'Administració general de l'Estat i les entitats dependents o vinculades a ella, i plantejava que les lleis autonòmiques poguessin regular òrgans d'aquesta mena també per al seu àmbit.

Tot el que hem comentat finalitza amb una recomanació clara i prístina, que en el text inicial de l'Informe no donava peu a cap tipus de dubte –la qual cosa no succeeix en l'EBEP– en afirmar que:

“La Comissió proposa que l'Estatut bàsic estableixi de manera expressa que la composició dels òrgans de selecció d'empleats públics de tot tipus ha d'ajustar-se a criteris estrictes d'imparcialitat i professionalitat dels seus membres, excloent en tot cas de formar-ne part el personal d'elecció o designació política, comprès el personal eventual, representants dels sindicats, òrgans unitaris de representació del personal<sup>4</sup> o associacions que exerceixin funcions representatives dels empleats públics, persones que hagin intervingut en la preparació dels candidats i totes aquelles altres afectades per alguna causa d'abstenció o recusació.”<sup>5</sup>

sindicales en los órganos de selección. Es una conquista que han logrado por su buen trabajo las representaciones sindicales. Por tanto, esto significaría un paso atrás no solo en una conquista de representación de los trabajadores, sino también en la transparencia y objetividad necesaria en todos los procesos de selección.”

**20.**BOCG de 2 de gener de 2007, núm. 94-14.

**21.**Esmena núm. 108 del Partit Popular en el Senat (BOCG, Senat, sèrie II, 21 de febrer de 2007).

**22.**És un bon exemple d'això les Instrucciones para la aplicación del EBEP en el ámbito de la Administración General del Estado y sus Organismos Autónomos de 25 de maig de 2007, que en el seu apartat cinquè, lletra e), es limita a reproduir el que fixa l'Estatut bàsic.

**23.** Un principi, el d'imparcialitat tècnica, força important, però no absolut, i que ha estat reorientat per la jurisprudència del Tribunal Suprem. Vegeu en aquest sentit Eduardo LÁZARO ALBA i Fernando GONZÁLEZ BOTIJA: “A vueltas con la discrecionalidad técnica de oposiciones y concursos: jurisprudencia reciente y reflexiones críticas”. REDA, núm. 127, 2005.

**24.** Manuel FÉREZ FERNÁNDEZ: “L'accés a l'ocupació pública i la selecció”. El Butlletí, CEMICAL, núm. 41, octubre de 2007. Aquest requisit figura en normes específiques, com és el cas de l'article 11 del RGI, que fixa que els tribunals per a la selecció de funcionaris estaran constituïts per funcionaris de carrera –no traiem la mateixa conclusió pel que fa al personal laboral, vegeu l'article 30.

### 3. Els òrgans de selecció en l'Estatut Bàsic de l'empleat públic de 2007. *Iter* legislatiu: origen i final d'una redacció controvertida

La participació dels representants dels empleats públics en els processos de selecció és quelcom poc estudiat o conegut, probablement perquè com a tal dret o possibilitat no figura expressament ni en l'Estatut dels treballadors ni en la Llei orgànica de llibertat sindical. No obstant això, sí que podem trobar concrecions normatives d'aquesta participació en altres normes.

Així, com a referent potser més emblemàtic, hem d'esmentar per a l'àmbit estatal el Reial decret 364/1995, de 10 de març, del reglament d'ingrés,<sup>6</sup> que fixa, en el títol dedicat a la selecció de personal laboral, que els òrgans de selecció han d'estar formats per un nombre senar de membres, "un dels quals, si més no, serà designat a proposta de la representació dels treballadors" (art. 30), però també normes autonòmiques, fins i tot de rang legal, com quan es diu que "en els tribunals i comissions de selecció hi haurà representants del personal"<sup>7</sup> o que es regularà "la composició i funcionament dels òrgans de selecció, en els quals hi haurà representació sindical"<sup>8</sup>, entre altres molts exemples.<sup>9</sup>

El Projecte de Llei d'EBEP, presentat pel Govern al Congrés dels Diputats,<sup>10</sup> va recollir les propostes fetes per la Comissió. D'entrada, va fixar tot un conjunt de principis en el procés selectiu, entre els quals destacaven els d'imparcialitat i professionalitat dels membres dels òrgans de selecció (art. 55.2.c), i fixava dos tipus de restriccions en la composició dels tribunals:

una prohibició absoluta que formessin part dels òrgans selectius tant el personal d'elecció com el de designació política, així com el personal eventual (art. 60.2),

també una altra prohibició que es podia considerar absoluta, i en termes força clars: "la pertenencia a los órganos de selección será siempre a título individual, no pudiendo ostentarse ésta en representación de asociaciones, organizaciones sindicales, órganos unitarios de representación del personal o cualquier otra entidad representativa de intereses" (art. 60.3).

El valor jurídic d'aquesta previsió ho era, pel que fa a l'assumpte que ara ens ocupa, perquè fixava amb claredat l'exclusió de la representació en nom d'associacions, organitzacions sindicals i òrgans unitaris. No donava peu a dubtes sobre l'abast de la prohibició. D'altra banda, ja hi figurava un article 61.2, segon paràgraf, segons el qual "las

25. Qualificaríem d'imparcialitat subjectiva la que es requereix als membres dels òrgans de selecció en el sentit que no mantinguin relacions prèvies indugudes o inconvenients amb els aspirants, i imparcialitat objectiva la que assegura que no tenen vincles estrets i regulars amb cap d'aquests aspirants (vegeu, en aquest sentit, Miguel SÁNCHEZ MORÓN: "Acceso al empleo público y adquisición de la relación de servicio", dins AAVV: "Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público". Lex Nova, 2007).

26. Pel que fa al règim de transitorietat, tant amb relació a l'article 60.2 com el 60.3, compartim el criteri fixat per la Guia pràctica de l'Estatut bàsic de l'empleat públic, núm. 55, especial EBEP, maig de 2007, Oficina d'Assistència Jurídica de Recursos Humans, Diputació de Barcelona, que distingeix entre les bases publicades abans de l'entrada en vigor de la Llei amb composició expressa del tribunal o òrgan de selecció, que haurà de ser respectada, i les bases publicades abans també de l'entrada en vigor de la Llei sense previsió expressa sobre la composició de l'òrgan, o que es remeten a la legislació aplicable: en aquest cas "s'haurà d'ajustar al que disposa l'article 60 de l'EBEP, atès que llavors ja haurà entrat en vigor i serà d'aplicació directa i immediata".

27. "Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público". Grup de treball de Recursos Humans. FEMP, juliol de 2007.

28. En una aplicació extensiva del precepte de l'EBEP, la instrucció de la Secretaria de Funció Pública i Modernització de l'Administració de 6 de juny

Administraciones Públicas podrán negociar las formas de colaboración que en el marco de los convenios colectivos fijen la actuación de las Organizaciones Sindicales en el desarrollo de los procesos selectivos”, precepte que ha passat al text definiu de l’EBEP sense cap retoc (vegeu l’article 61.7, segon paràgraf).

És important cohonestar ambdós preceptes, perquè d’aquesta interrelació quedava clar que en cap cas les “formes de col·laboració” podien passar a formar part, de manera directa o indirecta, dels tribunals o òrgans de selecció en representació d’òrgans sindicals o unitaris.

Atesos els termes utilitzats en el Projecte de llei del 2006, hem d’indicar que es va presentar tot un seguit d’esmenes als articles 60 i 61, no excessivament nombroses en quantitat, però algunes importants per dilucidar el debat:

Un intent de mantenir parcialment el sistema actual, en el sentit que poguessin formar part dels òrgans de selecció els representants polítics, encara que no ho poguessin fer els representants sindicals o unitaris. En concret, aquest plantejament va ser defensat pel grup parlamentari del Partit Popular, tenint en compte les característiques especials –segons la seva justificació– de l’Administració local, en considerar que calia que poguessin ser-hi presents els representats “electes” i també “el personal eventual”.<sup>11</sup> L’opció, però, no s’estenia a les organitzacions sindicals i els òrgans unitaris, si bé també es proposava la possible negociació de formes de col·laboració en la selecció de personal laboral.<sup>12</sup>

Una acceptació del text inicial presentat al Congrés, però ampliant la restricció a altres col·lectius. En concret, la inclusió del personal funcionari interí, esmena justificada pel fet que també pot ser subjecte passiu en la selecció de personal fix.<sup>13</sup>

Una variable de la perspectiva anterior era la que, acceptant-ne el contingut, la rebutjava perquè no la considerava una norma bàsica, i s’indicava que no era raonable que una norma d’aquesta mena establís criteris d’exclusió pel que fa a la composició dels òrgans de selecció.<sup>14</sup>

Un rebuig, matisat, a l’exclusió, que defensava la supressió de l’article 60.3 i la substitució per la possibilitat que poguessin ser presents en els òrgans de selecció “las organizaciones sindicales representativas”, amb una finalitat fiscalitzadora, amb veu però sense vot,<sup>15</sup> amb l’obligatorietat de negociar les fórmules de col·laboració, en lloc únicament de la fórmula potestativa del text inicial, sempre referit al personal laboral.<sup>16</sup>

Podem concloure que en el tràmit del Congrés no hi va haver un rebuig total de les idees proposades per la

de 2007 exclou el personal eventual, interí i laboral no fix per temps indefinit o temporal (punt 9è, apartat primer).

**29.** Així ho reflexionava l’esmena núm. 31 del Grup Mixt, diputat J. A. LABORDETA, en el Congrés. No obstant això, creiem que és més significatiu la primera raó, ja que aquesta segona, de fet, és traslladable a qualsevol empleat de l’Administració, perquè encara que sigui fix o permanent pot optar a qualsevol altre procés selectiu, per accedir a una categoria o grup professional més alts.

**30.** Textualment, SÁNCHEZ MORÓN afirma que “como Ulises en la cueva de Polifemo, los sindicatos han logrado sustituir su nombre por el de nadie, también sin duda para escapar de una situación incómoda para sus intereses, con el resultado de cambiar una norma clara por otra ambigua”.

**31.** Creiem en aquest sentit que l’abast de l’article 60.3 de l’EBEP no pot arribar també a incloure, com a exclosos, els representants autonòmics. Més aviat entenen que pel que fa a l’actuació del personal nomenat per l’EAPC o altres òrgans i entitats –per al cas dels processos selectius de les policies locals–, en el nostre cas, atès que no és promoguda per vincles polítics, sindicals o corporatius amb l’Administració pública local que convoca, sinó que es justifica per raons d’interès general, està d’acord amb l’esperit de l’EBEP. No obstant això, el cohonestament correcte de l’article 60.3 de l’EBEP i la normativa autonòmica catalana hauria de concloure’s en el sentit que fixa l’apartat 9è de la instrucció de la Generalitat de Catalunya de 6 de juny de 2007: “L’article 54.3 del Decret legislatiu 1/1997, de 31 d’octubre, queda afectat per aquesta

Comissió d'Experts i assumides pel Projecte de Llei. Potser la discrepància més clara era la formulada pel Partit Popular, que pretenia mantenir la participació dels electes i el personal eventual i, també per Izquierda Unida, que defensava que d'alguna manera hi hagués una representació sindical en els òrgans, però centrada en les organitzacions sindicals representatives, sense dret a vot.<sup>17</sup>

Tanmateix, exclusivament una única esmena va prosperar: la de Chunta Aragonesista, en incorporar-se el funcionari interí com a personal exclòs.<sup>18</sup> L'Informe de la ponència publicada en el BOCG de 13-12-2006 continua mantenint la redacció d'exclusió inicial.

No obstant això, el Dictamen de la Comissió, escrits de manteniment d'esmenes per a la defensa davant el Ple i vots particulars publicat en el BOCG de 20-12-2006 incorpora un tomb importantíssim i cabdal. Desapareix completament la referència específica a sindicats i òrgans unitaris i l'article 60,3 queda definit com "la pertenencia a los órganos de selección será siempre a título individual, no pudiendo ostentarse ésta en representación o por cuenta de nadie". És a dir, entre el 13 i el 20 de desembre desapareix la part final del precepte i s'hi incorpora l'expressió "por cuenta de nadie". S'ha de dir en aquest sentit que el representant d'Izquierda Unida, en el debat del Ple de 21-12-2006, afirma que "también nos sentimos satisfechos por haber logrado eliminar expresamente el veto a la participación de los sindicatos en los procesos de selección del personal, que significaba un serio paso atrás".<sup>19</sup>

Des d'aquell moment, el Ple del Congrés, en data 21 de desembre de 2006, aprova un text final de l'article 60 punts 2n i 3r, que literalment fixen l'abast següent:<sup>20</sup>

"2. El personal de elección o de designación política, los funcionarios interinos y el personal eventual no podrán formar parte de los órganos de selección.

3. La pertenencia a los órganos de selección será siempre a título individual, no pudiendo ostentarse ésta en representación o por cuenta de nadie."

Ja en el tràmit del Senat no hi ha pràcticament esmenes significatives, llevat de l'intent del Partit Popular, novament, d'introduir la referència expressa a la prohibició de representar organitzacions sindicals i òrgans unitaris i a la possibilitat de participació dels electes i el personal eventual.<sup>21</sup> En el text final aprovat pel Senat i finalment pel Congrés queda descrita la composició dels òrgans de selecció (art. 60) i l'abast dels hipotètics convenis de col·laboració de l'article 61.7 de l'EBEP en els termes ja coneguts.

previsió, amb la qual cosa els membres designats no poden exercir la seva condició de membre en representació de l'EAPC, sinó que, sens perjudici que siguin proposats per aquest òrgan, la seva participació és a títol individual."

**32.** Miguel SÁNCHEZ MORÓN: "Acceso al empleo público...", op. cit.; la circular núm. 6 sobre l'EBEP dictada per la Generalitat Valenciana estableix que no poden participar com a membres titulars o suplents d'òrgans de selecció "aquelles altres persones que no actuïn a títol individual, sinó a títol representatiu", en què s'inclouen "representants dels sindicats", "representants dels òrgans unitaris de representació del personal" i "representants d'associacions que exerceixin funcions representatives dels empleats públics".

**33.** Així, la recent Llei 3/2007, de 27 de març, de la funció pública de les Illes Balears afirma que no podran formar part dels òrgans de selecció "els representants de les empleades i dels empleats públics", encara que sí que podran exercir funcions de vigilància i control, com més endavant assenyalarem (art. 51.3, segon paràgraf, de la Llei 3/2007).

**34.** Joan Josep MAURI MAJÓS: "L'objecte de la negociació col·lectiva a partir de l'Estatut bàsic de l'empleat públic: matèries incloses i excloses en la negociació col·lectiva de les corporacions locals", 9è Seminari de relacions col·lectives de la FMC, 15 de novembre de 2007.

**35.** Manuel FÉREZ FERNÁNDEZ: "L'accés a l'ocupació pública...", op. cit.

**36.** Vegeu, en aquest mateix sentit, J. B. VIVERO SERRANO: "La implicación de los representantes...", op. cit.

## 4. Sobre la situació actual de la participació dels representants dels empleats públics en els òrgans de selecció després de l'EBEP (I): l'article 60

Hem volgut demostrar amb l'*iter* legislatiu esmentat en l'apartat anterior la dificultat d'establir l'abast de les expressions o de la voluntat del legislador amb relació a aquesta qüestió. Sembla que queden clares dues qüestions: primera, hi ha una intenció clara de mantenir la consideració que la pertinença als òrgans de selecció sempre serà a títol individual i no es podrà detenir en representació o per compte d'algú, però es fa desaparèixer, si més no, de manera expressa les referències a les organitzacions sindicals i els òrgans unitaris; segona, el nul debat sobre el contingut i l'abast de l'article 61.7 segon paràgraf, així com una relativa poca implicació interpretativa en les instruccions dictades per les diferents administracions amb relació a aquesta qüestió –tant la referida a l'article 60.3 com a l'article 61.7 de l'EBEP.<sup>23</sup>

Estem obligats a intentar formular una aproximació, forçosament teòrica, al possible abast dels preceptes esmentats de l'EBEP.

1. Els òrgans i tribunals de selecció són òrgans col·legiats i la seva composició s'ha d'ajustar als principis d'imparcialitat i professionalitat dels seus membres (art. 60.1), que es conjuguen amb el de discrecionalitat tècnica.<sup>23</sup> Ja hem tingut l'oportunitat de reflexionar sobre l'abast d'aquesta professionalitat, entesa des d'un punt de vista de coneixements tècnics i/o de coneixement de les tècniques i procediments de selecció. Com a òrgan col·legiat, funcionarà segons les regles que estableix la Llei 30/1992, del règim jurídic de les administracions públiques i del procediment administratiu comú, amb les particularitats i especificitats que es puguin derivar de les lleis i reglaments (i de les bases de les convocatòries) que regulen el seu funcionament específic com a òrgans selectius.

2. No es desprèn de l'article 60 de l'EBEP la necessitat que els membres dels òrgans de selecció hagin de ser forçosament funcionaris. Tanmateix, la normativa de desenvolupament podrà fixar requisits específics, incloent-hi aquest, però d'entrada l'EBEP no ho estableix, i s'ha plantejat des de la reflexió teòrica que les normes que ho estableixen encara haurien de ser revisades.<sup>24</sup>

3. L'article 60.1 de l'EBEP fixa el que nosaltres anomenem *exclusions absolutes* per garantir la imparcialitat subjectiva

37. Valgui recordar, en aquest sentit, que el CCFP està integrat per representants del Govern, de les corporacions locals i per "representants del personal en proporció a la representativitat obtinguda en les eleccions sindicals entre el personal de les administracions públiques catalanes" (art. 8.2 del Decret legislatiu 1/1997). Com a tal Consell es defineix com a òrgan superior col·legiat de consulta, informe, proposta i participació del personal amb relació a les qüestions comunes que en matèria de funció pública poden afectar les diverses administracions públiques catalanes.

38. La Sentència del Tribunal Suprem de 10 de juny de 1991 (ar. 5140) va defensar aquest criteri, favorable als sindicats més representatius en l'àmbit de les administracions públiques, sota l'argument que es tractava d'una participació en representació de tots els treballadors en els òrgans de l'Administració, a l'empara de l'article 6.3.a de la LOLS. Amb dubtes sobre aquesta opció trobem José Manuel LÓPEZ GÓMEZ: "El régimen jurídico del personal laboral de las Administraciones Públicas". Madrid: Civitas, 1995, que en tot cas defensa que si l'empara és l'article 6.3.a de la LOLS, els sindicats que hi tenen dret són els més representatius amb caràcter general.

39. Aquest és el plantejament que efectua J. B. VIVERO SERRANO: "La implicación...", op. cit.

40. En aquest sentit, J. B. VIVERO SERRANO: "La implicación...", op. cit.

i objectiva.<sup>25</sup> el personal d'elecció o de designació política, els funcionaris interins i el personal eventual no podran formar part dels òrgans de selecció.<sup>26</sup> La literalitat de l'expressió no permet cap tipus d'ambigüitat; cal tenir en compte que entenem clarament la restricció des de la perspectiva de l'Administració on presten serveis o exerceixen la seva funció política; però, això impedeix que puguin ser membres d'altres òrgans o tribunals de selecció d'administracions diferents a les seves? La resposta no és clara, atès que l'article 60.2 efectua una prohibició genèrica, però una interpretació lògica semblaria portar-nos a pensar que la restricció ho és per a l'Administració que convoca el procés.

Hi ha hagut alguns dubtes sobre l'expressió *personal d'elecció o de designació política*. En aquest sentit, s'ha defensat que el personal de designació és tot el que té la consideració d'alt càrrec de l'Administració en general, mentre que el personal d'elecció és el que ha estat elegit o nomenat mitjançant l'elecció per a un càrrec públic de manera directa o indirecta i que té un caràcter de representació –a diferència dels designats políticament.<sup>27</sup>

Es deroga, doncs, a través de l'article 60.1, l'article 4 del Reial decret 896/1991, de 17 de juny, segons el qual la Presidència de l'òrgan de selecció a les corporacions locals residia en el president o alcalde de l'entitat local (o "membre" d'aquesta en qui delegués), però la prohibició abasta també al càrrec de vocal o secretari. L'exclusió del personal funcionari interí, no suggerida per l'Informe de la Comissió i estesa al personal laboral temporal i a l'indefinit no fix per la instrucció de la Generalitat de Catalunya de 6 de juny de 2007,<sup>28</sup> té l'origen en els dubtes sobre la seva imparcialitat –atesa la seva situació de major feblesa– i en el fet mateix que pot ser subjecte passiu d'un procés de selecció.<sup>29</sup>

4. L'article 60.3 de l'EBEP assoleix una dificultat interpretativa major i, en especial, planteja si és possible alguna mena de presència sindical o unitària en els òrgans de selecció. Com ja hem vist, el redactat inicial del Projecte de llei era força clar i no donava peu a cap ambigüitat. Però, com ha afirmat la millor doctrina coneixedora de la qüestió, la pressió sindical va influir en el canvi de redactat –ja hem fixat les esmenes sobre això–, i va convertir la claredat en ambigüitat.<sup>30</sup> Els termes finals en què ha quedat redactat l'article, a més a més, han fet qüestionar la mateixa presència de representants de l'Administració autònoma a través de les seves escoles o instituts, interpretació que no compartim, però que mereixerà, en el futur, un aclariment per mitjà de la legislació autònoma.<sup>31</sup>

**41.** La definició de col·laborar (del llatí, *collaborare*) implica "treballar en comú amb algú, especialment en una obra literària, artística, científica"; un col·laborador és una "persona que col·labora", però com a segona accepció també es defineix com a "persona que col·labora sovint en un diari, una editorial, etc., sense formar part del grup de redacció" (Gran Diccionari de la Llengua Catalana, 1998). Aquesta mateixa idea importada del món editorial es troba també en la referència en llengua castellana, que defineix igualment l'acció de col·laborar com "trabajar con otra u otras personas en la producción de alguna cosa, especialmente en las de ingenio" (Diccionari Sopena, Barcelona, 1963). El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española insisteix en aquesta definició, com també la de "contribuir", en el sentit de "ayudar con otros al logro de algún fin" o "trabajar con otra u otras personas en la realización de una obra".

**42.** Per esmentar-ne un exemple, la circular núm. 6 de la Generalitat Valenciana es remet al "desenvolupament negociatiu (mitjançant el conveni col·lectiu corresponent) que es produeixi d'aquest precepte per determinar en concret quines són aquestes possibles formes de col·laboració".

**43.** En algun cas, però, es manifesta en sentit contrari. Així, Ramón PARADA sembla acceptar que aquest precepte possibilita el nomenament d'alguns vocals en els òrgans de selecció, i si alerta d'algun defecte és que es deixi de facto la selecció pròpiament considerada en mans de les organitzacions sindicals (Derecho del Empleo Público. Ley 7/2007 de 12 de abril del Estatuto Básico del Empleado Público. Marcial Pons, Barcelona, 2007).

Però davant d'això podem plantejar dues hipotètiques interpretacions, més enllà d'altres consideracions que entenen que, de fet, l'EBEP no diu res sobre la hipotètica participació sindical:

- Una interpretació no necessàriament estricta, però sí basada en tots els antecedents del tràmit parlamentari i de les mateixes esmenes presentades: una organització representativa d'interessos o un òrgan unitari no pot proposar –i molt menys, nomenar– membres integrants dels òrgans de selecció. Si aquest poder continua existint, es constituiria un vincle de representació, encara que no estigui formalitzat. Aquesta impossibilitat de nomenament, designació o proposta s'estendria a organitzacions sindicals, associacions defensores d'interessos, candidatures electorals, assemblees d'electors o òrgans unitaris (comitès, juntes de personal o delegats de personal), entre d'altres, i comportaria la derogació dels convenis col·lectius i els acords de funcionaris que ho estableixin així.<sup>32</sup>

- Una interpretació relativista, que no seria contradictòria amb l'anterior: la redacció de l'article 60.2 prohibeix detenir una representació d'algú, o actuar per compte d'algú, però en cap cas prohibeix que pugui ser membre d'un òrgan de selecció a un representant sindical, a un membre del comitè d'empresa o la junta de personal, o a un delegat de personal. Toparia amb els drets constitucionals que fos així i, per tant, aquesta única condició no invalida la seva participació, de la mateixa manera que militar o detenir càrrecs orgànics en organitzacions polítiques tampoc invalida per ser membre d'un òrgan selectiu, si bé alguna norma autonòmica sembla haver-ho restringit sense cap excepció.<sup>33</sup> En tot cas, s'insisteix en la impossibilitat de negociar la participació dels representants dels funcionaris i del personal laboral en els òrgans de selecció, atès que els valors protegits són els de la professionalitat i la imparcialitat d'aquells òrgans.<sup>34</sup>

En tot cas, semblaria raonable plantejar que la normativa catalana de desenvolupament fixi amb més claredat allò que en el tràmit parlamentari s'ha resolt d'una manera ambigua, i d'aquí les propostes en el sentit que la llei catalana de la funció pública deixi clar que la imparcialitat implica l'absència de representants dels sindicats i del personal, però també de les associacions professionals de tota mena, en els òrgans de selecció.<sup>35</sup>

**44.** La instrucció de la Generalitat de Catalunya de 6 de juny de 2007 accepta, tanmateix, que les coses no han canviat entre abans i després de l'EBEP, en indicar, amb relació a l'Administració autonòmica, que "roman vigent l'article 25.5 del VI conveni únic respecte de l'obligatorietat que un dels membres del tribunal s'hagi de designar a proposta dels representants dels treballadors (...) sens perjudici que hagin d'actuar a títol individual i en cap cas en representació de qui els ha proposat", criteri que no compartim.

**45.** Vegeu en aquest sentit Antonio PÉREZ LUQUE: "La selección del personal permanente de las Corporaciones locales –en la legislación del Estado". El Consultor, Madrid, 2001.

**46.** Miguel SÁNCHEZ MORÓN: "Acceso al empleo público...". op. cit.

**47.** Joan Josep MAURI MAJÓS: "L'objecte de la negociació...", op. cit. Abans de l'EBEP, manifestant-se completament contrari a aquesta opció, vegeu PÉREZ LUQUE: "La selección del personal...", op. cit., que considera "incoherenta" i "detestable" la designació d'"observadores, veedores, controladores o fiscalizadores de la actuación del Tribunal".

**48.** És un exemple en aquest sentit el conveni col·lectiu de l'Ajuntament d'Artés per als anys 2006 i 2007, en el qual s'estableix que el representant sindical serà puntualment informat de la composició nominal dels tribunals, de les proves d'accés, les bases de les convocatòries, el lloc, la data i l'hora dels exercicis i les incidències (art. 5.3, DOGC 13-11-2007). També, amb un redactat idèntic, però atribuint aquest dret a la representació del personal, conveni col·lectiu de l'Ajuntament de Monistrol de Montserrat per als anys 2007-2008 (art. 6.5, DOGC 13-11-2007).



## 5. Sobre la situació actual de la participació dels representants dels empleats públics en els òrgans de selecció després de l'EBEP (II): l'article 61.7

L'article –segon paràgraf– de l'EBEP mereix una reflexió especial. Aquest afirma que “les administracions públiques poden negociar les formes de col·laboració que en el marc dels convenis col·lectius fixin l'actuació de les organitzacions sindicals en el desenvolupament dels processos selectius”. Ens acostem al precepte en diferents dels seus aspectes.

1. Aquest precepte és d'interpretació difícil. En primer lloc, perquè no hi ha hagut cap debat parlamentari sobre aquest punt; tampoc no consta cap justificació o motiu. Encara més: els termes emprats són ambivalents. Per això, abans d'analitzar-ne en detall el contingut, cal plantejar una reflexió inicial, que no és cap altra que esbrinar per què és possible o fins i tot necessària la concreció de formes de col·laboració.

Insistim que hauria calgut un debat previ real i profund sobre aquesta opció. En tot cas, podem fixar-ne alguns punts.

En primer lloc, no creiem que el seu suport se situï en l'article 7 de la Constitució espanyola, que atribueix als sindicats de treballadors la defensa i la promoció dels interessos econòmics i socials que els són propis, atès que es tracta de ciutadans aspirants a ser empleats públics i no treballadors –o funcionaris– en actiu, que hi participen per promoció interna o altres sistemes de provisió. Des d'aquesta òptica, doncs, trobem més fonamentat l'article 61.7 segon paràgraf de l'EBEP des de la perspectiva dels processos selectius de promoció interna que dels d'accés lliure.

Tampoc no sembla que es pugui encabir dins de la participació institucional que estableix l'article 6.3.a) de la Llei orgànica de llibertat sindical, ja que no sembla que es pugui atorgar a les organitzacions sindicals una funció de defensa dels treballadors davant els poders públics, perquè en aquest cas no ho són, i la defensa dels ciutadans no correspon als sindicats,<sup>36</sup> i en tot cas, hi ha altres vies per fer-ho que no són els tribunals de selecció, com és el cas de Catalunya a través del Consell Català de la Funció Pública.<sup>37</sup> No obstant això, volem destacar que aquesta posició és matisable i, potser, aquí trobaríem la primera raó que fonamenta l'articulat analitzat, si aquesta representació en els òrgans de selecció ho és sempre en el cas dels sindicats més representatius.<sup>38</sup>

Potser l'argument més sòlid és el que s'ha anomenat *fun-*

49. En aquests termes s'expressa l'article 51.3, segon paràgraf, de la Llei 3/2007, de 27 de març, de la funció pública de la Comunitat de les Illes Balears (BOE de 27-4-2007).

50. “Comentarios a la Ley 7/2007 de 12 de abril del Estatuto Básico del Empleado Público”. FEMP, juliol de 2007.

51. D'interès pel seu estudi general dels òrgans col·legiats, vegeu Eloisa CARBONELL PORRAS: Los órganos colegiados. Organización, funcionamiento, procedimiento y régimen jurídico de sus actos. BOE - Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999.

52. Esmentarem alguns exemples que poden ser d'interès per al lector. Un representant “proposat pels treballadors, que actuarà amb veu però sense vot”, però aliè al tribunal en les bases de provisió de policia local de Santa Perpètua de Mogoda (BOPB d'1-11-2007, p. 54); “podrà assistir a les sessions del tribunal un representant de la Junta de Personal funcionari, amb veu però sense vot” (Ajuntament de Vallirana, bases, BOPB de 3-9-2007, p. 51); “en el procés selectiu podrà assistir, amb veu però sense vot, un representant de la Junta de Personal o Comitè d'Empresa” sense tenir consideració de vocal (Ajuntament de Sant Adrià de Besòs, bases, BOPB de 10-9-2007, p. 32). No queda clar si l'assistència d'un representant del comitè dels treballadors amb veu però sense vot ho és en qualitat de membre del tribunal moltes vegades (p. ex., Ajuntament de Malgrat de Mar, bases, BOPB de 24-9-2007, p. 27); com a “observador” es permet l'assistència d'un representant del personal o delegat (Ajuntament de Santa Margarida i els Monjos, bases, BOPB d'1-10-2007, p. 73); la mateixa figura de l'observador es recull en les bases selectives

*ció participativa* per incidir en la transparència i el control del procés selectiu. No obstant això, tenia sentit en el moment en què en els òrgans de selecció hi havia representants polítics i, d'altra banda, quan el concurs de mèrits era la fórmula habitual d'accés a la condició de personal laboral, però no ara –en un cas i l'altre– ni tampoc en la selecció de personal funcionari. Per això s'ha plantejat que si aquest és el fonament més sòlid la participació s'hauria d'articular al voltant de la fórmula “amb veu però sense vot”<sup>39</sup> o, com més endavant nosaltres plantejarem, a través de les figures d'assistents que no integren l'òrgan de selecció.

Un cop feta aquesta consideració inicial, plantejarem l'abast de l'article 61.7. Alguns dels trets que es deriven del precepte són els següents:

2. Com que no va prosperar l'esmena, aquesta opció queda circumscrita a això: una opció. Les administracions *podran*: no tenen, doncs, una obligació legal de fer-ho, malgrat que doctrinalment s'ha afirmat que l'orientació de les organitzacions sindicals serà, sempre que es pugui, materialitzar en la negociació col·lectiva l'esmentada col·laboració.

3. El dubte, no menyspreable, que la negociació col·lectiva tingui alguna cosa a dir amb relació no als empleats públics a què va adreçada, sinó als ciutadans que són titulars del dret fonamental d'accés a la funció pública; és a dir, la regulació per via convencional no va adreçada a les condicions de treball del personal, sinó a qüestions administratives alienes a l'àmbit d'actuació de la negociació.<sup>40</sup>

4. No hi ha cap precisió sobre què s'entén per *formes de col·laboració*. Fins i tot terminològicament l'expressió és ambigua, ja que comporta una implicació, però no total o completa.<sup>41</sup> Potser caldrà esperar al desenvolupament legislatiu estatal i autonòmic per definir aquestes formes, i fins ara hi ha hagut poc compromís interpretatiu a l'hora d'establir aquest abast.<sup>42</sup> La doctrina ha mantingut algunes premisses: les organitzacions sindicals no podran proposar membres en els òrgans de selecció<sup>43</sup> i en cap cas podran assumir, per delegació, la potestat de selecció, atès que és una potestat pública.<sup>44</sup>

Ens sembla molt correcta la conclusió que entre les formes de col·laboració no pot tornar-se a incloure la incorporació en els tribunals de representants proposats pels sindicats. D'entrada, per la mateixa expressió emprada en l'article 61.7, però també per la lògica sistemàtica del tràmit parlamentari. Aquest precepte ja existia, en els mateixos termes, en el Projecte de Llei de l'EBEP presentat al Congrés,

de l'Ajuntament de Barcelona (BOPB de 22-10-2007, p. 23), que atribueix la facultat de designació a la Junta de Personal i a la Taula de Negociació.

**53.** Vegeu en aquest sentit les bases de selecció de l'Ajuntament de Cardedeu, amb referència expressa a l'article 60 de l'EBEP (BOPB de 17-9-2007, p.13).

**54.** Així, per exemple, l'Ajuntament de Santa Coloma de Gramenet, que estructura l'òrgan de selecció en “quatre vocals de la mateixa corporació” i “tres tècnics especialistes en la matèria” (convocatòria de places de policia local, bases, BOPB de 17-9-2007, p. 33).

**55.** És el cas del Vè conveni col·lectiu del personal laboral de la Junta d'Extremadura (Diario Oficial de Extremadura de 23 de juliol de 2005): “Podrán, a iniciativa de cada Central Sindical, estar presentes en los Tribunales durante la totalidad del proceso selectivo en calidad de observadores, un representante de cada una de las Centrales Sindicales firmantes del presente Convenio.” D'una manera més ambivalent, però que es podria reconduir al que hem esmentat, s'expressa l'article 74.4 de la Llei 2/1987, de 30 de març, de la funció pública de les Illes Canàries, que, pel que fa al personal funcionari, indica que “ante los tribunales tendrán representación las centrales sindicales de mayor implantación y representatividad en el territorio de la Comunidad Autónoma. Los representantes sindicales, cuyo número no será en ningún caso superior a tres, podrán recabar información de los Tribunales y hacer constar, en su caso, cualquier cuestión que afecte al procedimiento de selección”. Els termes emprats i l'expressió que es podrà sol·licitar informació dels

quan el que ara és l'article 60.3 fixava la prohibició de detenir una representació en els òrgans de selecció a proposta d'una organització sindical o un òrgan unitari. Per tant, si llavors, amb aquesta restricció, ja es plantejava un precepte idèntic a l'actual article 61.7 segon paràgraf, que no el contradiu, s'ha de deduir que, encara que l'article 60.3 de l'EBEP ara sigui més ambivalent, la voluntat inicial de l'article 1.7 es manté i, per tant, aquestes formes de col·laboració no poden implicar participació en els tribunals com a membres.

En aquest sentit, les fórmules de col·laboració més properes que coneixem, les dels assessors del tribunal, s'identifiquen pel fet que "col·laboren", però no prenen decisions, atès que aquestes corresponen al tribunal o òrgan de selecció, no poden substituir aquests últims en els seus judicis, i sempre i en tot cas els documents que facin sobre la base de la seva tasca col·laboradora hauran de quedar incorporats a l'expedient del sistema selectiu.<sup>45</sup>

S'ha plantejat que aquesta col·laboració pot abastar tasques auxiliars, però en cap cas decisòries, i haurà de ser una col·laboració que no posi en qüestió el dret fonamental d'igualtat en l'accés a la funció pública.<sup>46</sup> Si cal trobar-hi un sentit, aquest ha de lligar-se des de la finalitat última del procés de selecció, que és garantir la igualtat, el mèrit i la capacitat; això ens portaria a dir que l'article 61.7 de l'EBEP té sentit si l'actuació de les organitzacions sindicals perfecciona les garanties constitucionals.<sup>47</sup>

Potser aquesta col·laboració podria comportar la participació de les organitzacions sindicals en els anuncis i la difusió de publicitat de les convocatòries, les tasques d'informació –als seus afiliats i als ciutadans en general–, i per tant de rebre elles mateixes aquesta informació,<sup>48</sup> l'organització de cursos de preparació, com també instituir fórmules de seguiment d'aquests processos selectius, com ha fixat alguna norma d'ocupació pública, que estableix la possibilitat d'atribuir funcions de vigilància i control del bon desenvolupament del procediment selectiu.<sup>49</sup> En tot cas, creiem que és correcta la interpretació que conclou que l'article 61, referit tot ell a sistemes selectius, no inclou la participació en els òrgans de selecció de les organitzacions sindicals<sup>50</sup> i que aquesta col·laboració podrà ser més o menys àmplia, però en cap cas podrà implicar de manera directa ser integrants dels òrgans de selecció.

5. Val a dir, però, que en la teorització dels òrgans col·legiats<sup>51</sup> no tothom que hi participa és membre de l'òrgan, i pensem que aquesta és una via possible amb vista al

tribunals ens porta a considerar que són representants o assistents que no integren formalment l'òrgan selectiu. El Decret legislatiu de 24 d'octubre de 1995 pel qual s'aprova el text refós de la Llei de la funció pública valenciana fixa que la Generalitat "garantirà la transparència dels procediments d'accés a la funció pública. A aquest efecte, en el marc del que estableix la Llei 9/1987, de 12 de juny, l'Administració disposarà les mesures oportunes perquè els sindicats majoritaris tinguin coneixement del desenvolupament de les proves i de les actuacions dels tribunals".

**56.** És l'exemple de l'article 24 de l'acord de funcionaris de l'Ajuntament de Vidreres (DOGC de 28-12-2007). Encara que fixa la participació del delegat sindical com a membre de l'òrgan selectiu, assenyalava que podrà "participar" amb veu però sense vot en la valoració de les proves. És evident, doncs, que podrà dir-hi la seva, malgrat que des del punt de vista del funcionament de l'òrgan col·legiat no exercirà cap dret a vot.

**57.** Vegeu, en aquest sentit, Juan J. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ i Susana RODRÍGUEZ ESCANCIANO: El acceso al empleo público. Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2005.

**58.** Un aspecte que, precisament, ha estat objecte de crítica per part de la doctrina, en detectar-se sovint casos en què el tribunal estava format per la meitat menys un per representants proposats per les organitzacions sindicals o òrgans unitaris. Així, el conveni col·lectiu únic del personal laboral de l'Administració general de l'Estat estableix com a mínim quatre membres designats per l'Administració i tres a proposta dels represen-

futur. En aquest sentit, es pot distingir entre membre de l'òrgan i assistent no membre. Els membres de l'òrgan de selecció són les persones que comparteixen la titularitat de l'òrgan a fi i efecte de la formació de la voluntat col·legiada; pot donar-se, a més a més, la figura de l'assistent no membre; en la teoria administrativista, aquests assistents poden ser obligatoris o facultatius. En aquest sentit, de les bases de convocatòries de processos selectius consultades es desprèn una tendència a anar per aquesta via, malgrat que ho sigui sovint amb termes ambivalents, atès que no és fàcil distingir si es tracta d'una funció real d'assistent o observador o una edulcoració de l'antiga figura del membre del tribunal o òrgan, traslladada a una figura *ad hoc*,<sup>52</sup> encara que també es detecten altres bases que han expurgat qualsevol tipus de participació, tant de representants polítics com del personal<sup>53</sup> –però també altres que han suprimit els representants polítics però no els unitaris o sindicals, probablement per la dificultat que està comportant l'aplicació de l'EBEP en les relacions laborals–, o aquelles que fan referències genèriques sense entrar en detalls de les persones específiques.<sup>54</sup>

Creiem que per al supòsit que el conveni col·lectiu (o l'acord de funcionaris, si s'accepta que també ho pot fer) institueixi aquesta figura i li reconegui el dret a assistir a les reunions de l'òrgan de selecció, es tractarà d'assistents obligatoris amb dret a assistir-hi i que hauran de ser formalment convocats. També és possible que el conveni fixi una mena d'assistent facultatiu, que no gaudirà del dret a assistir-hi, però que podrà fer-ho a petició del president de l'òrgan de selecció o del mateix òrgan.

6. En aquesta mateixa línia –que no és estranya, atès que ja és establerta en algunes normes convencionals–,<sup>55</sup> creiem que si s'institueix en els convenis col·lectius la figura de l'assistent, hauran de ser aquests els que fixin l'abast de la seva participació, que no podrà ser cap altra que l'orientada a garantir els principis constitucionals d'igualtat, mèrit i capacitat, sota la forma de col·laboració, derivada d'aquesta possibilitat genèrica atribuïda a les organitzacions sindicals d'actuar en el desenvolupament dels processos selectius. Caldrà, llavors, fixar si els assistents tindran dret a intervenir en les deliberacions de l'òrgan selectiu. El més lògic serà fixar que els assistents tenen dret a intervenir en les deliberacions, encara que sense vot, ja que en cas contrari creiem que es trencaria la finalitat de l'article 61.7 (quina col·laboració hi pot haver si no hi ha dret a manifestar allò que creguin convenient?; és la raó per la qual algu-

tants dels treballadors (art. 36.1). El conveni col·lectiu de la Comunitat de Canàries estableix dos membres d'un total de cinc; a la Ciutat de Ceuta, el conveni fixa tres dels set membres, i en el cas de la Comunitat de Madrid, el 30% dels membres del tribunal.

**59.** En aquest sentit ja es manifestava J. B. VIVERO SERRANO: "La implicación de los representantes...", op. cit.

**60.** Aquesta pràctica s'ha detectat en diverses bases de convocatòries darrerament aprovades. Ens abstindrem d'esmentar-les.

**61.** És la tesi mantinguda pel professor Miguel SÁNCHEZ MORÓN, basant-se en el fet que l'article 61.7 es refereix als processos selectius de personal laboral fix i, en sentit estricte, ho vincula als convenis col·lectius, i no a la negociació col·lectiva en general ("Acceso al empleo público..."). En el mateix sentit, les recomanacions de la FEMP de juliol de 2007, en afirmar que es tracta d'una col·laboració referida a l'accés a la condició de personal laboral fix.

**62.** Joan Josep MAURI MAJÓS: "L'objecte de la negociació...", op. cit.

**63.** Així, literalment, Ramón PARADA afirma que tot plegat és una "manifiesta incongruencia", "pues, o bien los representantes sindicales deben estar en los procesos selectivos tanto de funcionarios como de personal laboral, o están de más en ambos, como creemos" ("Derecho del Empleo Público...", op. cit.).

**64.** En el mateix sentit, molt abans de l'aprovació de l'EBEP, ja ho va defensar Manuel FÉREZ FERNÁNDEZ: "El sistema de mérito en el empleo público: principales singularidades

nes normes convencionals fixen específicament l'abast d'aquesta participació).<sup>56</sup>

7. Malgrat que l'EBEP no explicita res, entenem que aquests assistents, per la mateixa lògica del procés, han de complir els mateixos requisits que es demani als membres de ple dret del tribunal: si més no, un nivell de titulació igual o superior al que se sol·liciti a aquells membres, i els mateixos criteris de professionalitat i coneixements tècnics, atès que, encara que som davant d'una "col·laboració", això no obsta perquè hagin de tenir la preparació necessària per garantir l'avaluació del mèrit i la capacitat adequats dels aspirants.<sup>57</sup> També creiem que, per tal de corregir els excessos que s'han detectat, els òrgans de selecció no han de comptar amb la presència de més d'un assistent o observador, ja que en cas contrari, si es dona entrada a un nombre elevat de persones alienes a l'òrgan, es reproduïxen, *de facto*, els vicis que l'EBEP ha pretès corregir.<sup>58</sup> La presència d'un assistent pot justificar-se en nom de la transparència i per exercir una tasca de vigilància i control, però no s'incorre en clientelisme ni manca d'imparcialitat, la qual cosa sí que es pot esdevenir davant una nodrida presència majoritària o força elevada.<sup>59</sup> I sens dubte ens sembla del tot improcedent la institucionalització d'assistents en representació dels partits polítics o regidors, atès que certament llavors es trenca tota la lògica que inspira l'EBEP.<sup>60</sup>

8. Per tot això, entenem que aquestes formes de col·laboració han de quedar fixades en el marc dels convenis col·lectius –hem d'entendre que estatutaris, signats a l'emparedat del títol III de l'ET–, i per tant, l'article 61.7 de l'EBEP està referint-se, *prima facie*, al personal laboral.

Pel que fa a això, s'han mantingut dues tesis: la que considera que la col·laboració és restringida únicament al personal laboral<sup>61</sup> i la que postula que també seria possible pactar-ho per als processos selectius de funcionaris,<sup>62</sup> interpretació que tindria sentit si es pren en consideració que l'única raó per admetre la seva presència en els processos de personal laboral és que el legislador té una desconfiança en els membres integrants dels òrgans de selecció d'aquest, que no arribaria als tribunals i òrgans de selecció de funcionaris, conclusió del tot incongruent.<sup>63</sup> En qualsevol cas, entenem que no hi ha cap motiu, avui en dia, per a un tractament diferenciat entre la selecció d'uns i altres, ja que les regles d'imparcialitat s'han d'aplicar en tots els casos.<sup>64</sup>

9. La col·laboració ho serà amb relació a l'*actuació* de les organitzacions sindicals, al llarg del desenvolupament dels processos selectius. En cap cas es refereix als òrgans unitaris

y analogías respecto del empleo en el sector privado", Documentación Administrativa, núm. 241-242, 1995, dedicat a "Sobre la renovación del sistema de mérito y la institucionalización de una función directiva pública en España".

65. En aquest sentit ja s'expressava Mónica MOLINA GARCÍA: El contrato de trabajo en el sector público. Granada: Editorial Comares, 2000. L'autora feia extensiva aquesta consideració també als delegats sindicals, per ser solament representants dels afiliats al sindicat, i no dels ciutadans.

66. Un cop d'ull als convenis col·lectius més significatius porta a deduir que, en termes generals, s'atribueix la capacitat de proposar un membre dels tribunals a les organitzacions sindicals signatàries; és possible trobar, però, excepcions, com les que permeten la participació als sindicats amb legitimitat per negociar el conveni, independentment que l'hagin subscrit o no (així, conveni col·lectiu de la Comunitat de Madrid, Boletín Oficial de la Comunidad de 28 d'abril de 2005).

67. El conveni col·lectiu del personal laboral de l'Administració general de l'Estat atorgava la competència de proposta als sindicats signataris del conveni i integrats en la Comissió d'interpretació, vigilància, estudi i aplicació.

68. Un bon exemple és l'article 27.1 del VIIè conveni col·lectiu del personal laboral de l'Administració de Cantàbria (Boletín Oficial de Cantàbria de 10 de novembre de 2004), segons el qual la designació dels membres a proposta de les organitzacions "signatàries del conveni" serà en funció de la representativitat obtinguda en el comitè d'empresa i "tindrà caràcter rotatori"; "les

(comitès, junta, delegats de personal) i tampoc a la intervenció dins dels òrgans de selecció –volem destacar que l'article 61.7 està inserit en “sistemes selectius”, fora de l'article 60, dedicat als “òrgans de selecció”. Aquesta conclusió té sentit des de la lògica que els comitès d'empresa i els delegats de personal –i per extensió, les juntes de personal, si ho traslladem a la selecció de funcionaris– detenen una representació parcial dels que ja són treballadors, i no dels aspirants a treballadors, que fins al moment de superar les proves selectives són únicament ciutadans amb un dret constitucional d'accés a l'ocupació pública.<sup>65</sup>

10. Volem apuntar, si més no, alguns dels problemes que sens dubte sorgiran en el futur en el moment de concretar els termes genèrics de l'article 61.7 de l'EBEP. És evident que l'Estatut bàsic, quan concreta la col·laboració de les organitzacions sindicals, supera la hipotètica problemàtica sobre la participació o no de la representació unitària, que creiem rebutjada; tanmateix, serà necessari que els convenis col·lectius –o els acords de funcionaris, si s'accepta l'extensió també a aquests– concretin quines són les *organitzacions sindicals* que podran col·laborar-hi. S'ha de dir sobre això que el conveni col·lectiu pot haver estat acordat amb el comitè d'empresa o els delegats de personal, i no amb les organitzacions sindicals; d'altra banda, caldrà tenir present, si l'anterior no és un problema, si la col·laboració ho és amb les organitzacions sindicals més representatives o solament amb les signatàries del conveni col·lectiu,<sup>66</sup> per al cas que la negociació s'hagi fet amb aquelles.<sup>67</sup> En tot cas,ensem que qualsevol que sigui la proposta, no necessàriament s'ha de fer sobre la base de criteris de proporcionalitat, sinó que també és possible un criteri orientat a respectar el caràcter tècnic de la o les persones proposades, o prendre en consideració criteris rotatoris, especialment quan hi ha diverses organitzacions sindicals implicades.<sup>68</sup>

organitzacions signatàries comunicaran els vocals proposats en el termini de quinze dies a comptar des de la comunicació de la sol·licitud de designació. Si no es comunica en l'esmentat termini, els vocals designats perdran aquest dret”.

**69.** Amb excepcions, vegeu el conveni col·lectiu de l'Ajuntament de Vilanova i la Geltrú per als anys 2007-2010 (DOGC de 16-11-2007), amb una bona redacció dels principis generals que han de regir els processos de selecció.

**70.** En descàrrec d'aquest estudi, s'ha de dir que la majoria d'aquests convenis i acords han estat negociats al llarg dels anys 2006 i 2007 i, per tant, teòricament, en molts casos no han tingut temps de recollir el redactat final de l'EBEP. També s'ha de destacar el gran endarreriment en la publicació de convenis col·lectius i acords que hi ha a Catalunya, que es demora generalment fins a sis mesos des del moment en què la Conselleria de Treball ha dictat la resolució que n'ordena la publicació. En aquest sentit, les reflexions que es fan aquí s'han de matisar molt i s'han de veure en molts casos com a fruit de la negociació col·lectiva pre-EBEP. No obstant això, un exemple de previsió el trobem en el conveni col·lectiu del Consell Comarcal del Maresme que, malgrat ser signat per les parts el 28-2-2007 (publicat al DOGC de 8-11-2007), té en compte el tràmit parlamentari de l'EBEP i fixa un règim de presència en els tribunals mentre el text final de l'Estatut bàsic no determini una altra cosa (art. 36.8). Ídem amb relació al seu acord de funcionaris (DOGC de 6-11-2007).

**71.** Un exemple de redactat generalista, com a excepció a

## 6. Una primera aproximació a la negociació col·lectiva de l'administració local catalana després de l'EBEP

El corollari final d'aquesta ponència és un acostament a l'aplicació pràctica del que hem esmentat en la negociació col·lectiva. Tot just vuit mesos després de l'entrada en vigor de l'EBEP, i centrant-nos en els acords de funcionaris i els convenis col·lectius de les entitats locals catalanes, podem destacar un parell de conclusions provisionals: l'escàs ressò que ha tingut la tramitació de l'Estatut bàsic i del mateix text legal final aprovat en els convenis i acords pel que fa als principis esmentats<sup>69</sup> i el manteniment de fórmules de participació dels representants que s'allunyen dels paràmetres fixats per l'EBEP.<sup>70</sup> En concret, podem delimitar els trets següents:

La gran majoria dels convenis col·lectius del personal laboral i els acords reguladors de les condicions del personal funcionari estableixen regles específiques sobre la participació dels representants dels treballadors, funcionaris o organitzacions o delegats sindicals en els processos de selecció. En general, són pocs els textos convencionals que no esmenten aquesta possibilitat i hem d'avançar –com tot seguit detallarem– que una gran majoria topen amb les previsions de l'EBEP. La presència en els òrgans de selecció és un dels aspectes tractats sovint i són pocs els que, encara que en fan esment, no ho regulen de manera precisa<sup>71</sup> o bé ja s'han adaptat a l'Estatut bàsic.<sup>72</sup>

Una regla general és la participació, formant part dels tribunals i òrgans de selecció, amb dret de veu però sense vot. Aquesta tendència sembla consolidar-se en un bon grapat de normes convencionals, si bé no a través del procediment indicat de la figura de l'observador o assistent, sinó com a membre del mateix òrgan.<sup>73</sup> Naturalment, amb moltes excepcions que també els atorguen dret de vot,<sup>74</sup> o que es fa dependre de circumstàncies personals.<sup>75</sup>

El fet que, amb caràcter general, qui proposa el representant és l'òrgan unitari,<sup>76</sup> i en una mesura menor, la representació sindical.<sup>77</sup>

Una absència generalitzada de referència als principis de professionalitat o fins i tot especialitat tècnica, si bé es constata en alguns casos exigències de tenir una titulació acadèmica o professional de nivell igual o superior a l'exigida per accedir a la plaça convocada.<sup>78</sup>

La materialització de fórmules ambivalents de col·laboració, que si bé no s'expliciten de manera clara, sembla que

la regla habitual, és el conveni col·lectiu de l'Ajuntament de Vilanova del Vallès per als anys 2005-2007, que efectua una referència genèrica al dret dels representants del personal a participar-hi dins del marc legal establert en la formació de l'oferta d'ocupació pública i en les processos de selecció de tot el personal (art. 13, DOGC de 22-10-2007).

**72.** Potser un dels exemples més clars és el pacte (sic) de condicions del personal funcionari de l'Ajuntament de la Sènia, en el qual es remet ja al que disposa l'EBEP (art. 14, DOGC de 10-10-2007).

**73.** Acord de l'Ajuntament de Palau-solità i Plegamans per als anys 2006-2009 (DOGC de 13-12-2007), article 22.1 (si bé, en aquest cas, atribueix el dret de participació en el tribunal a una Comissió paritària de seguiment de l'acord i no directament ni als sindicats ni als òrgans unitaris) –en el mateix sentit, el conveni col·lectiu del personal laboral, article 22.1, DOGC de 5-12-2007–; acord de l'Ajuntament de Calella per als anys 2007-2009 (DOGC d'11-12-2007); conveni col·lectiu de l'Ajuntament de Monistrol de Montserrat per als anys 2007-2008 (DOGC de 13-11-2007); acord de l'Ajuntament de Vidreres per als anys 2006-2007 (art. 24, DOGC de 28-12-2007).

**74.** Conveni col·lectiu de l'Ajuntament de Bigues i Riells per als anys 2006-2008 (DOGC de 28-9-2007); conveni col·lectiu de l'Ajuntament de Vilanova i la Geltrú (art. 10, quart paràgraf; DOGC de 16-11-2007) i acord de funcionaris del mateix Ajuntament (DOGC de 8-11-2007); conveni col·lectiu de l'Ajuntament d'Artés (art. 5.2, DOGC de 13-11-2007); conveni col·lectiu de l'Ajuntament d'Abrera (art. 7.3, DOGC de 8-11-2007); conveni

s'acosten a l'article 61.7, en fixar un règim d'assistència o presència en els processos de selecció, amb veu i sense vot.<sup>79</sup>

És evident, doncs, que la negociació col·lectiva futura, tant la laboral com, si s'escau, la funcionarial, haurà de fer un gran esforç d'adaptació a l'EBEP, atès que la inèrcia fins ara constatada és la del manteniment de les regles del joc tradicionals, consistents amb caràcter general en la presència d'un membre representant dels empleats públics o de les organitzacions sindicals dins dels òrgans de selecció, sense que sigui adequat deixar la materialització d'aquesta adaptació a les bases dels processos selectius que, com hem tingut ocasió de comprovar, sí que han iniciat aquest procés, encara que al nostre entendre sense tenir un suport normatiu col·lectiu suficient. També creiem que la llei autonòmica que aprovi el legislador català hauria de fixar els àmbits d'aplicació d'aquest article 67.1, indicant si més no els paràmetres bàsics de la figura jurídica, que permeti a la negociació col·lectiva desenvolupar-se en termes més segurs que la per ara magra expressió materialitzada en l'esmentat precepte de l'EBEP.

col·lectiu del Consell Comarcal de l'Alt Penedès (art. 18.4, DOGC de 5-10-2007); la previsió de l'Ajuntament de Vidreres indica que el delegat sindical podrà ser-hi present i formar part del tribunal "i participar-hi en la seva valoració, amb veu però sense vot" (art. 24, DOGC de 7-11-2007); conveni col·lectiu de l'Ajuntament de Sant Pere de Vilamajor per als anys 2007-2009 (art. 1 de l'annex 2, DOGC de 21-12-2007).

**75.** El conveni col·lectiu del Consell Comarcal del Maresme atribueix dret de vot si el membre representant dels treballadors té una titulació i plaça igual o superior a la plaça en oferta, i amb veu però sense vot si no és així (art. 36.8, DOGC de 8-11-2007). En el mateix sentit, l'acord de funcionaris (art. 36.8, DOGC de 6-11-2007).

**76.** O si més no, així ho sembla, quan la referència és a un representant dels treballadors o expressió anàloga, si bé també es podria entendre en alguns casos a la representació sindical. A l'Ajuntament de Calella, en els tribunals de selecció de funcionaris es garanteix la presència d'una persona "representant" del personal nomenada a proposta "dels òrgans de representació del personal" (art. 27, DOGC d'11-12-2007); en el mateix sentit, conveni col·lectiu del personal laboral (art. 27, DOGC de 5-12-2007); igualment l'Ajuntament de Vilanova i la Geltrú, en què el membre integrant del tribunal qualificador serà "designat" pel Comitè d'Empresa (art. 10, DOGC de 16-11-2007) o la Junta de Personal (art. 10, DOGC de 8-11-2007); conveni col·lectiu de l'Ajuntament de Monistrol de Montserrat (art. 6.4, DOGC de 13-11-2007): "l'Ajuntament designarà un membre de la plantilla a proposta dels representants dels treballadors..."; conveni col·lectiu de



l'Ajuntament d'Abrera per als anys 2006-2007 (art. 7.3, DOGC de 8-11-2007); la representació dels treballadors té dret a nomenar un representant per formar part dels tribunals qualificadors, segons el conveni col·lectiu del Consell Comarcal del Pallars Sobirà (art. 19, DOGC de 5-10-2007); en el conveni col·lectiu de l'Ajuntament de Sant Pere de Vilamajor per als anys 2007-2009, "els representants dels treballadors tindran veu i vot en les comissions que s'estableixin en totes les proves de contractació i selecció" (art. 1, annex 2, DOGC de 21-12-2007).

**77.** Un exemple d'atribució de la facultat a la representació sindical es pot trobar en el conveni col·lectiu de l'Ajuntament d'Artés per als anys 2006-2007 (art. 5.2, DOGC de 13-11-2007). El conveni col·lectiu de l'Ajuntament de Vidreres per als anys 2006-2007 atribueix la presència al "delegat sindical", el qual podrà ser-hi present i formar part del tribunal (art. 24, DOGC de 7-11-2007) –en el mateix sentit, l'acord de funcionaris (art. 24, DOGC de 28-12-2007); a l'Ajuntament de la Pobla de Segur s'atribueix als delegats sindicals la facultat de fer una proposta de membre que integrarà el tribunal de selecció (acord de condicions, art. 9.3, DOGC de 24-10-2007); conveni col·lectiu del Consell Comarcal de l'Alt Penedès per als anys 2006 i 2007 (DOGC de 5-10-2007).

**78.** Entre d'altres, conveni col·lectiu de l'Ajuntament d'Artés (art. 5.2).

**79.** És el cas de l'acord de l'Ajuntament de Castellolí per als anys 2007-2010, si bé referint-se al "delegat de personal" (i no a les organitzacions sindicals), estableix la seva "presència" en els processos de selecció, amb veu però sense vot, "el qual desig.

# 6

## **Règim disciplinari del personal laboral i negociació col·lectiva a l'Estatut bàsic de l'empleat públic**

**Rafael Senra Biedma**

Advocat i professor de Dret del Treball i Seguretat Social  
de la Universitat Pompeu Fabra

*“Quant al règim disciplinari, l'Estatut, de conformitat amb el seu caràcter bàsic, es limita a ordenar els principis a què s'ha de sotmetre l'exercici d'aquesta potestat pública respecte dels empleats públics, tipifica les infraccions molt greus i amplia el ventall de possibles sancions. D'altra banda, es remet àmpliament a la legislació que, en el seu desenvolupament, dictin l'Estat i les comunitats autònomes en l'àmbit de les seves respectives competències”.*

(Exposició de motius)

## 1. Introducció

En començar aquest treball em van sorgir alguns problemes dogmàtics importants que necessitaven una ordenació temàtica de l'exposició que fugís de la temptació de fer directament una anàlisi dels preceptes de l'EBEP reguladors del règim disciplinari en general, i del personal laboral en particular, amb l'especial incidència que aquest apartat del dret disciplinari contingut a l'EBEP té en l'àmbit de la negociació col·lectiva de les administracions públiques com a ocupadores de personal sotmès al dret laboral.

I és que, amb aquest mètode expositiu podria succeir allò que els arbres no ens permetessin veure el bosc que, en aquest cas, no és el de Sherwood, però s'hi assembla quant a espai de franc tiradors.

Vegem a continuació com s'ha anat desenvolupant l'aventura postconstitucional de l'Administració pública com a ocupadora de treballadors regulats per l'Estatut dels treballadors als principals àmbits de conflictes normatius.

## 2. Els problemes d'aplicació dels articles 35 i 103 de la Constitució Espanyola

No debades molts dels conflictes sorgits des de l'aprovació de la Constitució Espanyola a les sentències de l'ordre jurisdiccional social han estat relacionats amb els supòsits en els quals les administracions públiques s'han erigit en sub-

jecte patronal de les relacions laborals sotmeses al Dret del Treball. El mandat imperatiu de l'article 35 de la Constitució és la postulació “per a tots els espanyols” d'un dret al treball i un mandat al legislatiu perquè es promulgui un Estatut dels treballadors. Es tractava d'un mandat dirigit a la regulació de tots els drets laborals del col·lectiu que històricament havia estat responent a la configuració de “treballadors per compte aliè” sotmesos al Dret del Treball, sense que mai se n'hagués produït l'exclusió dels treballadors que prestaven serveis per a les administracions públiques. Aquesta determinació d'un únic col·lectiu objecte d'aquesta regulació legal està present en altres preceptes constitucionals relacionats, com ara el dret a la llibertat sindical (art. 28.1 CE), o el dret a la negociació col·lectiva (art. 37.1 CE), sense que, de nou, els destinataris d'aquests drets rebien cap tractament diferenciat pel fet que els seus ocupadors siguin subjectes privats o públics.

## 2. a. Relació laboral versus relació funcionarial

Aquesta previsió constitucional que els treballadors per compte aliè constitueixen un únic col·lectiu a efecte de la seva submissió a l'ordenament jurídic, independentment de la seva contrapart ocupadora, fruit sens dubte del tractament historicosociopolític rebut, ha estat sempre acompanyada de l'exclusió del col·lectiu destinatari d'aquest ordenament jurídic laboral, dels treballadors per compte aliè més nombrosos i qualitativament importants de les administracions públiques, és a dir, dels funcionaris públics, als quals s'ha sotmès al dret administratiu de la funció pública, i se'ls ha sostret de l'aplicació de la normativa laboral. Aquesta constatació històrica es recull, com és sabut, al mandat de l'article 103.3 de la Constitució espanyola, que inclou la regulació dels drets del col·lectiu dels funcionaris públics, mitjançant un Estatut diferent del previst al punt 2 de l'article 35 de la Constitució, especialment en quatre aspectes substancials pel que fa a la condició de funcionaris públics: l'accés (mèrit i capacitat), el sistema d'incompatibilitats, la garantia d'imparcialitat, i les “peculiaritats” del seu dret a la sindicació.

El desenvolupament econòmic tan important sofert al nostre entorn geogràfic en els últims decennis, i la correlativa ampliació de les demandes socials en matèria de serveis públics, han comportat, d'una banda, un increment del nombre de treballadors per compte de les administracions públiques, acompanyat amb l'aparició d'unes noves funcions per atendre els nous àmbits d'actuació de l'Adminis-

tració, que han suposat un allunyament funcional de gran part d'aquests treballadors públics, de les previsions garantistes que van donar lloc històricament a l'aparició d'una regulació especial per als funcionaris de l'Estat-polícia (independència i imparcialitat).

El resultat de tot això és que, fins poc abans de l'aparició de l'EBEP, conviuen com a treballadors per compte aliè a les administracions públiques, essencialment, com a col·lectius normativament diferenciats, amb els funcionaris, el personal laboral, i el personal "estatutari", denominació que expressava la inexistència d'un estatut únic per als empleats públics que no estiguessin enquadrats dintre de l'Estatut dels treballadors.

Però aquesta convivència es podria qualificar parcialment d'"espúria" o, si més no, de fictícia, atès que la realitat de la jurisprudència de la Sala Social del Tribunal Suprem prova que el col·lectiu de personal laboral va ser utilitzat de forma sistemàtica per les administracions públiques, per evitar l'aplicació de les normes vigents a cada moment garantista de la funció pública (principis d'igualtat, capacitat, i mèrit), i fins i tot per acabar burlant, sota l'excusa del caràcter públic de l'ocupador, les garanties mínimes establertes a les normes laborals per a aquest col·lectiu (simulació de la relació laboral sota l'ús de modalitats de contractació administrativa en frau a la llei, ús indegut en frau de llei de modalitats temporals per evitar la fixesa en la plantilla, postergació en la promoció professional, interrupcions artificioses entre contractes, etc.). Així es va generar una curiosa situació en què la contractació laboral s'utilitzava per defraudar les garanties establertes per als funcionaris públics, i la legislació sobre funció pública i contractació administrativa s'utilitzava per defraudar les garanties de la legislació laboral. Dit d'una altra manera: El desenvolupament legislatiu de l'article 35.2 CE la Llei de l'Estatut dels treballadors es va utilitzar com a norma de cobertura per defraudar l'article 103 CE (igualtat, capacitat i mèrit), quan es va desenvolupar legislativament a la Llei per a la reforma de la funció pública.

Alguns investigadors i docents del Dret del Treball i de la Seguretat Social van alçar la veu denunciant aquesta situació; sobretot quan la Sala Social del Tribunal Suprem va decidir substituir la fixesa en la plantilla dels treballadors laborals contractats per les administracions públiques per una "contractació indefinida", que és en realitat un contracte temporal d'interinitat, sotmès a la condició resolutòria que la plaça fos coberta pel procediment garantista dels

1. Vegeu, del mateix autor, l'estudi "Las vicisitudes de la ordenación legal de la prestación de actividad personal por cuenta de la Administración Pública. Su incidencia en la duración y extinción de los contratos laborales", publicat al llibre "El régimen del despido tras la reforma laboral", coordinat per Antonio Baylos Grau i Joaquín Aparicio Tovar, pàgines 89 a 149. ISBN 84-88399-20-0. IBIDEM edicions. Madrid 1995.

principis d'igualtat, capacitat i mèrit previstos a les normes administratives. La posició del Tribunal Suprem ha consistit a donar prevalença al dret teòric de tots els ciutadans a accedir "a l'ocupació pública" en condicions d'igualtat i per major capacitat i mèrit, sobre el dret del treballador per compte aliè a l'estabilitat en l'ocupació. La preocupació tutelar de la Sala Social del Tribunal Suprem no era, per descomptat, desorbitada, ja que, si s'adoptava la decisió contrària, es podria obrir una bretxa per a la fallida d'aquests principis constitucionals de l'article 103 CE d'igualtat, capacitat i mèrit, si s'utilitzava una contractació laboral en frau a la llei per obtenir la propietat de la plaça a l'Administració pública. Encara que aquesta "bondat" constitucional de la jurisprudència de la Sala Social del Tribunal Suprem a què es fa referència va quedar posteriorment entelada per la negativa que els treballadors que finalitzessin la seva relació laboral amb l'Administració després d'aquest contracte, pretesament indefinit però en realitat interí, es beneficiessin del que lògicament els corresponia (l'acomiadament objectiu individual per causes organitzatives amb la seva corresponent indemnització); així tutela aparentment el frau de llei de les administracions públiques en la contractació temporal davant del dret del perjudicat a percebre, almenys, aquesta mínima indemnització corresponent a l'extinció de tot contracte indefinit sense causa disciplinària, que va allunyar qualsevol dubte racional sobre el fet que la Sala Social del Tribunal Suprem havia disposat la substitució d'aquests contractes temporals en frau a la llei per simples contractes d'interinitat per vacant. Els investigadors del Dret del Treball van proposar que es configurés una relació laboral especial nova, afegida a les ja existents a l'article 2 de l'Estatut dels treballadors, perquè regulés els treballadors emprats per les administracions públiques, amb la finalitat de conciliar legislativament els dos preceptes constitucionals que s'han estat citant.

En l'últim mandat legislatiu ha aparegut una voluntat clara d'intentar posar ordre en aquesta assignatura pendent des de l'entrada en vigor de la Constitució i, després de reconèixer expressament que el personal estatutari al servei de la Sanitat és funcionari públic amb règim especial modificant-ne els respectius estatuts, s'ha aprovat l'Estatut bàsic de l'empleat públic. D'aquest Estatut cal destacar que, en el nom identificatiu de la mateixa norma, s'ha substituït el mandat de l'article 103.3 de la CE de publicar un estatut dels funcionaris públics per un text amb la mateixa pretensió, però dirigit a tots els empleats públics; d'aquesta mane-

ra s'ha intentat harmonitzar, de manera unificada, el desenvolupament dels articles 35 i 103 de CE.

## 2. b. Autonomia de la voluntat individual versus legalitat

El segon gran escenari en què es plasma constitucionalment la diferenciació entre la prestació de treball per compte de l'Administració pública i la que s'efectua per a qualsevol altre ocupador sotmès al dret privat és el joc que en cadascuna pugui tenir l'espai contractual, fruit de l'autonomia que té la voluntat de les parts que concerten les condicions laborals. L'article 3.1.c. de l'Estatut dels treballadors recull com a font de la relació laboral "la voluntat de les parts expressada al contracte de treball". Aquesta facultat de reglar les condicions de prestació de l'activitat està condicionada, tal com s'assenyala en aquest precepte, al respecte del principi de jerarquia normativa i, dins d'aquest principi, al joc del principi de norma mínima, que modula la submissió a les normes de rang superior (lleï en sentit ampli i convenis col·lectius). Però, en el cas que l'ocupador sigui una administració pública, com s'ha encarregat de ressaltar el Tribunal Constitucional, el mandat de submissió plena a la Llei i al Dret, ordenat a l'article 103.1 CE, porta com a conseqüència que desaparegui l'institut de l'autonomia de voluntat individual entesa com a facultat d'establir condicions de treball en el terreny de les relacions individuals diferents de les ja previstes per la legislació vigent. En el cas de les administracions públiques, el contracte de treball només pot concretar en l'àmbit individual una previsió legal prèviament establerta.

El que s'ha dit anteriorment suposa òbviament que, a la contractació laboral per les administracions públiques, les possibilitats reals d'adequar el marc legal genèric a les característiques de cada treballador contractat o de cada lloc de treball, són molt menys flexibles que en el cas que la contractació la faci un ocupador privat, extrem que afecta les condicions de desenvolupament de les relacions laborals. A això cal afegir que el Tribunal Constitucional a la sentència dels metges estatutaris de l'ICS de Can Badia, i en moltes d'altres, ha reiterat que quan l'Administració pública actua com a ocupadora, està sotmesa al principi d'igualtat davant la llei, el qual, per exemple, en l'àmbit salarial, es mou sota l'expressió "salari igual per treball igual o d'igual valor", mentre que l'ocupador privat només està sotmès al principi de prohibició de discriminació, és a dir, a la prohibició de donar un tracte peyoratiu a persones pertanyents a col·lectius socials precaritzats i especialment dignes de pro-

tecció. Aquesta diferenciació dificulta clarament la facultat de les administracions públiques d'“individualitzar” les relacions laborals, respecte de l'ampli marge que gaudeixen els ocupadors privats.

## 2. c. Heteronomia versus autonomia col·lectiva

El mateix principi de submissió de les administracions públiques a la Llei i al Dret i la inexistència de l'espai regulador de l'autonomia individual o contractual es manifesta, encara que amb diferent intensitat, quan es passa de l'autonomia individual a la col·lectiva. Així com l'autonomia individual o autonomia de la voluntat clàssica s'emmarca genèricament en el dret a la llibertat i s'interpreta com una manifestació d'aquest dret, l'autonomia col·lectiva està explícitament reconeguda a l'article 28.1 (en el seu desenvolupament per la Llei orgànica de llibertat sindical), en relació amb el 37.1, ambdós de la Constitució, com a dret dels representants dels treballadors a negociar amb l'ocupador les condicions de treball i a subscriure els acords assolits, els quals tindran “força vinculant”. Per la seva banda, el Títol III del Text Refós de l'Estatut dels treballadors va recollir un determinat procediment de negociació dels que es denominen convenis col·lectius estatutaris, caracteritzat perquè aquesta “força vinculant” adquireixi la dimensió de força normativa o exigible *erga omnes*, a tots els ocupadors i treballadors inscrits al seu àmbit funcional i territorial. Així doncs, els convenis col·lectius no tenen solament la força obligacional que caracteritza els contractes civils, sinó que la seva aplicació *erga omnes* els acosta a la norma jurídica heterònoma, fins al punt que molts autors els han qualificat com a instruments d'un poder legislatiu o reglamentari “cedit” per l'Estat a uns subjectes socials, a qui es dota de representativitat institucional.<sup>2</sup> I és aquesta representativitat institucional la que permet als subjectes col·lectius que l'acrediten representar, no l'interès individual o plural dels seus afiliats, sinó l'interès col·lectiu de tots els treballadors de l'àmbit funcional i territorial. Igual que la llei, es projecta automàticament sobre tots els subjectes que, anònimament, es troben al si d'aquest àmbit, així com als qui s'hi vagin incorporant després de la publicació d'aquest conveni col·lectiu i durant tot el temps que estiguin en vigor.

Per això, l'article 3.1.b. de l'Estatut dels treballadors situa els convenis col·lectius en la jerarquia de fonts de la relació laboral entre la llei i l'autonomia individual, subordinant aquesta última al grau superior representat pels convenis col·lectius, conseqüència del fet que l'autonomia individual

2. Vegeu, Del mateix autor a *iuslabor* 2/2007 (<http://www.iuslabor.upf.edu>), *Revista Electrònica de Dret del Treball i de la Seguretat Social*, l'article sobre negociació col·lectiva i principi d'igualtat.



només té força obligacional, mentre que l'autonomia col·lectiva està dotada de força normativa.

Doncs bé, atès que la submissió plena a la Llei i al Dret de les administracions públiques, en els termes ja exposats de l'article 103.1 de la Constitució, tot i que el legislador ha admès el joc de l'autonomia col·lectiva a la negociació de convenis col·lectius, l'ha sotmès a unes regles especials contingudes, primer, a la Llei 9/1987, d'òrgans de representació, determinació de les condicions de treball i participació del personal al servei de les administracions públiques en les seves diferents versions, i ara, per l'EBEP; així, apareix una autonomia col·lectiva negociadora que no només està sotmesa a l'heteronomia laboral per la jerarquia de fonts que ordena l'article 3.1 de l'Estatut dels treballadors quant al seu contingut, sinó que també està sotmesa a l'heteronomia administrativa en el desenvolupament de la negociació i en els seus requisits d'eficàcia per les disposicions contingudes en les normes administratives citades.

### **3. Els problemes competencials legislatius (article 149.17a “versus” article 149.1.18a CE)**

Un dels problemes constitucionals més importants que es planteja amb la decisió del legislatiu d'abordar a l'EBEP la regulació de les condicions de treball de tots els empleats de les administracions públiques, incloent-hi tant el personal funcionari com el personal laboral, és el que es refereix a la diferent distribució competencial entre l'Estat i les CA, establerta en matèria legislativa a la Constitució Espanyola per a cadascun dels col·lectius regulats.

En efecte, mentre que l'article 149.1.7a de la Constitució ordena la legislació en matèria laboral (Dret del Treball en sentit estricte), com una competència exclusiva de l'Estat i deixa a les CA només l'execució de les lleis estatals, l'article 149.1.18a, per a la regulació legal del personal funcionari, només reserva a la competència exclusiva de l'Estat les bases del règim jurídic, com a garantia als administrats “d'un tractament comú” davant les administracions públiques.

Per descomptat, no és el mateix una reserva a la competència estatal de la totalitat de les lleis que es puguin dictar (com esdevé amb la previsió constitucional respecte del personal laboral), que una reserva per dictar les lleis només sobre les bases que hagin de respectar les lleis autonòmiques.

És cert que la reserva tan absoluta de competències a l'Estat en matèria de legislació laboral, per a la qual s'invo-

ca el principi d'igualtat dels ciutadans en els diferents territoris de l'Estat, queda pràcticament desdibuixada des del moment en què el sistema de fonts de la relació laboral ordenat a l'article 3 de l'Estatut dels treballadors permet jugar en els tres graus de força vinculant de les normes legals (necessari absolut, necessari relatiu, i dispositiu), amb una permanent delegació de la regulació a favor dels convenis col·lectius, sigui quin sigui el seu àmbit territorial; això suposa que, no ja en àmbits de CA, sinó fins i tot en àmbits territorials inferiors provincials, comarcals o locals, la mateixa llei de l'Estatut dels treballadors es vegi modificada per les regulacions d'aquests convenis col·lectius d'àmbit territorial inferior a l'Estat, la força normativa del qual no depèn, a més, almenys directament, de la decisió parlamentària, sinó d'aquesta espècie de delegació d'elaboració normativa en els subjectes socials amb representació institucional.

D'aquestes consideracions es dedueix que no té gaire sentit una lectura tancada i escrupolosa de l'article 149.1.7a CE per una pretesa salvaguarda del principi d'igualtat a tots els territoris de l'Estat, quan, al mateix temps, es fomenta la descentralització normativa a través dels convenis col·lectius, fins i tot en àmbits inferiors a les CA, a la qual cosa cal afegir que, després de la reforma laboral de 1994, el dret necessari absolut (immodificable per conveni col·lectiu) estatal contingut a l'Estatut dels treballadors es va reduir de manera molt important, a favor tant del dret necessari relatiu (que permet la millora per conveni col·lectiu), com del dret dispositiu (reserva de regulació a favor dels convenis col·lectius), o, fins i tot del dret supletori (aplicació de l'Estatut dels treballadors només en defecte de conveni col·lectiu).

Aquest sistema de fonts del dret laboral fa que la teòrica competència exclusiva estatal en matèria de legislació laboral estigui reduïda, en realitat, a una regulació de drets mínims (necessari relatiu) d'alguns aspectes del naixement, desenvolupament, i extinció de les relacions laborals en sentit estricte (exclosa la Seguretat Social, l'atur i altres institucions públiques d'assegurances públiques de deutes salarials o de millores voluntàries), que podria ser perfectament assimilable a les lleis de bases previstes a l'article 149.1.18a, amb la diferència que, respecte de les relacions laborals, la delimitació i la delegació de competències reguladores es fa a favor dels representants socials en els convenis col·lectius, mentre que respecte de les relacions de funcionaris, la delimitació i delegació d'aquestes competències es fan a favor

del legislatiu de les diferents CA. El problema no és que l'àmbit del dret necessari absolut i del relatiu a la llei (que són els que delimiten materialment la competència exclusiva de l'Estat) per al personal laboral pot no coincidir amb l'àmbit de les modificacions de la legislació laboral que autoritza l'EBEP (ja que ambdues són lleis de l'Estat), sinó que la delegació de competències reguladores es fa, en el cas del personal laboral, a través del sistema de fonts de l'ET, a favor dels convenis col·lectius, mentre que a l'EBEP, com a norma bàsica, la delegació està prevista per al legislatiu autonòmic, encara que, com veurem en analitzar el dret disciplinari, també a través de la negociació col·lectiva.

#### **4. Els problemes competencials jurisdiccionals (article 9.4 versus article 9.5 de la Llei orgànica del Poder Judicial).**

Seguint amb els problemes d'enquadrament i desajustament constitucional i legal que planteja la decisió del legislador d'incloure en un sol Estatut bàsic la regulació dels drets i deures de tots els empleats públics, amb independència que el dret substantiu aplicable a cadascun d'ells sigui d'especialitats jurídiques fins ara netament diferenciades (administrativa i laboral), el tema es torna a complicar si examinem la legislació reguladora de les atribucions de competència jurisdiccional per conèixer els conflictes que es puguin suscitar entre el personal laboral i el personal funcionari amb la seva ocupadora comuna, les administracions públiques.

És clar que, partint d'aquesta ordenació legal del marc competencial en matèria jurisdiccional, d'acord amb el que estableix l'article 9.4 de la LOPJ, els conflictes sorgits entre empleats funcionaris i les administracions públiques, hauran d'estar sotmesos al coneixement de la jurisdicció contenciosa administrativa, ja que es tractarà sempre d'actuacions de les administracions públiques regulades pel dret administratiu i no pel dret laboral, tant pel que fa referència al procediment regulador de les decisions adoptades per l'Administració, com pel que fa al dret substantiu regulador de les condicions de prestació de servei d'aquest personal. No obstant això, ja no és tan clar (encara que aquesta sigui una reflexió futurista i probablement de lege ferenda), que la competència per entendre dels conflictes que sorgeixin entre les administracions públiques i el seu personal laboral hagin de ser competència indiscutible de l'or-

dre jurisdiccional social; el motiu és que la delimitació competencial recollida al punt 5 de l'article 9 de la LOPJ, definida respecte dels conflictes individuals o col·lectius que es produeixin a la branca social del dret, i també de les reclamacions en matèria de Seguretat Social, així com atribueix de forma clara i exclusiva a l'ordre social el coneixement de les reclamacions en matèria de Seguretat Social (sigui quin sigui el col·lectiu a què pertanyi o hagi pertangut el reclamant), no permet concloure que els conflictes individuals o col·lectius del personal laboral hagin de ser necessàriament competència de l'ordre social; sobretot en una tendència que, igual com succeeix amb el personal funcionari, tant en el moment de la contractació com en el moment del cessament i en el seu desenvolupament, les relacions d'aquest personal s'hauran de regir cada vegada més per normes enquadrales en el dret administratiu, mentre que la legislació laboral s'anirà reduint. Això és un exemple significatiu de l'EBEP.

En els últims temps, i especialment des de la introducció dels jutjats del contenciosos administratius i els procediments abreujats, i l'atribució de competència a aquests en matèries com ara la llibertat sindical dels funcionaris públics i del personal estatutari, s'ha pogut apreciar una tendència jurisprudencial constant a col·locar en l'ordre jurisdiccional contenciós administratiu els conflictes sorgits entre empleats públics que abans estaven a la frontera entre els empleats laborals i els funcionaris públics. Així, en el cas del personal estatutari al servei de la sanitat pública, ha estat suficient que els seus nous estatuts marc el qualificassin com a "funcionaris especials" perquè, a pesar de la negativa inicial de l'ordre jurisdiccional a acceptar el trasllat de la competència al seu favor, la Sala de Conflictes del Tribunal Suprem no hagi dubtat gens ni mica per ordenar-la i solucionar el conflicte negatiu de competència plantejat entre l'ordre jurisdiccional contenciós administratiu i l'ordre social.

Per tant, la pregunta de futur és: si el personal laboral al servei de les administracions públiques i el personal funcionari troben regulades les seves condicions de treball en normes administratives cada vegada amb més intensitat, i la representació i la defensa de l'interès col·lectiu del personal laboral i funcional també, de manera que l'Estatut dels treballadors és cada vegada més una norma de mínims, l'actuació de les administracions públiques amb aquests empleats laborals no estarà cada vegada més sotmesa al dret administratiu?

## 5. L'opció unificadora del legislador a l'EBEP

Ja s'ha fet referència anteriorment a la utilització abusiva per part de les administracions públiques de la facultat de fer contractes laborals a una part dels seus empleats i a la simulació permanent de contractes temporals per evitar tant les normes de contractació administrativa garantistes dels principis d'igualtat, capacitat i mèrit a favor de tots els ciutadans aspirants, com les normes de protecció i tutela de l'estabilitat en l'ocupació, que operen com a causes del frau legal separadament o de forma acumulativa, així com la necessitat del legislador de posar fi a aquesta irregularitat permanent que posava en greu crisi tant l'article 103 com l'article 35 de la Constitució Espanyola.

Per sortir d'aquesta situació era necessari arbitrar mesures legals que dibuixessin un nou marc de regulació per als empleats públics i que, al mateix temps, superés l'assignatura pendent de l'article 103.3 de la Constitució per l'absència d'un estatut dels funcionaris públics. Aquestes mesures legals estan encapçalades per l'EBEP redactat de forma realment innovadora, que regula en un sol cos legal els drets i les obligacions de tots els empleats al servei de les administracions públiques. Però no només això: aquesta iniciativa legislativa intenta també harmonitzar tant com sigui possible els drets materials de tots dos col·lectius, si bé partint sempre de la base que el règim ordinari i general per prestar serveis per a les administracions públiques és el del personal funcionari, i l'àmbit de la contractació laboral actua com un àmbit excepcional i complementari\*. Per això es podria concloure que som davant d'una norma legal que haurà de reduir l'àmbit de la contractació laboral a les administracions públiques, però que, al mateix temps, generalitza les mesures per "laboralitzar" progressivament al personal funcionari.<sup>3</sup> Això resulta especialment transparent si s'analitzen els canvis introduïts en la regulació del règim disciplinari i, dintre d'aquest règim, de l'extinció del contracte laboral, però també en àmbits com la contractació, la promoció professional, o la mobilitat dels empleats públics.

## 6. La modificació del règim disciplinari del personal laboral a l'EBEP

Tot el que he afirmat fins aquests moments es constata obertament al Títol VII de l'EBEP, que regula el règim disciplinari dels empleats públics i en el seu procés d'elaboració.

3. S'utilitza aquí el verb "laboralitzar" només en el sentit d'adaptar la prestació de serveis dels funcionaris públics, és a dir, les formes de prestació d'aquesta activitat, el marc més flexible de les relacions laborals, sense perdre per això l'especificitat de l'ocupació pública.

## 6. a. Breus antecedents

El règim disciplinari dels empleats públics, independentment del personal funcionari o estatutari dotats de règims disciplinaris propis, estava regulat per als funcionaris públics en la normativa bàsica, al Reial decret 33/1986, de 10 de gener, que va aprovar el Reglament del règim disciplinari a les administracions públiques; a la Llei 30/1984 de Reforma de la funció pública, referent a la tipificació de les faltes molt greus (article 31); i a la preconstitucional Llei de funcionaris civils de l'Estat de 1964 (articles 47 a 50 i 87 a 93).<sup>4</sup>

El capítol XVIII de l'Informe per a l'estudi i preparació de l'EBEP, elaborat per la Comissió ad hoc, va introduir com a novetats importants que els incompliments dels empleats públics mereixedors de sanció s'havien de regular amb posterioritat a la determinació en el text legal dels valors ètics i dels deures exigibles als empleats públics, coordinats sota la idea finalista de garantir el bon funcionament de l'Administració i dels serveis que presta. Però, de bon tros, el primer element que ressaltava en la seva valoració era l'aposta per apartar, almenys en el seu desenvolupament procedimental, el règim disciplinari tradicional dels funcionaris públics de la seva regulació anterior per acostar-lo al procediment disciplinari laboral, que es caracteritzava perquè era molt més operatiu i flexible i, essencialment, més ràpid i apostava perquè no era necessari mantenir la separació entre la fase instructora i la fase sancionadora en les faltes que no fossin considerades gaire greus, sense perjudici que es garantissin els principis de contradicció, defensa, audiència i pràctica de prova. I, en connexió amb aquesta última valoració, es postulava obertament el tractament unitari del personal funcionari i el personal laboral, respecte de la qual cosa cal ressaltar que la Comissió considerava que el desenvolupament de la regulació d'aquest règim disciplinari s'hauria d'efectuar als diferents àmbits sectorials i/o territorials inferiors de les diferents administracions públiques, mentre que l'EBEP havia de restringir el seu abast regulador a l'establiment d'un breu elenc obert de les principals sancions aplicables als diferents graus de gravetat de les faltes que es determinessin en les lleis de desenvolupament,<sup>5</sup> i a l'exigència de respecte als principis de presumpció d'innocència, culpabilitat, proporcionalitat, legalitat (tipicitat) i, per descomptat, respecte al principi de *non bis in idem*.

4. La sentència del Tribunal Constitucional 37/2002 va negar a aquesta llei, precisament pel seu caràcter preconstitucional, poder ser qualificada com a normativa bàsica pel que fa a règim disciplinari dels funcionaris públics.

5. Així, es proposaven, de més a menys importància, la separació del servei o l'acomiadament disciplinari, segons es tractés de personal funcionari o laboral; la suspensió d'ocupació i sou fins a sis anys; el trasllat forçós amb independència de la residència; la pèrdua de categoria i la prevenció.

### 6.b. Caracterització general del Títol VII de l'EBEP.

Des de l'inici de la regulació, l'article 93 recull, al primer apartat, el tractament unitari del règim disciplinari del personal funcionari i del personal laboral, ja que s'ordena la submissió d'ambdós col·lectius tant a les normes contingudes al Títol VII de l'EBEP com a les que es dictin a les normes posteriors per desenvolupar-lo.<sup>6</sup> Vegeu, doncs, com l'EBEP està delegant competència legislativa, en matèria laboral des de l'Estat, a les administracions públiques de les comunitats autònomes i altres àmbits territorials inferiors, amb la conseqüència previsible d'una diferenciació reguladora de les modalitats de materialització del règim disciplinari en cadascuna; cal tenir en compte el manifestat sobre possible conflicte de competències legislatives en matèria laboral.

Per altra banda, el punt 4 d'aquest mateix article 93 estableix el principi de supletorietat de la legislació laboral respecte de la legislació administrativa en matèria de dret disciplinari del personal laboral al servei de les administracions públiques, perquè disposa que el règim disciplinari d'aquest personal s'haurà de regir per la legislació social en allò que no preveu el Títol VII de l'EBEP. Aquesta supletorietat de l'Estatut dels treballadors no tindria més transcendència jurídica si la competència legislativa que demana de l'EBEP fos exclusiva de l'Estat, ja que el sistema de fonts de la relació laboral de l'article 3.1 de l'Estatut, encapçalat jeràrquicament per la Llei, no precisa que sigui laboral, sinó que, naturalment, pot inserir-se en la iniciativa legislativa de qualsevol altre departament ministerial o comissió parlamentària; el problema està, però, que, enllaçant els punts 1 i 4 de l'article 93, el resultat és que el desenvolupament legislatiu d'aquest Títol VII no correspon a l'Estat, sinó que, pel que fa als empleats públics de les administracions públiques d'àmbits territorials inferiors, aquesta capacitat legislativa haurà d'estar en els seus diferents òrgans de representació. Alguns autors, intentant esbiaixar aquesta possible inconstitucionalitat de l'habilitació legislativa a les comunitats autònomes en matèria laboral, han sostingut que l'EBEP ha configurat una noció d'ocupació pública que és un aglutinant dels règims funcional i laboral com a conseqüència que ambdós col·lectius sustenten uns mateixos interessos com a parts integrants d'una mateixa administració pública; això situaria aquestes noves relacions d'ocupació pública al si de l'exercici de les potestats d'autoorganització de les administracions públiques i, en definitiva, al si del règim jurídic de les administracions públiques.<sup>7</sup>

6. "Els funcionaris públics i el personal laboral queden subjectes al que estableix aquest Títol i a les normes de desenvolupament d'aquest Estatut".

7. Fernando Toña Güenaga i cinc autors més. "Informe Estatuto Básico del Empleado Público y márgenes de configuración del legislador vasco para su desarrollo". Instituto Vasco de Administración Pública Oñati 2007 P. 233

No obstant això, considero que aquest raonament jurídic és extraordinàriament complex i polèmic i que, si es té una valoració positiva sobre l'oportunitat d'aquesta ordenació unitària de funcionaris i laborals sota el nou terme comú d'empleats públics, la solució ha d'ésser de *lege ferenda*, mitjançant la introducció d'una nova relació laboral especial a l'article 2 de l'Estatut dels treballadors, que desenvolupi les especificitats dels treballadors per a les administracions públiques; aquesta relació ha de remetre tan com sigui possible a les noves fonts de regulació amb l'excepció, també tant com sigui possible, del que regula l'Estatut dels treballadors pel que fa a la relació laboral comuna. De totes maneres, això ja és imprescindible per les excepcions que s'han introduït en relació amb la contractació, la promoció professional i la mobilitat, o l'acomiadament disciplinari d'aquests treballadors al mateix EBEP.

Aquest tractament unitari del règim disciplinari d'ambdós col·lectius es veu reforçat pel que ja hi ha previst al Títol III, Capítol IV de l'EBEP, que regula els deures dels empleats públics i el Codi de conducta per a tots els empleats públics. Elenc de deures i codi de conducta que l'article 52, últim paràgraf, assenyala que hauran d'informar sobre la interpretació i aplicació del règim disciplinari dels empleats públics, motiu pel qual la seva anàlisi s'haurà d'integrar en l'objecte d'aquest estudi.

Podem sistematitzar l'exposició del règim disciplinari dels empleats públics dividint-la en els següents cinc apartats temàtics:

Els principis informadors o Codi ètic, la finalitat de l'activitat correctora de les administracions públiques i els graus de responsabilitat de l'afectat.

Els principis jurídics que presideixen el règim disciplinari dels empleats públics.

La tipificació i graduació de les faltes (legalitat i proporcionalitat)

La tipificació de les sancions

El procediment disciplinari

### **6. c. Els principis informadors o Codi ètic, la finalitat de l'activitat correctora de les administracions públiques i els graus de responsabilitat de l'afectat.**

Atès que els empleats públics presten la seva activitat per a les administracions públiques i les que administren els béns públics, defineixen i doten els diferents serveis públics per a la ciutadania i, en definitiva, es limiten a administrar i distribuir el pressupost públic per a la satisfacció dels inte-



ressos de la col·lectivitat, sembla obvi que la caracterització del subjecte ocupador és substancialment diferent de la de l'ocupador privat, ja que aquest últim té com a gairebé única finalitat l'obtenció del màxim benefici o lucre personal. La conseqüència immediata que s'extreu d'això és que els principis ètics inherents a l'ocupador públic han d'estar gairebé al pol oposat dels que resulten inherents a l'ocupador privat i són els primers els que han de casar necessàriament amb l'interès col·lectiu de tots els ciutadans.

Per això, atès que el seu ocupador és l'Administració pública, en un sistema constitucional com el nostre, el primer deure és l'observança de la Constitució (presidida pels drets fonamentals i les llibertats públiques dels ciutadans), i de la llei, com a expressió directa que són de la sobirania popular, que és la que defineix l'interès col·lectiu dels ciutadans. Així succeeix que, dels quinze principis ètics que enuncia l'article 52 de l'EBEP, tan sols tres (responsabilitat, eficàcia i confidencialitat) haurien de ser traslladables als treballadors per compte aliè dels ocupadors privats, i fins i tot aquests principis haurien d'estar sempre matisats pel servei a l'interès privat amb independència de l'interès comú.

Aquests principis o codi ètic desenvolupat als articles 52 al 54 de l'EBEP són els que conformen genèricament el contingut i la manera en què els empleats públics han de fer la seva activitat, tant el personal funcional com el laboral, i l'incompliment d'aquests principis finalistes, segons disposa l'últim paràgraf de l'article 52 de l'EBEP, que ha d'informar de la interpretació i aplicació del règim disciplinari. El terme "interpretació" va dirigit a l'àmbit de la tipificació de les faltes i del fet que n'hi hagi o no, mentre que el vocable "aplicació" s'ha de dirigir al procediment disciplinari i a la seva conclusió.

Referent a aquest tema, cal destacar que l'article 53.9 assenyalava com a principi ètic, que l'empleat públic ha de tenir en compte evitar de fer qualsevol tràmit administratiu sense una causa justa, que pugui reportar un privilegi en benefici dels titulars dels càrrecs públics o el seu entorn familiar i social immediat o quan suposi un menyscapse als interessos de tercers. En el mateix sentit, cal ressaltar la protecció del *ius resistentiae* davant ordres dels seus superiors contràries a l'ordenament jurídic (article 54.3 EBEP), davant de la protecció que rep el principi *solve et repete* respecte de l'ocupador privat.

Quant a l'àmbit objectiu de la responsabilitat de l'empleat públic pels incompliments de la legalitat en l'exercici de

la seva activitat, la Comissió ad hoc havia dictaminat que s'incloués el principi d'origen penal conegut com a *non bis in idem*, la qual cosa difícilment resultaria compatible amb la supremacia constitucional de l'interès públic que l'Administració representa, ja que una lectura àmplia del text podria dur a la conclusió que les úniques responsabilitats de l'empleat infractor serien les disciplinàries administratives o, a l'inrevés, que seria impracticable si existís una condemna penal prèvia, civil o contenciosa administrativa pels mateixos fets. El text de l'EBEP, a l'article 94.1, assenyalava expressament que la facultat disciplinària de l'Administració sobre els empleats públics s'haurà d'exercir "sense perjudici de la responsabilitat patrimonial o penal que es pugui derivar d'aquestes infraccions", cosa que deixa fora de perill la possibilitat que l'Administració pugui "repetir" contra el sancionat disciplinàriament, davant l'ordre jurisdiccional que correspongui en cada cas, per exigir el rescabament del dany, i en el cas de la compatibilitat amb la responsabilitat penal s'accepta igualment; en aquest cas, però, assenyalant lògicament la prevalença d'aquesta última, ja que l'article 94.3 de l'EBEP inclou la suspensió de l'expedient disciplinari i la passada d'un "tant de culpa" al Ministeri Fiscal, quan la conducta infractora de l'empleat públic pugui constituir també un il·lícit penal.

Quant a l'àmbit subjectiu de la responsabilitat, l'article 93.2 l'estén als inductors en el mateix grau que als autors materials, i el 93.3 als encobridors, si bé la condiciona en aquest cas al fet que les faltes s'hagin consumat i siguin emmarcables en la qualificació de greus o molt greus, així com que s'hagi produït un dany greu per a l'Administració o els ciutadans.

#### 6. d. Els principis jurídics que presideixen el règim disciplinari dels empleats públics

L'EBEP, encara que en forma relativament desordenada, assenyalava set principis d'ordre jurídic com a informadors de l'exercici de l'activitat disciplinària de les administracions públiques, recollits al punt 2 i el paràgraf final del punt 3, ambdós de l'article 94, i a l'article 97 de l'EBEP i que, per ordre d'importància constitucional, són els següents:

**Principi de presumpció d'innocència**, que, traslladat a l'àmbit disciplinari administratiu o laboral, significa que qualsevol imputat d'una falta disciplinària no podrà ser considerat ni tractat com a autor de la falta fins que no hi hagi hagut resolució ferma. Ara bé, això no impedeix, òbviament, que es puguin adoptar mesures cautelars, previstes a

l'article 98.3 de l'EBEP, entre les quals cal destacar la suspensió provisional d'ocupació i sou (excepte prestacions bàsiques i prestacions familiars per fill al seu càrrec), per un període no superior a sis mesos (excepte dilació imputable a la persona expedientada).

**Principi de culpabilitat**, que constitueix la correspondència passiva respecte de l'anterior, i comporta que cap empleat públic pugui ser sancionat si no se li ha reconegut o demostrat la culpabilitat en la falta o faltes imputades. A aquests efectes, s'ha de recordar el que abans s'ha posat de manifest respecte que l'EBEP preveu la culpabilitat, no només per als autors materials, sinó també per als inductors sempre (en el mateix grau), i per als encobridors en determinats supòsits greus.

**Principi d'irretroactivitat de les disposicions sancionadores no favorables i de retroactivitat de les favorables al presumpte infractor.**

**Principi de legalitat i tipicitat**, tant de les faltes com de les sancions, que suposen que cap empleat públic pugui ser sancionat per conductes que, en el moment en què es van produir, no estiguessin previstes específicament com a faltes a la llei (en sentit ampli) i, en el cas del personal laboral, en els convenis col·lectius. No comparteix l'autor d'aquest treball aquesta separació parcial que ha fet aquí el legislador dels dos col·lectius que integren el concepte d'empleat públic a l'EBEP, però es deixa el comentari referent a aquest tema per a l'últim apartat de l'estudi.

**Principi de proporcionalitat**, que suposa que, tant per aplicar les faltes com per aplicar les sancions a una determinada conducta infractora, s'han de valorar les conductes tenint en compte totes les circumstàncies personals i professionals concurrents, matisant o modulant d'aquesta manera sobre la base de l'equitat, la qualificació de la conducta o la classificació del grau de sanció aplicable d'acord amb la seva gravetat real i material, no merament formal.

**Principi de cosa jutjada material**, recollit a l'últim paràgraf de l'article 94 de l'EBEP, en el sentit que els fets declarats provats per resolució judicial ferma vinculen les administracions públiques en la seva facultat disciplinària.

**Principi de prescripció de les faltes i sancions**, recollit a l'article 97 de l'EBEP, ja recollit a la legislació administrativa i a la laboral, però sobre el qual es fan importants modificacions; la principal fa referència, en no fer-se'n cap distinció, al fet que els terminis de prescripció de faltes i sancions s'hauran d'aplicar a funcionaris i laborals. Quant a les faltes, els terminis de prescripció són de tres anys per a les

molt greus; dos anys per a les greus; i sis mesos per a les lleus, a comptar des de la data de la comissió de la falta, tret de les faltes conegudes com a “continuades”, en què una mateixa falta reiterada en el temps, en aquest cas el *dies a quo*, haurà de coincidir amb el dia del cessament en la comissió de la falta, és a dir, des de l'última falta de la sèrie. Quant a les sancions, els terminis de prescripció són de tres anys en cas de sancions molt greus; dos anys en el cas de sancions greus; i un any en el cas de sancions lleus, des de la data de la fermesa de la resolució sancionadora. Quant al personal laboral, aquest règim de prescripció restringeix enormement els drets establerts a l'article 60 de l'Estatut dels treballadors,<sup>8</sup> en el qual s'assenyala que les faltes molt greus hauran de prescriure als seixanta dies, les greus als vint dies, i les lleus als deu dies d'haver-les comeses, si bé a partir de la data en la qual l'empresa en té coneixement de la comissió (i no des de la comissió, tal com regula l'EBEP), encara que amb una clàusula garantista de tancament que disposa que la prescripció de les faltes s'haurà produït “en tot cas” als sis mesos d'haver-la comès.<sup>9</sup> Sorpren també que el legislador hagi unificat per a tots els empleats públics els terminis de prescripció de les faltes i les sancions, amb evident perjudici de drets per al personal laboral i que, no obstant això, no hagi aplicat al personal laboral el termini de prescripció de reclamació dels drets del personal funcionari davant de les administracions públiques, que és de quatre anys en la legislació administrativa i d'un any en la laboral (article 59 de l'Estatut dels treballadors).

#### 6. e. La tipificació i graduació de les faltes (legalitat i proporcionalitat)

La Comissió ad hoc havia aconsellat que l'EBEP no fes una definició àmplia de l'elenc de conductes que podrien ser considerades com a faltes, invocant per a això el caràcter de bàsic de l'Estatut. No obstant això, el legislador ha concretat un elenc de faltes molt greus molt ampli (si bé no tancat, ja que en permet l'ampliació pel legislatiu estatal, autonòmic, i per al personal laboral, els convenis col·lectius) i ha deixat la tipificació de les faltes greus (per a les quals només s'assenyalen les pautes bàsiques), a les Corts Generals o a les assemblees legislatives de les CA, o als convenis col·lectius en el cas del personal laboral. En el cas de les faltes lleus, es deixa que les lleis de desenvolupament les tipifiquin, si bé hauran de tenir en compte les mateixes pautes assenyalades abans per a les greus i oblidar, en aquest cas, els convenis col·lectius per al personal laboral.

**8.** L'article 60.2 del Text Refós de la Llei de l'Estatut dels treballadors estableix: “Respecte dels treballadors, les faltes lleus hauran de prescriure als deu dies; les greus, als vint dies, i les molt greus, als seixanta dies a partir de la data que l'empresa hagi tingut coneixement de la comissió i, en tot cas, als sis mesos d'haver-les comeses”.

**9.** Per veure amb més detall l'abast de la prescripció de les faltes a l'article 60 de l'Estatut dels treballadors, vegeu, del mateix autor d'aquest treball, l'article aparegut en l'últim número de *Iuslabor* (<http://www.iuslabor.upf.edu>, revista electrònica de Derecho del Trabajo).

De les disset conductes tipificades com a faltes molt greus, nou es poden emmarcar en incompliments dels principis informadors o codi de conducta abans analitzats en l'àmbit del respecte a la Constitució i als estatuts autonòmics i promoció del gaudi per als ciutadans dels drets fonamentals i les llibertats públiques (lletres a, b, f, h, j, k, l, m, o de l'article 95.2, si tenim en compte l'assetjament laboral dintre de les vulneracions als drets fonamentals), mentre que les restants fan referència a incompliments de deures prestacionals en què la lletra "i" recull el dret a l'ús del *ius resistendiae* comentat amb ocasió de l'anàlisi dels principis ètics informadors del règim disciplinari. Finalment, la lletra "p" assenyala el caràcter de *numerus apertus* de l'elenc i la possibilitat que l'ampliï el desenvolupament legislatiu estatal o autonòmic; i els convenis col·lectius pel que fa al personal laboral.

Quant a les faltes greus, l'EBEP deixa que les enumeri el desenvolupament legislatiu estatal i/o autonòmic; i/o els convenis col·lectius pel que fa al personal laboral, deixant clar abans que la tipificació que se'n faci ha de tenir en compte com a circumstàncies moduladores de la major o menor gravetat de les conductes infractores el grau en què s'hagi vulnerat la legalitat, la gravetat dels danys causats a l'interès públic, patrimoni o béns de l'Administració o dels ciutadans, i el descrèdit per a la imatge pública de l'Administració.

Les lleis de desenvolupament de l'EBEP hauran de ser les encarregades també de tipificar les faltes lleus.

Sobre aquesta tipificació cal assenyalar, en relació amb l'aplicació dels principis de legalitat (tipicitat), i proporcionalitat, que, pel que fa al primer, com que la relació de faltes de l'EBEP constitueix un elenc obert, caldrà tenir en compte el desenvolupament legislatiu posterior i els convenis col·lectius, si escau, per tancar totes les conductes dels empleats públics que poden ser objecte de correcció disciplinària per les administracions públiques, encara que totes s'hauran de moure al si dels principis ètics informadors o de conducta dels empleats públics; i, quant al principi de proporcionalitat que, si bé ha de quedar bàsicament definit per les tres circumstàncies que recull el punt 3 de l'article 95 de l'EBEP (que, encara que incloses a l'apartat de les faltes greus, cal entendre-les referides a la valoració dels diferents graus de gravetat i, per tant, instruments hàbils per determinar si s'està en presència d'una conducta infractora, lleu, greu o molt greu), res no sembla impedir que les lleis de desenvolupament o, si escau, els convenis

col·lectius, n'introdueixin d'altres. En qualsevol cas, és d'agrair al legislatiu que, en nom de la seguretat jurídica, hagi concretat els paràmetres sobre els quals s'ha de mesurar la gravetat de les conductes per aplicar correctament el principi de proporcionalitat, i no deixar-lo al sempre variable i de vegades imprevisible criteri d'"equitat" subjectiva dels jutjats i tribunals.

## 6. f. La tipificació de les sancions

La tipificació de les sancions també es caracteritza a l'EBEP pel seu caràcter de *numerus apertus*. L'article 96.1 es limita a concretar sis possibles sancions a les conductes infractores, les dues primeres de les quals són en realitat només una (l'extinció de la relació de prestació de serveis), que per al col·lectiu de personal funcionari està constituïda per la separació del servei (revocació del nomenament per als interins), mentre que per al personal laboral l'instrument jurídic específic és l'acomiadament disciplinari, al qual s'afegeix la inhabilitació per ser titular d'un nou contracte de treball amb funcions "similars" a les que s'ocupaven.

Aquesta primera sanció (diversificada en la forma jurídica per al personal funcionari i per al personal laboral), lògicament només pot ser aplicada en el supòsit que les faltes imputades mereixin la qualificació de molt greus, a diferència de les altres quatre sancions previstes, que poden ser aplicades a qualsevol tipus de falta valorada conformement al principi de proporcionalitat, que són les següents: Suspensió ferma de funcions (d'ocupació i sou per al personal laboral) durant un màxim de sis anys; trasllat forçós amb o sense canvi de residència; demèrit, és a dir, penalització en la carrera professional o en el dret de mobilitat voluntària; i, finalment, prevenció.

El caràcter obert d'aquest curt elenc de sancions possibles, deixa només a la Llei (aquesta vegada amb majúscules i, per tant, en sentit estricte) estatal o autonòmica, la possibilitat d'introduir-ne d'altres, sense que, per tant, es pugui fer mitjançant conveni col·lectiu per al personal laboral.

Sobre l'aplicació a la relació de possibles sancions aplicables del principi de proporcionalitat, que per al personal laboral està ordenat genèricament a l'article 58 de l'Estatut dels treballadors, també el legislador ha relacionat al punt 3 de l'article 96 de l'EBEP les pautes que cal seguir en aquesta operació de modulació i que han de tenir en compte els següents factors concurrents en la falta: grau d'intencionalitat, descuit o negligència; grau de dany a l'interès públic; existència o no de reiteració o

reincidència en la falta; i grau de participació individual en la conducta infractora.

Per finalitzar l'apartat de l'anàlisi de les sancions, cal destacar l'opció del legislador, continguda al punt 2 de l'article 96 de l'EBEP, d'obligar les administracions públiques a readmetre el personal laboral "fix" l'acomiadament disciplinari del qual hagi estat declarat improcedent i renunciar en aquest cas a l'opció extintiva indemnitzada prevista als articles 55 i 56 de l'Estatut dels treballadors. Aquesta previsió legal planteja problemes, en primer lloc, pel que fa a l'exclusió d'aquesta obligació de readmetre els acomiadaments objectius declarats improcedents, ja que si bé el legislador pot fer-la sense perjudicar el principi d'igualtat davant la llei, pot passar (i probablement passarà), que les administracions públiques utilitzin l'acomiadament objectiu i no el disciplinari, en tots aquells supòsits en què decideixin extingir el contracte del personal laboral sense causa legal, perquè s'hagi obviat precisament aquesta obligació de readmissió; i, en segon lloc, en fer beneficiaris d'aquesta readmissió obligatòria només al personal laboral "fix" (terme encunyat per la Sala Social del Tribunal Suprem per definir els que accedeixen a l'ocupació amb respecte als principis d'igualtat, capacitat i mèrit, davant dels "indefinites" <per temps indefinit>, que són els sotmesos a aquesta espècie d'interinitat judicial mentre no es cobreixi la vacant), n'haurà de quedar exclòs tot el personal laboral que no hagi accedit al lloc de treball a través del corresponent concurs-oposició públic i, cosa molt més problemàtica, també en quedarà exclòs el personal laboral temporal que sigui sotmès per a l'extinció a expedients disciplinaris; en aquest cas es poden vulnerar tant el principi de prohibició de discriminació per la naturalesa temporal del contracte, com el principi d'igualtat davant la llei, ja que l'ocupador és una administració pública. I és que, com que manca una definició legal del personal laboral "fix" (l'article 11 de l'EBEP es limita a enumerar tres tipus de personal laboral: fix, indefinit i temporal), caldrà donar per bona la definició feta jurisprudencialment de cadascun d'ells.

### 6. g. El procediment disciplinari

L'article 98 de l'EBEP regula dos procediments disciplinaris diferenciats, segons que la falta imputada sigui qualificada com a molt greu o greu, o com a falta lleu.

En el cas de faltes lleus, el procediment previ només haurà de requerir la prèvia audiència de l'interessat al si d'un tràmit sumari. En els altres casos, sota sanció de

nul·litat, s'exigeix imperativament el compliment del procediment disciplinari "prèviament establert" abans de qualsevol imposició de sancions per faltes molt greus o greus. L'EBEP es limita a destacar els principis que han de presidir la regulació legal de desenvolupament que s'estableixi per a la tramitació de l'expedient disciplinari i els defineix tal com segueix:

**Principi d'eficàcia**, en el sentit que qualsevol ordenació de l'expedient disciplinari haurà de facilitar l'abast de la finalitat perseguida (l'esclariment de la falta i dels graus de responsabilitat en cometre-la). Això suposa evitar tràmits formals que facin difícil l'abast de l'objectiu investigador perseguit.

**Principi de celeritat i economia processal**, directament connectat a l'apartat anterior, suposa que l'ordenació del procediment disciplinari haurà de prescindir de dilacions indegudes i injustificades i de reiteracions d'actes que no s'insereixin en la dinamització del procés d'investigació.

**Principi de respecte als drets i garanties de defensa del presumpte responsable**, que és una de les manifestacions del principi de presumpció d'innocència que suposa, no només que per afirmar la culpabilitat és necessari la prova de qui acusa, sinó també que l'imputat ha de poder disposar de tots els mitjans per defensar-se, que inclou la proposta i la pràctica de prova alternativa (principi de contradicció).

**Separació de les fases instructora i sancionadora**. El punt 2, últim paràgraf, de l'article 98 de l'EBEP concreta aquesta separació sobre la base que s'haurà d'encomandar cadascuna de les fases a òrgans diferents. L'informe de la Comissió ad hoc havia proposat suprimir la divisió en aquestes dues fases, cosa que hauria estat, per descomptat, molt menys garantista per a l'imputat, ja que si el mateix òrgan sancionador és el que fa la instrucció, trencaria en la instrucció el principi *nemo iudex in causa sua*. És una altra diferència important respecte del que esdevé a la instrucció d'expedients disciplinaris previs a la sanció amb els treballadors al servei d'ocupadors privats, en els quals aquesta separació no es produeix normalment i, quan es produeix, es tracta d'una separació merament formal, ja que qui presideix la instrucció de l'expedient no té cap autonomia ni independència.

**Excepcionalitat de les mesures cautelars restrictives de drets de l'imputat**. Com a requisit previ, qualsevol mesura cautelar que excepcionalment s'adopti durant la tramitació de l'expedient disciplinari o durant la discussió d'un



procés judicial, s'haurà d'adoptar mitjançant resolució motivada i només quan tingui per finalitat assegurar l'eficàcia de la resolució final que es pugui dictar. Si la mesura és la suspensió provisional, haurà de tenir una durada màxima de sis mesos, excepte conducta obstructiva per part de l'imputat, o que es trobi en presó provisional o sigui conseqüència d'una decisió judicial. Finalment, només pel que fa al personal funcionari, es disposa que té dret a percebre, durant la suspensió provisional, les retribucions bàsiques i, si escau, les prestacions familiars per fill a càrrec, sense perjudici de la posterior devolució si es declarés la fermesa de la sanció. D'això, en aquest cas, no se n'ha de deduir jurídicament, per aplicació del principi *inclusio unius, exclusio alterius*, que el personal laboral no haurà de tenir dret a la percepció del salari durant la suspensió provisional, ja que l'Estatut dels treballadors no permet aquesta possibilitat. Una altra cosa seria que el legislador, a l'EBEP, hi hagués establert un règim per al personal laboral igual al regulat per al personal funcionari, però no ha estat aquest el cas. Aquesta indefinició comporta com a resultat negatiu la confusió que es pot produir quan, al segon paràgraf del punt 4 de l'article 98 es disposa que el temps de suspensió provisional s'haurà d'abonar per al còmput del temps de suspensió ferma. Encara que en aquest paràgraf no es repeteix que aquesta regulació només afecta el personal funcionari (precisió que sí que conté el paràgraf primer), cal entendre que no afecta el personal laboral, puix que, com s'ha afirmat abans, haurà estat formalment en actiu i haurà percebut el salari, fins i tot quan no presti activitat, per la qual cosa només estariem davant d'una suspensió d'ocupació i no de sou. En canvi, l'últim paràgraf d'aquest punt 4, relatiu a la *restitutio in integrum* de l'afectat per la suspensió provisional quan no arriba a ser ferma, resulta aplicable tant al personal funcionari com al personal laboral, és a dir, a tots els empleats públics. D'altra banda, cap norma legal no exclou la possibilitat que, en els supòsits d'adopció de mesures cautelars que hagin perjudicat la imatge o l'honor professional i personal de l'imputat, com a conseqüència de la posterior exclusió de responsabilitat, els perjudicats postulin la corresponent indemnització de danys i perjudicis, tant a l'Administració com a ocupadora (responsabilitat patrimonial), com als possibles tercers (responsabilitat civil), que haguessin intervingut en denúncies de possibles faltes inexistents.

## **7. Notes sobre el paper dels convenis col·lectius en l'àmbit del dret disciplinari dels empleats laborals a les administracions públiques**

El principal problema jurídic que planteja l'EBEP per a l'harmonització de les condicions de treball del personal funcionari i el personal laboral es concreta en la falta d'una solució estructural en l'àmbit del sistema de fonts, agreujada per la diferent regulació competencial del contingut dels convenis col·lectius si es compara l'article 37 de l'EBEP, que regula el contingut dels convenis col·lectius en l'àmbit de les administracions públiques, i els articles del mateix EBEP que, amb ocasió de la regulació del règim disciplinari dels empleats públics i, especialment, de la tipificació de les faltes i de les sancions, remetent, quant a l'empleat públic en general, al desenvolupament legislatiu estatal o autonòmic del mateix EBEP, i "a més", quant al personal laboral, als convenis col·lectius.

És possible que el legislador s'hagi trobat de cop i volta, en l'intent d'uniformitzar, amb l'obstacle no previst inicialment en la redacció de la norma del dictat de l'article 58 de l'Estatut dels treballadors, que, com abans s'ha afirmat, remet als convenis col·lectius la determinació de l'elenc de faltes i sancions que permetin l'aplicació del principi de proporcionalitat. No es pot interpretar de cap altra manera no només el fet que l'article 37 de l'EBEP, en assenyalar les matèries que hauran de ser objecte de la negociació col·lectiva, no inclogui el règim disciplinari, sinó també que al Títol VII es remeti aquesta matèria a la legislació estatal i/o autonòmica de desenvolupament per als empleats públics i que hi aparegui la remissió als convenis col·lectius del personal laboral com un apèndix que no s'avé amb la sistemàtica de la norma.

Perquè, de conformitat amb l'ordenació de la negociació col·lectiva que es fa als articles 36 i 37 de l'EBEP, només es preveuen dos àmbits: l'exclusiu del personal funcionari, i el conjunt de tots els empleats públics, sense que hi hagi un àmbit exclusiu del personal laboral. Es podria afirmar que, no obstant això, això no impedeix que el pacte o acord col·lectiu sorgit d'aquestes unitats conjuntes de negociació reguli al seu si l'elenc de faltes i sancions per al personal laboral. No obstant això, aquesta possibilitat decau si es tenen en compte dos elements importants: el primer, que el conveni col·lectiu és la denominació que rep el resultat de la negociació col·lectiva a l'Estatut dels treballadors, però no a l'EBEP, motiu pel qual la remissió feta a l'EBEP als con-

venis col·lectius s'ha d'entendre referida a instruments de la negociació col·lectiva fora de l'EBEP (en un altre cas, la denominació seria la de pactes o acords col·lectius del seu article 38);<sup>10</sup> i el segon, que el Títol VII de l'EBEP només inclou el desenvolupament de la tipificació de faltes i sancions per al personal laboral i no per al personal funcionari.

Així les coses, el que està perpetuant l'EBEP és la pràctica actual, de dubtosa legalitat, d'autorització material a les administracions públiques perquè apliquin als seus empleats laborals els convenis col·lectius reguladors de l'especialitat professional de cadascun d'ells i, en defecte d'això, el d'oficines i despatxos, solució que dinamita el principi d'unitat d'empresa i també els principis de legitimació de les parts negociadores, ja que en la negociació d'aquests convenis col·lectius no hi han participat ni les administracions públiques com a ocupadores, ni tampoc els representants sectorials dels empleats públics laborals, amb la qual cosa s'acaba cometent un considerable disbarat.

No té cap sentit (i menys encara en matèria disciplinària), que se situï els empleats laborals sota l'òptica de valors aplicables a la prestació de serveis per a l'ocupador privat (a la qual obeeixen aquests altres convenis col·lectius), perquè els seus principis ètics són substancialment diferent i perquè les pautes i circumstàncies per aplicar la proporcionalitat en faltes i sancions són tan distintes.

**10.** Vegeu sobre aquest tema l'extens treball de Remedios Roqueta Buj, "El Derecho de negociación colectiva en el Estatuto Básico del Empleado Público". La Ley Actualidad, juliol 2007 ISBN 978-84-9725-822-7, pàgines 467 a 543

